



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PONDERACIÓN: ¿UN MÉTODO  
INEVITABLE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE  
PRINCIPIOS?**

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de  
Justicia de la República

Autor: Ruth Alexandra Correa Vázquez

Director: Dr. PhD. Sebastián López Hidalgo

Cuenca – Ecuador

2020

## **DEDICATORIA**

A mis padres,  
ejemplo de amor, fe y persistencia;  
quienes, a través de sus enseñanzas,  
me han formado para la vida  
y han sido mi apoyo incansable.

A Ana Paula y Pablo Sebastián,  
por los colores que le ponen a cada día.

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios, por Él y para Él.

A Lorena, por su entrega.

A Pablo, por su ejemplo.

A Ani, por sus risas.

A Pablito, por su existencia.

A mi director, Sebastián, por sus enseñanzas.

A Sara, Nicol y Francisco.

## Índice de Contenido

<b>DEDICATORIA</b> .....	<i>i</i>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	<i>ii</i>
<b>RESUMEN</b> .....	<i>v</i>
<b>ABSTRACT</b> .....	<i>vi</i>
<b>1. EL SISTEMA NORMATIVO Y LOS TIPOS DE NORMAS</b> .....	<i>1</i>
<b>1.2. El reconocimiento de los principios como normas jurídicas vinculantes en el Estado Constitucional</b> .....	<i>4</i>
1.2.1. Sobre las normas: valores, principios y reglas jurídicas .....	<i>5</i>
1.2.2. Criterios de diferenciación entre reglas y principios .....	<i>11</i>
<b>1.3. De los métodos de interpretación para normas reglas y normas principios</b> .....	<i>16</i>
1.3.1. La interpretación jurídica tradicional: silogismo-deductivo. ....	<i>21</i>
1.3.2. Técnicas del razonamiento jurídico constitucional: la razonabilidad. ....	<i>24</i>
<b>1.4. Conflictos de reglas y principios</b> .....	<i>28</i>
<b>2. EL JUICIO DE PONDERACIÓN COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD</b> .....	<i>31</i>
<b>2.1. Definición del juicio constitucional de Ponderación</b> .- .....	<i>31</i>
<b>2.2. Fundamento del juicio de ponderación como método de interpretación constitucional</b> .....	<i>34</i>
<b>2.3. Diferencias entre el juicio de ponderación y el juicio de proporcionalidad</b> .....	<i>36</i>
<b>2.4. La estructura básica de la ponderación propuesta por Robert Alexy</b> .....	<i>41</i>
2.4.1. La ley de la ponderación .....	<i>42</i>
2.4.2. Fórmula del peso .....	<i>46</i>
2.4.3. La carga de la argumentación .....	<i>50</i>
<b>2.5. Las críticas del juicio de ponderación</b> .....	<i>52</i>
<b>3. CASOS RELEVANTES SOBRE EL JUICIO DE PONDERACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA</b> .....	<i>61</i>
<b>3.1. Justificación</b> .....	<i>61</i>
<b>3.2. Caso de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, caso 562-2015 (Casación)</b> ..	<i>63</i>
<b>3.3. Caso de la Corte Constitucional de Transición, caso 0005-08-AN</b> .....	<i>67</i>
<b>3.4. Caso de la Corte Constitucional, caso 11-18-CN (matrimonio igualitario)</b> .....	<i>74</i>
<b>3.5. Caso de la Corte Constitucional, caso 10-18-CN (Matrimonio entre personas del mismo sexo)</b> .....	<i>82</i>
<b>4. CONCLUSIONES</b> .....	<i>87</i>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<i>95</i>

### Índice de Tablas

<b>Tabla 1</b> .....	<b>44</b>
<b>Tabla 2</b> .....	<b>66</b>
<b>Tabla 3</b> .....	<b>72</b>
<b>Tabla 4</b> .....	<b>78</b>
<b>Tabla 5</b> .....	<b>84</b>

### Índice de Ilustraciones

<b>Ilustración 1</b> .....	<b>15</b>
----------------------------	-----------

## RESUMEN

El Estado de Derecho Constitucional trajo consigo grandes cambios en los ordenamientos jurídicos: principalmente, la consagración de la Constitución como el derecho más alto del sistema jurídico; y con ello, el reconocimiento de los principios como normas fundamentales y que representan el fin mismo del Estado.

Los principios gozan de especiales características; su naturaleza hace posible una aplicación gradual al admitir una dimensión de peso e importancia, ajena a las reglas. Consecuencia de ello, la forma de aplicación de estas normas será a través de la ponderación, método argumentativo tendiente a desarrollar en la mayor medida posible los derechos en conflicto.

El presente trabajo de investigación busca determinar la inevitabilidad del juicio constitucional de ponderación para lo cual se analizará su fundamento jurídico, estructura básica, beneficios y riesgos. Finalmente, a través de jurisprudencia, se estudiará la forma en la que este método es aplicado por los órganos judiciales en el Ecuador.

**Palabras clave:** ponderación, principios, Estado de Derecho Constitucional, proporcionalidad.

## ABSTRACT

The State of Constitutional Law brought significant changes to legal systems, especially the establishment of the Constitution as the supreme law by which all legal bodies must adhere. Additionally, this ensured that the principles set out in the Constitution are recognized as fundamental norms that represent the very purpose of the State.

These principles have special characteristics. Their nature allows them a gradual application by acknowledging dimensions of weight and importance that are external to the rules. As a result, the application of these norms will be set out through balancing. That is, by using an argumentative method aimed at developing conflicting rights to the greatest extent possible.

This research seeks to prove the inevitability of this way of balancing constitutional judgement. Thus, this paper will analyze balancing's legal basis, basic structure, benefits and risks. This research paper will conclude with case studies of how this method is applied by judicial bodies in Ecuador.

**Keywords:** balancing, principles, State of Constitutional Law, proportionality.

Handwritten signature in blue ink, reading "Magali Aiteaga".Handwritten signature in black ink, reading "Ruth Alexandra Correa Vázquez".

Translated by Ruth Alexandra  
Correa Vázquez.

## CAPÍTULO I

### 1. EL SISTEMA NORMATIVO Y LOS TIPOS DE NORMAS

#### 1.1. Del tránsito del Estado Legal al Estado Constitucional

Los grandes acontecimientos en la historia han sido impulsados por movimientos sociales, económicos y políticos, productos de la búsqueda del hombre de una respuesta a sus ideales de justicia y bienestar según las coyunturas. Una de las grandes transiciones en la historia surge a raíz de la Revolución Francesa (1789), revolución de índole burgués en contra del absolutismo monárquico que gobernaba en Francia y trajo consigo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que consagró como “derechos inviolables la libertad personal, propiedad e igualdad ante la ley”.<sup>1</sup> Estos derechos se convertirían en el principal objetivo del naciente Estado liberal de derecho.

La caracterización del Estado de derecho podría pecar de amplia y discrecional en cuanto podría ser aplicada a numerosos modelos de Estados en los que, a decir de Zagrebelsky, “se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuera”.<sup>2</sup> Sin embargo, para el Estado liberal de derecho, el Estado de derecho, “se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos [...]; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos, y entre éstos y la Administración del Estado”.<sup>3</sup> En otros términos, la ley prima sobre la Administración, los ciudadanos y la jurisdicción, convirtiendo al principio de legalidad en el pilar fundamental de este modelo de Estado.

Como consecuencia de aquello, se habla de un Estado de derecho legal o, en palabras de Luigi Ferrajoli, Estado de derecho en sentido lato o débil en cuanto la fuerza de la ley venía dada por la centralización del poder legislativo con capacidad de decisión soberana, lo cual implicaba “la afirmación del monopolio estatal de producción legislativa

---

<sup>1</sup> (Enciclopedia Larousse del Estudiante, 2000, pág. 65)

<sup>2</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 23)

<sup>3</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 23)

expresado por las codificaciones y la consiguiente legitimación formal de la eficacia de los actos preceptivos, cualesquiera que sean los efectos producidos en función solamente de los normas que lo prevén”.<sup>4</sup>

La ley fue entonces la mayor fuente jurídica, convirtiendo al Estado en un Estado Legocéntrico en el que los poderes estatales se encontraban limitados y controlados por el Parlamento. De manera ilustrativa, esta situación, en relación a la función judicial, se habla de juez mecanicista, al que se calificó como Juez boca de la ley, en cuanto su labor se limitaba en repetir la ley, más allá de cualquier labor interpretativa o argumentativa. En este contexto, la ley era equivalente al derecho, es decir, eran idénticos y por lo tanto “no hay derecho antes ni superior al de la ley”.<sup>5</sup>

Una de las grandes huellas que dejó esta forma de Estado fueron los fundamentos máximos del derecho público y del derecho privado, en cuanto el principio de legalidad asumía expresiones distintas según se tratase de la Administración o de los particulares. Respecto de la primera, ésta sólo podía intervenir dentro del margen que estuviese expresamente previsto y autorizado por la ley, con la finalidad de proteger la propiedad, libertad, y demás derechos de los particulares. En cuanto a los segundos, la situación era la contraria, en la medida que la ley simplemente representaba el límite para las actuaciones de los particulares, como efecto del principio de libertad que aparece como pilar de este modelo de Estado.<sup>6</sup>

Este modelo de Estado se mantuvo vigente hasta la segunda mitad del siglo XX, a finales de la II Guerra Mundial. Fueron dos los principales acontecimientos que lo pusieron en crisis: los Tribunales de Núremberg<sup>7</sup> y la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que diferenció al derecho y a la ley como realidades distintas.

Surgió como consecuencia el Estado de Derecho Constitucional o, a decir de Ferrajoli, Estado de derecho en sentido estricto o fuerte, que se caracteriza por “la sujeción de toda

---

<sup>4</sup> (Ferrajoli, 2011, pág. 461)

<sup>5</sup> (Vigo, Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, 2010, pág. 3)

<sup>6</sup> Véase Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Torino: Trotta, pág. 28.

<sup>7</sup> Rodolfo Luis Vigo sostiene que “la condena jurídica en Nuremberg se justificó en razón que los jefes nazis habían cumplido la ley pero violado el derecho, y de ese modo al que hace la ley o la cumple se le está exigiendo que confronte su contenido con el derecho dado que en caso de contradicción prevalecerá éste [...]” (Vigo, Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, 2010).

la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por constituciones rígidas y la consiguiente legitimación sustancial de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (también) de los contenidos o significados que expresan”.<sup>8</sup> En otras palabras, como sostiene Ramiro Ávila Santamaría, la Constitución no solamente determina el contenido de la ley sino también el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder.<sup>9</sup>

La Constitución adquiere fuerza normativa y es reconocida como norma fundamental que pretende unificar el ordenamiento jurídico “mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”,<sup>10</sup> para lo cual se requiere superar la reducida noción de derecho del positivismo legislativo. Una clara ilustración de esta transición es el caso ecuatoriano, como ha sido descrito por la Corte Constitucional en la sentencia No. 002-09-SAN-CC:

“El artículo 1 de la Constitución de la República (2008) establece una nueva forma o modelo de Estado, profundamente distinto a aquel previsto en la Constitución Política de 1998. (...) El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Así, el Ecuador, ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República. El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social”.<sup>11</sup>

La Constitución, como norma, en el Estado Constitucional, según Ferrajoli, supone un sistema de normas metalegales -derechos fundamentales<sup>12</sup>- que en su parte sustancial no es más que la enunciación de estos derechos, es decir “de los derechos elaborados por la tradición iusnaturalista en los orígenes del Estado moderno como innatos o naturales y que, una vez sancionados por esos contratos sociales que son justamente las

---

<sup>8</sup> (Ferrajoli, 2011, pág. 462)

<sup>9</sup>Ver Avila Santamaria, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*, XV, 775-793, pág. 778.

<sup>10</sup> (Zagrebeslky, 2009, pág. 39)

<sup>11</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

<sup>12</sup> “Se entienden por derechos fundamentales aquellos derechos de los cuales es titular el hombre por el mero hecho de ser hombre. Es decir, que son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su raza, condición, sexo o religión” (Andrade Armas, 2012, pág. 33). Los derechos fundamentales son imprescriptibles, inalienables, irrenunciables y universales.

constituciones, han devenido en derechos positivados de rango constitucional”. Como consecuencia de ello, estos derechos se convierten en el fin mismo del Estado, en cuanto su rango constitucional obliga que sean resguardados y cumplidos con particular importancia. Una evidencia de esto, a decir de la Corte Constitucional del Ecuador es la Constitución del país, la cual

“entraña dos dimensiones, una formal y otra sustantiva: además de ser un documento autoritativo con mayor rigidez que el de la ley (dimensión formal), ella constituye también un tejido de principios, fines y valores de justicia, que goza de prioridad axiológica respecto de la ley, y que subyace al documento promulgado por la autoridad constituyente, aunque, al mismo tiempo, lo trasciende (dimensión sustantiva)”.<sup>13</sup>

En síntesis, el nuevo modelo de Estado apareció como una antítesis del Estado de Derecho Legal: rompió con la jerarquía rígida de las fuentes del derecho, reconoció a los derechos como límites para la actuación estatal, concentró al derecho en los principios, y reconoció a la Constitución como un canal por el cual se incorpora la moral al derecho, entre otros. Así, el Estado Constitucional de Derecho, a través del reconocimiento de la Constitución como Norte de todo el ordenamiento, nació para desvirtuar los axiomas del Estado de Derecho Legal. Consecuencia de aquello, el derecho adquirió una nueva dimensión tendiente a un mayor desarrollo de los derechos; los cuales, a su vez, se convirtieron en la guía para toda actuación estatal.

## **1.2. El reconocimiento de los principios como normas jurídicas vinculantes en el Estado Constitucional**

Como se ha expuesto, en el Estado Constitucional la ley deja de ser la principal fuente del derecho y se adecúa y subordina a la Constitución, que implica un estrato más alto de derecho, y “precisamente ese derecho que antecede, excede y controla a la ley es el que las nuevas Constituciones reconocen bajo el rótulo -explícito o implícito- de valores, principios, fines o derechos humanos [...]”.<sup>14</sup> Ahora bien, como se ha sostenido, en el nuevo modelo de Estado, el Derecho toma una concepción diferente y adquiere una fuerte carga axiológica. En este sentido, la Corte Constitucional de Transición del Ecuador, ha sostenido que,

---

<sup>13</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 6)

<sup>14</sup> (Vigo, Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional , 2015, pág. 268)

“El constitucionalismo tradicional era, sobre todo, una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como método. Aquel contenido material del constitucionalismo, encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, los mismos que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. [...] Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos”.<sup>15</sup>

Inicialmente los principios eran pautas para solucionar los vacíos y deficiencias de la ley. Para llegar al punto en el que se encuentran hoy han recorrido un largo trayecto: el reconocimiento de su naturaleza normativa, la aceptación de su identidad propia y finalmente, su aprobación como normas fundamentales. Es decir, si bien en un inicio, eran considerados como pautas para la interpretación de “verdaderas normas”, hoy se han convertido en normas fundamentales dentro del sistema jurídico.

Los principios jurídicos -paradigmáticamente derechos humanos, según Vigo- valen en universal *per se* y, en consecuencia, no están sujetos a aprobación autoritativa, de manera que el derecho ya no se compone solamente de reglas sino se concentra en potencia en los principios; lo que implica que la constitucionalización del derecho conduce a su principialización.

### **1.2.1. Sobre las normas: valores, principios y reglas jurídicas**

En términos generales, se reconoce que en todo ordenamiento jurídico existen dos tipos de normas: reglas y principios.<sup>16</sup> Alexy sostuvo, en su obra *Teoría de los derechos fundamentales* (2017), que toda norma es bien una regla o un principio.<sup>17</sup> Sin embargo, basándose en el uso habitual del lenguaje, se refirió a la “norma” como un concepto superior que puede clasificarse en normas axiológicas y normas deontológicas. Dentro

---

<sup>15</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

<sup>16</sup> Véase Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 183.

<sup>17</sup> Alexy sostiene que tanto “reglas como principios son normas porque ambos establecen lo que es debido. Ambos pueden ser formulados, con la ayuda de expresiones básicas del mandato, el permiso y la prohibición. Los principios al igual que las reglas, son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aún cuando sean razones de tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de normas” (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2017, pág. 65).

de las primeras están las reglas de valoración<sup>18</sup> y los criterios de valoración-valores-; mientras que las segundas se concentran en reglas y principios.

Para efectos de la presente investigación se considerarán a los valores, reglas y principios como diferentes estándares normativos dentro del ordenamiento jurídico.

### **1.2.1.1. De los valores**

Alexy hace una distinción entre objetos de valoración y criterios de valoración, y establece que “no son los objetos sino los criterios de valoración los que tienen que denominarse como valor”;<sup>19</sup> en otras palabras, los valores vienen a ser los criterios mediante los cuales se valora un determinado objeto o situación. Para obtener una valoración total será necesaria la concurrencia de varios criterios-valores- válidos que deberán ser ponderados, así según la tesis alexiana “se valora de acuerdo con varios criterios entre los cuales debe ponderarse, porque tienen un carácter contrapuesto. La catalogación de algo como bueno es, entonces, la expresión de una valoración total. La aplicación de criterios de valoración, que tienen que ponderarse, se compadece con la aplicación de principios”<sup>20</sup>.

En este sentido, Riccardo Guastini (2014) sostiene que cada conjunto de normas-aunadas por un mismo objeto de regulación-presupone y sobreentiende ciertos valores, como por ejemplo la paz entre las naciones, dignidad humana, tutela de quien actúa de buena fe, solidaridad entre todos los pueblos de la tierra,<sup>21</sup> igualdad, entre otros. Los valores en

---

<sup>18</sup> Las reglas de valoración, para Alexy, son opuestas a los criterios de valoración, en cuanto son aplicables sin ser ponderados. “Este tipo de reglas de valoración de valoración tiene la siguiente forma: Cada vez que un automóvil ostenta el grado de seguridad i, es bueno. De acuerdo con esta regla de valoración, la satisfacción de un criterio de valoración de un determinado grado es razón suficiente para su catalogación definitiva como bueno” (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 123).

<sup>19</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 123)

<sup>20</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 122)

<sup>21</sup> Los valores en un Estado Constitucional se encuentran, de manera general, reconocidos en el preámbulo de la Constitución. El preámbulo de la Constitución del Ecuador establece que “Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, en ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente”. Se desprende de este parte de la Norma Fundamental ecuatoriana que

efecto son estándares axiológicos metajurídicos y por ende los más genéricos y abstractos del ordenamiento jurídico, por ello orientan a todo el sistema y funcionan “como metanormas de los principios, o sea, pautas de interpretación o normas de clausura material del sistema, y como normas de tercer grado respecto a las reglas [...]”.<sup>22</sup>

Pese a que el grado de abstracción e indeterminación es mayor en los valores, su estructura, según el análisis de Alexy, es esencialmente igual a la de los principios, evidenciando que, como se sostuvo en párrafos anteriores, los primeros se ubican dentro de la axiología y los segundos, dentro de la deontología, sin dejar de estar estrechamente vinculados.

### **1.2.1.2. De los principios**

La conceptualización de los principios ha sido un asunto de controversia en el mundo jurídico por la amplitud y diversidad de criterios desarrollados. Para el positivismo jurídico, los principios no hacían más que cumplir “una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para perfeccionar el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida”.<sup>23</sup> En este contexto, los principios no eran sino mecanismos supletorios para llenar los vacíos legales, cumpliendo una función accesoria respecto de las reglas.

Fue a partir de las reflexiones de Ronald Dworkin que surgió la necesidad de reconocer la normatividad de los principios como estándares que venían a llenar todo el vacío del Derecho. En su libro “Los derechos en serio” definió a un principio como “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”,<sup>24</sup> suponiendo un patrón para el comportamiento y la conducta.

---

los valores que rigen al sistema jurídico son, entre otros, la diversidad y armonía con la naturaleza, el buen vivir, la dignidad de las personas y colectividades.

<sup>22</sup> (López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 2018, pág. 113)

<sup>23</sup> (Zagrebeslky, 2009, pág. 117)

<sup>24</sup> (Dworkin, 1989, pág. 72).

Posteriormente, Alexy definió a los principios como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización”;<sup>25</sup> mandatos en la medida que son normas que abarcan permisiones y prohibiciones que deben ser cumplidos de manera directa; y de optimización, en cuanto deben ser cumplidos en la mejor y mayor forma posible.

Desde esta perspectiva, “se encuentran numerosos ejemplos en la parte más programática de la Constitución, aquella que recoge los llamados derechos sociales o principios rectores de la política social y económica. Con independencia ahora de cuál sea su formulación lingüística, no siempre uniforme, estos derechos suelen traducirse en mandatos dirigidos a los poderes públicos a fin de que observen determinadas conductas”<sup>26</sup> como por ejemplo, el desarrollo de una política para el libre e igual acceso a la educación, programas de vivienda digna, políticas para un medio ambiente saludable, entre otros.

Guastini, a su vez, los conceptualizó como aquellas normas que incorporan a los valores en un determinado sector específico del ordenamiento jurídico, como por ejemplo el derecho administrativo, o bien en el ordenamiento jurídico en su totalidad. Estableció que los principios, como normas, se distinguen por dos características esenciales: su carácter fundamental y su grado de indeterminación.

El carácter fundamental de los principios se refiere a la posición de estos dentro del sistema jurídico y obedece a que los principios fundamentan y justifican a otras normas, al tiempo que no requieren para sí un fundamento axiológico “ya que son percibidos, en la cultura jurídica existente, como normas evidentemente justas o correctas”.<sup>27</sup> En este sentido, Luis Prieto Sanchís sostiene que “una disposición es fundamental cuando recoge las decisiones básicas o nucleares que inspiran todo un grupo normativo o institución jurídica o, incluso, el conjunto del ordenamiento”.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 67)

<sup>26</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 115)

<sup>27</sup> (Guastini, 2014, pág. 186)

<sup>28</sup> (Prieto Sanchís L. , Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, 2013, pág. 60)

Por su parte, el carácter indeterminado se refiere a su contenido y estructura, en cuanto normas abiertas, generales que admiten excepciones no formuladas o indeterminadas. El contenido dependerá del contexto cultural del que forman parte los principios. Pese a ello, de manera general corresponde sostener que “Tales principios expresan importantes y muy valorados conceptos, como la igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidad humana, etc.-, pero el contenido de estos conceptos, es decir, su concepción, es objeto de inagotables discusiones”.<sup>29</sup>

Todas estas definiciones concuerdan con la idea de Dworkin según la cual los principios funcionan con mayor fuerza y peso en casos difíciles<sup>30</sup> en los cuales “desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas”<sup>31</sup> de tal manera que la resolución y decisión de un caso fundamentada en principios generará la necesidad posterior de crear una norma que regule casos similares de manera que la regla no existe previo a la resolución del caso, surgiendo como efecto una relación valor-principio-regla. A decir de Zagrebelsky,

“la realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo y adquiere valor [...], aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de tomas de posición jurídica conformes con él. El *ser* iluminado por el principio aún no contiene en sí el deber ser, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio”.<sup>32</sup>

Aún después de todo lo que se ha sostenido sobre este tipo de normas, surge una interrogante sobre el origen de la eficacia de los principios. Desde una posición neutra entre la concepción naturalista y positivista del derecho, “la eficacia de los principios resulta ser, al igual que la del viejo Derecho natural, independiente de las normas que cuentan con respaldo institucional, pero a diferencia de aquél, no reside en algún mundo etéreo y evanescente que se sitúe por encima de la realidad social, sino que son descubiertos por el juez en el caso concreto; descubiertos en la naturaleza de la cosa, en el sentido común alimentado por la ética social”.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 124)

<sup>30</sup> Manuel Atienza se refiere a un caso difícil como aquel al cual “aplicando criterios de racionalidad estricta, resultaría que: a) el caso no tiene solución; b) tiene una solución que resultaría inaceptable; c) tiene más de una solución (incompatibles entre sí)”. (Atienza, Para una razonable definición de «razonable», 1987, pág. 194)

<sup>31</sup> (Dworkin, 1989, pág. 80)

<sup>32</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 118)

<sup>33</sup> (Prieto Sanchís L. , Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, 2013, pág. 79)

Por otra parte, los principios posibilitan un acercamiento a la justicia “al caso concreto ante los problemas de rigidez que suscitan las reglas; y [...] buscan una solución razonable a los denominados casos difíciles en el mundo del derecho”.<sup>34</sup> En esta misma línea del pensamiento, Zagrebelsky señala que “sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico”.<sup>35</sup> De esta forma, se reconoce que el Derecho no es solamente un conjunto de reglas, sino también de principios, que son plenamente reconocidos y su fuerza normativa es indiscutible al igual que su carácter de normas fundamentales.

### 1.2.1.3. De las reglas

Las reglas fueron los primeros estándares normativos en ser reconocidos. El modelo iuspositivista entendía al derecho como un conjunto de normas-reglas condensados en la ley positiva; de manera que “las normas o modelos de conducta que se imponen a los ciudadanos y que son tomados en consideración por el juez a la hora de valorar el comportamiento de aquellos, pueden ser normalmente identificados mediante alguna regla o criterio propio del sistema jurídico y que, en último término, encarnan alguna práctica social verificable. La institucionalización de los modos de producción normativa facilita sin duda la identificación de las normas del sistema (leyes, reglamentos, sentencias, etc.)”.<sup>36</sup>

Desde este criterio, para el positivismo la ley era sinónimo de derecho, de manera que su noción se reducía a aquella y eran las reglas las normas que regían de manera exclusiva el ordenamiento jurídico, y su validez estaba condicionada a ciertos criterios. Para Hart, la validez de las normas vendría dada por la regla de reconocimiento que establece “cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas del sistema jurídico”.<sup>37</sup> En este sentido, “la fuente de cada norma jurídica es la norma superior que regula su producción, y, en último extremo, la norma fundamental, verdadera “fuente de fuentes”.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> (López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 2018, pág. 112)

<sup>35</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 110)

<sup>36</sup> (Prieto Sanchís L. , Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, 2013, pág. 73)

<sup>37</sup> (Fuertes-Planas Aleix, 2007, pág. 164)

<sup>38</sup> (Fuertes-Planas Aleix, 2007, pág. 164)

Este tipo de normas por regla general está contenido en la ley, sin embargo, están presentes también en las constituciones, aunque en menor cantidad en relación a los principios; en este orden Zagrebelsky sostiene que “aunque estén escritas en la constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto se agotan en sí mismas, es decir no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan”.<sup>39</sup> Como estándar de comportamiento, “una regla es un enunciado condicional que conecta una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos: Si F, entonces G”.<sup>40</sup> Como se evidencia de esta definición, la aplicación de las reglas supone una tarea de menor grado de complejidad en relación a los demás estándares normativos.

A diferencia de lo acontecido con los principios que se caracterizan por su generalidad y ambigüedad, las reglas son más concretas y específicas en la medida que su grado de abstracción e indeterminación es reducido. Así, por su estructura y naturaleza, son aplicables a manera de premisas y silogismos, y en consecuencia se hacen valer mediante la subsunción.

Dentro de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, las reglas juegan un rol trascendental. “La existencia de reglas iusfundamentales garantiza las exigencias de seguridad jurídica, de determinación y de claridad en el sistema de los derechos. Las reglas permiten reconocer con inmediatez y precisión, qué comportamientos están ordenados, prohibidos y permitidos por los derechos fundamentales”.<sup>41</sup>

La caracterización de las normas tipo reglas se evidenciará de manera más clara a través de su diferenciación respecto a las normas tipo principios como se expondrá en los párrafos siguientes.

### **1.2.2. Criterios de diferenciación entre reglas y principios**

Una vez que la normatividad de los principios y, en consecuencia, su fuerza obligatoria ha sido reconocida indiscutiblemente, a la par de las reglas, surge la importancia de definir

---

<sup>39</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 110)

<sup>40</sup> (Guastini, 2014, pág. 184)

<sup>41</sup> (Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2007, pág. 583)

si entre estos dos tipos de normas “existe una diferencia lógica, cualitativa o radical o, por el contrario, una distinción meramente de grado”;<sup>42</sup> para lo cual hay que considerar que en cuanto normas, reglas y principios, establecen lo que es debido y en algunas ocasiones pueden desempeñar una función semejante. Los criterios de diferenciación entre estos estándares normativos son diversos considerando su generalidad, casos de aplicación, origen, contenido valorativo, su fundamento, entre otros.

Para Dworkin, se trata de una distinción lógica en cuanto reglas y principios “apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan”.<sup>43</sup> Esta distinción se refiere a dos criterios: primero, se refiere al carácter disyuntivo de las reglas, de manera que si los hechos previstos en la norma se configuran en la realidad, la norma deberá ser aplicada, caso contrario no deberá ser tomada en cuenta para la decisión. Un principio en cambio “enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular”<sup>44</sup> sino otorga razones para decidir.

Dentro de esta misma tesis, una segunda diferencia, es la dimensión del peso entre estos tipos de normas. “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. [...] es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene”.<sup>45</sup> Por ello, aún en caso de conflicto entre principios, ambos serán válidos sin perjuicio que en cada caso en concreto uno prevalezca sobre el otro, tornándose una cuestión de peso entre ellos. Al contrario, cuando las reglas se encuentran en conflicto, sólo podrá aplicarse una de ellas para evitar que se produzca una antinomia.

Prieto Sanchís hace un análisis de la Teoría del Derecho y del criterio lógico de diferenciación entre reglas y principios propuestos por Dworkin y establece que se trata de una concepción del Derecho diferente de aquella positivista, en cuanto reconoce que el material jurídico positivo representa “una pequeña parte del Derecho que ha de ser coherente con otro Derecho de orden superior”,<sup>46</sup> revelando la vinculación entre moral y

---

<sup>42</sup> (Prieto Sanchís L. , Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, 2013, pág. 27)

<sup>43</sup> (Dworkin, 1989, pág. 75)

<sup>44</sup> (Dworkin, 1989, pág. 75)

<sup>45</sup> (Dworkin, 1989, pág. 77)

<sup>46</sup> (Prieto Sanchís L. , Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, 2013, pág. 100)

derecho, propia de la teoría dworkiniana.<sup>47</sup> Así, para el referido doctrinario, la distinción entre estos dos estándares normativos obedece a su origen o vinculación con la moral en la medida que los “principios valen como principios jurídicos porque son principios morales que explican y justifican el conjunto del Derecho”.<sup>48</sup> A luces de este pensamiento, “la teoría del Derecho como integridad es una teoría del Derecho particular, sólo predicable de aquellas comunidades que compartan un determinado sistema de valores; y por eso, también el jurista que postula es un jurista necesariamente comprometido con la moralidad, al parecer con una moralidad encarnada en los principios”.<sup>49</sup>

Por otra parte, y como efecto de la conceptualización de los principios como mandatos de optimización propuesta por Alexy, esta diferenciación, además de lógica, es cualitativa. Según su concepción “la diferencia cualitativa supone que las reglas sean aplicadas mediante un proceso de subsunción lógico, mientras que en los principios para la solución de sus casos, haya de recurrirse al método de la ponderación”.<sup>50</sup> Esto se debe a los mandatos definitivos contenidos en las reglas, de forma que “cuando ocurre la conducta que prevén, debe hacerse lo que las reglas han prescrito, ni más ni menos. Es decir, la conducta debe ser subsumida bajo el supuesto de hecho de la regla pertinente y debe imputarse la consecuencia prevista por ésta”.<sup>51</sup> Al contrario, los principios son aplicables mediante la ponderación, como se expone en los siguientes apartados. Este criterio se evidencia también en el nivel axiológico en cuanto “A los principios corresponden los criterios de valoración -valores-; a las reglas, las reglas de valoración”,<sup>52</sup> como se expuso en párrafos anteriores.

Manuel Atienza y Ruiz Manero, citados por López Hidalgo,<sup>53</sup> han considerado tres criterios de diferenciación: por su estructura, como razones para la acción, y en relación a las relaciones de poder. Especial mención requiere el primer criterio según el cual las

---

<sup>47</sup> “Una consecuencia fundamental se desprende de la propuesta de Dworkin: el derecho, al contrario de lo sostenido por el positivismo, no es conceptualmente independiente de la moral. En otras palabras, no es posible identificar el contenido del derecho -reglas y principios- sin acudir a la moralidad política” (Hart & Dworkin, 1999, pág. 59).

<sup>48</sup> (Prieto Sanchís L. , Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, 2013, pág. 89)

<sup>49</sup> (Prieto Sanchís L. , Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, 2013, pág. 101)

<sup>50</sup> (López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 2018, pág. 111)

<sup>51</sup> (Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2007, pág. 580)

<sup>52</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 123)

<sup>53</sup> (López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 2018, pág. 108)

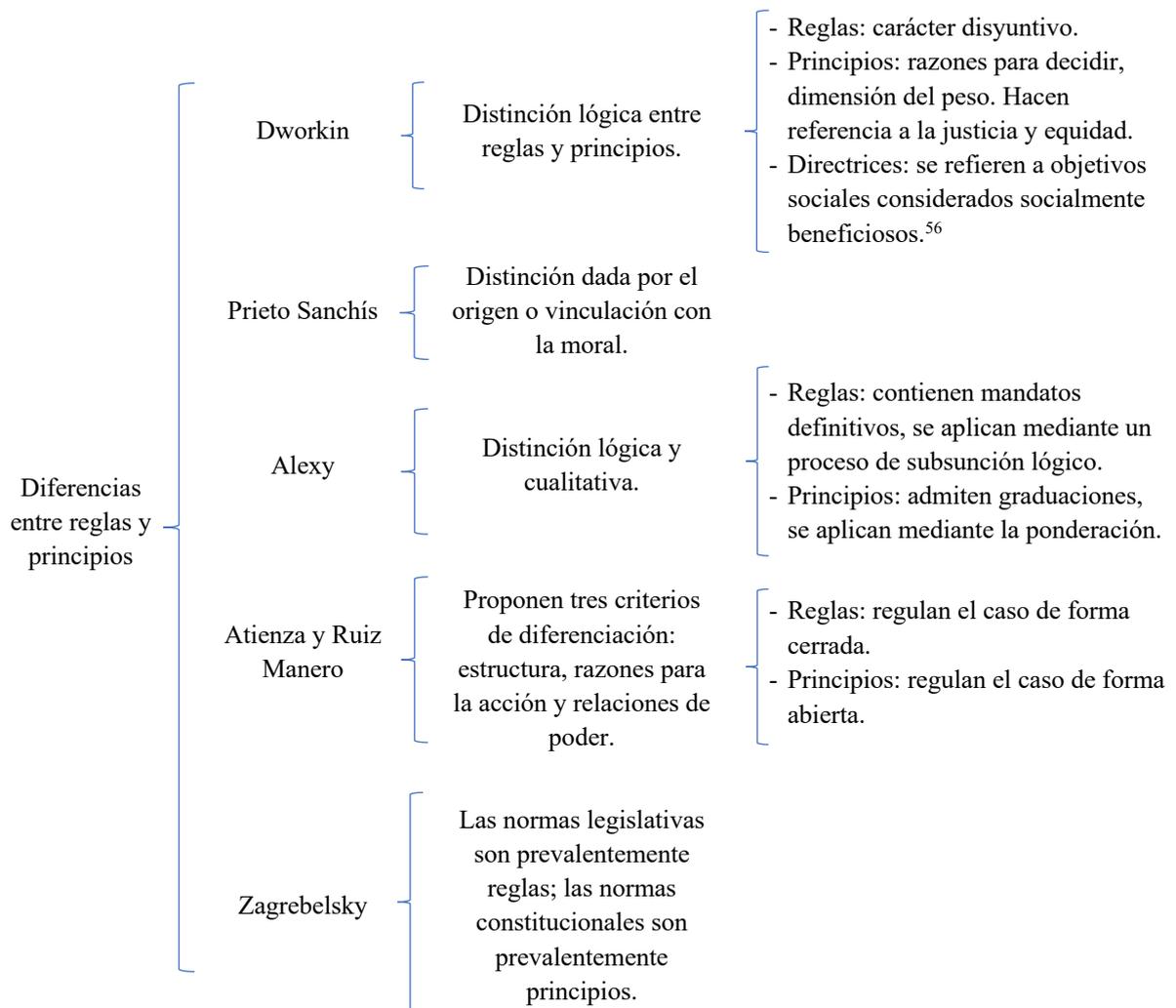
reglas pueden ser formuladas “recurriendo a un esquema condicional concreto, esto es, de caso/solución o hipótesis/consecuencia”<sup>54</sup> y como resultado ofrecen un grado de predecibilidad de las soluciones en base a este esquema. En otras palabras, las normas tipo reglas regulan el caso de forma cerrada. Por su parte, las normas tipo principios, al ser mandatos, regulan el caso de manera abierta, general, amplia y en muchas ocasiones ambigua, denotando su carácter indeterminado.

De manera general, Zagrebelsky sostiene que “si el derecho actual está compuesto de reglas y de principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derecho y sobre justicia son prevalentemente principios [...] Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> (López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 2018, pág. 109)

<sup>55</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 109)



**Ilustración 1.**

Elaboración propia

Esta distinción no impide que tanto principios como reglas cumplan una misma función dentro del ordenamiento jurídico, en cuanto ambas “regulan la conducta humana y se utilizan para construir y fundamentar las decisiones jurisdiccionales”.<sup>57</sup> Con el reconocimiento de las normas de principio como fundamento del ordenamiento jurídico “las reglas jurídicas que caen en el ámbito de disponibilidad del legislador comenzarán a concebirse como una de las caras del derecho. Se establecerá como normal exigencia la de hacerla concordar con la otra cara, la de los principios contenidos en la Constitución. La satisfacción de esta exigencia sólo podría ser, en última instancia, competencia de la

<sup>56</sup> Dworkin sostiene que “junto a las normas -reglas-, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa” (Dworkin, 1989, pág. 9).

<sup>57</sup> (Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2007, pág. 576)

jurisdicción”,<sup>58</sup> de manera que la distinción entre reglas y principios permite establecer su complementariedad.

### **1.3. De los métodos de interpretación para normas reglas y normas principios.**

De manera general, el Diccionario de la Lengua Española establece que interpretar es “Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto”.<sup>59</sup> La interpretación es una actividad con múltiples connotaciones; de tal manera, Guastini ha sostenido que “cualquier teoría que general de la interpretación que pretenda reconducir bajo un único concepto las distintas cosas que en el uso común son llamadas interpretación está destinada al fracaso”<sup>60</sup> y sostiene que, en el lenguaje de las ciencias sociales, la interpretación puede recaer sobre actos, eventos o textos.

La interpretación jurídica, según Guastini, es una forma de interpretación textual, que consiste en la actividad de “constatar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico; otras veces el resultado o producto de tal actividad, es decir, el significado mismo”.<sup>61</sup> El primer supuesto se refiere a un proceso mental y psicológico no susceptible de análisis jurídico, por lo que interesa el segundo supuesto en cuanto actividad discursiva y por ende el producto de la actividad interpretativa. Por su parte, Kelsen definió a la interpretación como “una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior”.<sup>62</sup>

Según Prieto Sanchís, la interpretación en el ámbito jurídico, y en sentido estricto, se refiere a dos aspectos: “primero, atribuir significado a las normas, clarificar qué es lo que quieren decir; y segundo, delimitar su campo de aplicación, determinando los hechos, las situaciones, etc., en que cada norma es relevante”.<sup>63</sup>

Haciendo un recorrido histórico acerca de la actividad interpretativa se sabe que en el Estado de derecho Legal el “servicio del jurista se denominó interpretación jurídica pues,

---

<sup>58</sup> (Zagrebeslky, 2009, pág. 113)

<sup>59</sup> (Real Academia Española, 2019)

<sup>60</sup> (Guastini, 2014, pág. 22)

<sup>61</sup> (Guastini, 2014, pág. 25)

<sup>62</sup> (Kelsen, 2010, pág. 129)

<sup>63</sup> (Prieto Sanchís L. , Apuntes de teoría del Derecho, 2005, pág. 226)

cuando decidía un problema, evacuaba una duda o brindaba una respuesta autoritativa era a través de la interpretación de la ley. [...] La interpretación identificaba el trabajo del jurista, en tanto consistía en aplicar la ley luego de haberla interpretado y descubierto en ella la respuesta buscada”.<sup>64</sup> En efecto, la materia de interpretación era única y exclusivamente la ley, por lo que el intérprete debía recurrir a ella en busca de una solución para el caso puesto en su conocimiento.

Sucedía lo contrario en el Estado de derecho Constitucional, cuando la interpretación adquiere un nuevo sentido por la incipiente idea de que para cada caso existe más de una respuesta posible. Esta concepción aparece como consecuencia del reconocimiento de la Constitución como fuente del derecho que contiene “principios, valores o derechos humanos que tienen esa capacidad potencial de generar respuestas en manos de juristas preparados para ello”.<sup>65</sup> Ahora bien, frente a la multiplicidad de soluciones, el caso demanda la elección una de ellas, para lo cual es indispensable argumentar y justificar a favor de cada idea para finalmente escoger la mejor según su peso, metafóricamente hablando.

Con estos antecedentes, Alexy propone la interpretación desde la argumentación como una “teoría normativa que permita por lo menos una cierta valoración de la fuerza o peso de los distintos argumentos y de la racionalidad de la argumentación jurídica”.<sup>66</sup> Para Rodolfo Vigo, la interpretación toma la forma de argumentación en cuanto responde de mejor manera a las características y exigencias del nuevo modelo de Estado de forma que “la argumentación jurídica se aparece a la sociedad democrática como un último esfuerzo por ofrecer un Derecho justo, motivado y razonable hasta tanto sea posible, combinando la complejidad de las interacciones humanas y sus derechos con el rigor y la metodología más elaboradas”.<sup>67</sup>

Un análisis acertado acerca de la interpretación jurídica actual es aquel propuesto por Zagrebelsky, quien se refiere a ella como una “actividad intermedia que se sitúa en la línea de tensión que vincula la realidad con el derecho, lo que representa el enésimo

---

<sup>64</sup> (Vigo, Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional , 2015, pág. 27)

<sup>65</sup> (Vigo, Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional , 2015, pág. 28)

<sup>66</sup> (Alexy, La argumentación jurídica como discurso racional, 1995, pág. 231)

<sup>67</sup> (Pinto Fontanillo, 2005, pág. 101)

replanteamiento de la lucha, jamás extinguida y acaso irrenunciable, entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley”.<sup>68</sup>

Esta tensión aparece en la medida que la ley es sometida a los principios constitucionales; y es en los casos difíciles -como expuso Dworkin- que esta tensión surge al contradecirse la ley con los principios. En este supuesto, el caso será el motor que concurre al derecho, lo interroga, y busca obtener una respuesta a través de la interpretación. Así, según la teoría dworkiniana, el intérprete debe buscar la “única respuesta correcta” para cada caso dentro del derecho vigente.

De todo lo dicho, es relevante esclarecer los supuestos en los que tiene lugar la actividad interpretativa. Superando el aforismo *In claris non fit interpretatio*, según el cual la interpretación cabe solamente en los casos en los que la ley no es lo suficientemente clara para ser aplicada directamente, o cuando no existe una norma que regule un caso determinado; la interpretación procede de manera imperante al momento de aplicar una norma en cuanto “existe un sentido de la norma que hay de explicar para poder aplicarla. [...] De ahí que si no se interpreta una norma, no se puede aplicar de forma que quede garantizado su sentido y significado, llegando a afectar a la correcta aplicación de la misma”.<sup>69</sup> De esta idea se desprende que “todas las normas, sin excepción, necesitan de un acto de interpretación para darle una forma concreta”.<sup>70</sup>

Así, como respuesta a esta necesidad el intérprete recurre a los métodos de interpretación que le permiten cumplir con esta tarea. En el Estado de derecho Legal, los métodos representaban “el camino que debía recorrer el jurista a fin de desentrañar el sentido de la ley que fue puesto por la voluntad general infalible, en donde luego subsumiría el caso individual respecto del cual se le pedía una respuesta”.<sup>71</sup>

Sin embargo, esta definición resulta insuficiente frente a la concepción práctica de la interpretación propuesta por Zagrebelsky, quien reconoce que para un mismo caso, el ordenamiento ofrece múltiples soluciones, donde el método será “sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla

---

<sup>68</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 133)

<sup>69</sup> (Galan Juárez, 2006, pág. 41)

<sup>70</sup> (Galan Juárez, 2006, pág. 41)

<sup>71</sup> (Vigo, Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional , 2015, pág. 34)

posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado”.<sup>72</sup> De esta definición se evidencia la existencia de múltiples métodos de interpretación, de igual jerarquía, que permiten argumentar de distintas maneras la aplicación de una determinada regla, según la función del derecho, en la medida que “el derecho escrito en las leyes sirve para proporcionar a los casos la regla que les corresponde, pero carece de poder exclusivo para determinarla”.<sup>73</sup>

En efecto, corresponde a los métodos de interpretación responder a lo que se pretende encontrar en la norma. Consecuentemente el intérprete deberá elegir un método que se ajuste a su búsqueda. La falta de jerarquización de los métodos, lejos de representar un inconveniente como plantearía la teoría positivista, posibilita la elección de la regla adecuada a través de la interpretación de la ley.

Como consecuencia de lo expuesto, las culturas jurídicas reconocen cada vez una mayor diversidad de métodos de interpretación, superando en número a los métodos clásicos de interpretación propuestos por Savigny.<sup>74</sup> Estos métodos -el gramatical, histórico, sistemático y teleológico- fueron los métodos por excelencia del Estado de derecho Legal; lo cual no obsta que todavía sean aplicados en el modelo de Estado actual, aunque con un alcance y sentido distintos. De tal manera,

---

<sup>72</sup> (Zagrebeslky, 2009, pág. 134)

<sup>73</sup> (Zagrebeslky, 2009, pág. 136)

<sup>74</sup> Para Savigny estos cuatro métodos representaban herramientas supuestamente seguras para los juristas en cuanto “parten del tenor literal del texto (interpretación gramatical) vuelven a la historia (interpretación histórica, con las variantes de la interpretación histórica subjetiva y objetiva) y analizan la posición sistemática de la norma en su conjunto (lo que últimamente se caracteriza como el «contexto»). Posteriormente se plantea la cuestión del «telos», de completar el sentido y el fin de la norma” (Häberle, 2010, pág. 385). A manera de ejemplo, es conveniente citar el artículo 18 del Código Civil ecuatoriano que reconoce como reglas de interpretación a la interpretación gramatical, técnica, sistemática, teleológica y extensiva: “Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento; 2. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal; 3. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; 4. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; 5. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes; 6. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y, 7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.”

“Ante el proceso de rematerialización que ha sufrido el ordenamiento jurídico, en el que los principios y derechos constitucionales han adquirido un carácter vinculante, el intérprete debe ampliar su visión tradicional de la regla, y previa la utilización mecánica de un método interpretativo exegético, está en la obligación de constatar hasta qué punto su aplicación podría conllevar la afectación implícita de un derecho constitucional. En caso de no hacerlo, su decisión —en tanto intérprete de la Constitución—, más allá de estar en contradicción con el Estado constitucional y con la nueva visión del derecho, corre el grave riesgo de devenir en inconstitucional”.<sup>75</sup>

En relación a la interpretación constitucional, esta “es una modalidad de la interpretación jurídica que comparte técnicas y herramientas de la doctrina general de la interpretación jurídica. Sin embargo, presenta algunas particularidades propias de la naturaleza de su objeto, así como de la singular intervención de sus intérpretes”.<sup>76</sup> Así, por ejemplo, la norma fundamental ecuatoriana reconoce como primera regla para la interpretación constitucional, al criterio literal que más se ajuste a la Constitución, como se expresa a continuación:

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

Esta disposición reconoce la permanencia y vigencia del método de interpretación literal. Asimismo, se evidencia el reconocimiento al método histórico al referirse a la voluntad del constituyente. Adicionalmente, esta norma reconoce como método a la interpretación más favorable para los derechos, en caso de existir duda; método que, a las luces del pensamiento positivista, parecería inaceptable pero que en el escenario del Estado de Derecho Constitucional tiene plena cabida.

En síntesis, son múltiples los métodos de los que puede servirse un intérprete para encontrar y justificar la respuesta que le proporciona el derecho para un caso determinado. Estos han variado con el tiempo, ajustándose a las necesidades de los ordenamientos jurídicos, lo cual explica que “el pluralismo metodológico está tan arraigado en las exigencias del derecho actual que ninguna controversia sobre los métodos ha logrado

---

<sup>75</sup> (Alarcón Peña, 2011, pág. 179)

<sup>76</sup> (López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 2018, pág. 103)

jamás terminar imponiendo uno de ellos en detrimento de los demás y, al final, todas se han resuelto con la propuesta de añadir algún otro a la lista”,<sup>77</sup> conforme se desarrolla a continuación.

### **1.3.1. La interpretación jurídica tradicional: silogismo-deductivo.**

Como se ha venido sosteniendo, para la concepción positivista del derecho, que regía en el Estado de derecho Legal, la ley era la norma jurídica por excelencia, y en consecuencia se pretendía que la actividad interpretativa se formulara a través de un silogismo deductivo, que se reducía a subsumir el hecho en el supuesto previsto por la norma, de manera que su consecuencia era plenamente previsible, revelando una concepción logicista formal.

El razonamiento silogístico fue estudiado y explicado por Aristóteles, en su tratado de lógica *Organon*.<sup>78</sup> De su tratado se desprende que “el silogismo es un tipo de razonamiento: dada cierta información se sigue o se deriva otra [...]. Dadas ciertas premisas se sigue necesariamente su conclusión, por lo que la conclusión resulta enteramente probada por las premisas”.<sup>79</sup> Según esta descripción, el silogismo se compone de dos premisas -una mayor y una menor- y una conclusión.

Trasladando este concepto al ámbito jurídico, el silogismo implica:

“La subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica. Al tenor de la misma, la premisa mayor está constituida por la norma jurídica que establece un hecho (caso genérico) debe tener o tiene (según las diferentes formulaciones) determinadas consecuencias jurídicas. La premisa menor es una proposición factual según la cual el hecho (caso individual) ha tenido lugar en un determinado momento y lugar y pertenece a la clase de hechos previstos por la norma que constituye la premisa mayor. La conclusión es la decisión judicial, en la que el caso concreto se vincula a las consecuencias establecidas por la norma jurídica”.<sup>80</sup>

En este orden, Guastini se refiere a la interpretación en concreto como la subsunción de “un caso concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada en

---

<sup>77</sup> (Zagrebesky, 2009, pág. 135)

<sup>78</sup> Citado por Posada Ramírez, 2011.

<sup>79</sup> (Posada Ramírez, 2011, pág. 53).

<sup>80</sup> (Iturralde Sesma, 1991, pág. 242)

abstracto”,<sup>81</sup> por lo que se formula a través de enunciados de subsunción que encierran una entidad individual dentro de una clase. “Esta relación de correspondencia es una relación de subsunción y, puesto que la subsunción en cuestión es una relación lógica, por tanto, existe una relación lógica entre la norma general y la norma individual que aplica aquella a un caso concreto”.<sup>82</sup> Se trata entonces de un proceso lógico, según se expone a continuación:

Si A, entonces C. (Premisa mayor-caso genérico)  
Si B es igual a A. (Premisa menor-caso individual)  
B entonces C. (Conclusión)

Kelsen, en su Teoría Pura, sostiene que “la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión *deber ser* está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico”.<sup>83</sup> De manera que el silogismo jurídico no es más que una actividad lógica deductiva en la cual un caso en concreto es subsumido en un caso abstracto previsto por la norma jurídica al que le corresponden las consecuencias jurídicas previstas para este supuesto.

Este tipo de razonamiento corresponde, como ya se expuso anteriormente, a las normas tipo reglas.<sup>84</sup> Así, Zagrebelsky manifiesta que “A las reglas se obedece y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas”.<sup>85</sup> Esto responde al carácter cerrado de las reglas, para las cuales, se deberán considerar los casos concretos para su aplicación, previendo las excepciones a la regla de manera que la subsunción de un hecho a la norma corresponda exactamente con los preceptos de esta.

A partir de la principalización del derecho, el silogismo jurídico ha sido objeto de diversas críticas, en cuanto sus soluciones son inaplicables respecto a los principios. Vigo, al estudiar a Alexy, señala que este último “se ha ocupado del modelo de la deducción,

---

<sup>81</sup> (Guastini, 2014, pág. 33)

<sup>82</sup> (Iturralde Sesma, 1991, pág. 244)

<sup>83</sup> (Kelsen, 2010, pág. 55)

<sup>84</sup> Aunque como se verá en el capítulo siguiente, en el caso de los principios, luego de ponderar también hay que realizar un ejercicio de subsunción.

<sup>85</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 111)

al que descarta por negar el carácter creativo del que aplica la norma y porque ésta muchas veces no existe para el caso; a veces la que está disponible resulta vaga, y otras el resultado al que llevaría la norma resulta axiológicamente deficitario”.<sup>86</sup> De esta forma se evidencia la insuficiencia del silogismo respecto a las múltiples situaciones que pueden producirse en un caso concreto en relación al caso en abstracto previsto por la normas.

Evidentemente, el silogismo jurídico o silogismo judicial aún es aplicable en los casos simples en los que “las resoluciones toman la forma de inferencias, más o menos complejas, pero el eje central del argumento tiene carácter más deductivo que interpretativo. Puede tratar aspectos eminentemente fácticos y hasta cierto punto evidenciables mediante un proceso argumentativo simple”.<sup>87</sup> En este contexto, el caso es resuelto mediante un silogismo en cuanto se trata de una cuestión lógica; sin embargo, en la realidad, pocos son los casos que pueden ser calificados como simples y que encuentran una respuesta satisfactoria en la simple aplicación lógica deductiva de las reglas.

Una crítica acertada sobre este mecanismo de interpretación es aquella propuesta por Zagrebelsky al sostener que:

“Son las reglas, y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la maquinización de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma”.<sup>88</sup>

En respuesta a esta posición, Vigo, en sus reflexiones sobre la prescindencia del silogismo deductivo judicial en el nuevo modelo de Estado, manifiesta que “Los neoconstitucionalistas -como Zagrebelsky- retoman las enseñanzas clásicas de la prudencia y promueven una fuerte desconfianza a la formalización del derecho apegada a los silogismos, dado que el derecho debe ajustarse a las peculiaridades del caso y ello supone la presencia de valoraciones”,<sup>89</sup> de forma que se requieren nuevas técnicas del razonamiento jurídico en las que quepan este tipo de criterios basados en valores.

---

<sup>86</sup> (Vigo, Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional , 2015, pág. 286)

<sup>87</sup> (Pinto Fontanillo, 2005, pág. 40)

<sup>88</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 111)

<sup>89</sup> (Vigo, Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional , 2015, pág. 287)

### 1.3.2. Técnicas del razonamiento jurídico constitucional: la razonabilidad.

En un modelo estatal en que los principios juegan un rol fundamental al tiempo que se convierten en los fines mismos del Estado, la interpretación silogística de la norma parece no brindar una respuesta satisfactoria para el razonamiento jurídico constitucional, en cuanto el derecho ha adquirido una nueva dimensión en la cual la ley es solamente una parte de este. En consecuencia, “la restauración de un método lógico-formal de tratamiento del derecho actual supondría, en cambio, esto sí un retroceso, pues hoy sería imposible un formalismo o un positivismo de los principios. Su carácter abierto y su pluralismo son un obstáculo insuperable para ello”.<sup>90</sup>

En el Estado de derecho Constitucional la interpretación toma entonces un nuevo sentido como “la búsqueda de entre los varios entendimientos posibles de una regla de Derecho, de aquella opción que mejor se acomode a los dictados constitucionales, en este caso, en relación con la interpretación conforme a la Constitución”.<sup>91</sup> Así, en este razonamiento “el conjunto de los principios constitucionales debería constituir una suerte de sentido común del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico, la condición para resolver los contrastes por medio de la discusión y no a través de la imposición”.<sup>92</sup>

En efecto, la doble dimensión de la Constitución -dimensión formal y sustantiva- a la que se hizo alusión anteriormente “determina la naturaleza de la interpretación constitucional: esta consiste en una argumentación sobre el significado de la Constitución tomada en su integralidad; lo que incluye, tanto al documento en que ella está escrita, cuanto al tejido axiológico que vertebra su contenido”.<sup>93</sup>

La creación de constituciones cargadas de principios exige nuevas pautas argumentativas que viabilicen su efectiva aplicación para proporcionar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Surgen como consecuencias técnicas interpretativas destinadas

---

<sup>90</sup> (Zagrebeslky, 2009, pág. 124)

<sup>91</sup> (Galan Juarez, 2006, pág. 35)

<sup>92</sup> (Zagrebeslky, 2009, pág. 124)

<sup>93</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 6)

especialmente a los principios en la medida que demandan un razonamiento que vaya más allá del formalismo lógico,<sup>94</sup> típico de la interpretación tradicional. En esta línea de pensamiento, Zagrebelsky señaló:

“Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras, [...] y que, más que interpretadas a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos* [...], por ello, es importante comprender el mundo de los valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión”.<sup>95</sup>

Se desprende de lo manifestado que los principios -derechos- deben ser entendidos a partir de su naturaleza, de sus orígenes y de su razón de ser, según las particularidades de cada caso. Así “el alcance de su contenido -de los derechos fundamentales- se configura no sólo a través del texto constitucional ni en las leyes orgánicas que los desarrollen, sino en la forma que finalmente adopten en cada caso y, especialmente, cuando se tienen que articular con otros derechos fundamentales”.<sup>96</sup> Por tanto en la interpretación jurídica actual, “las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. [...] son estas últimas -las exigencias del caso- las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida”.<sup>97</sup>

Esta nueva dimensión de la interpretación responde plenamente a la naturaleza propia del Estado de Derecho Constitucional, en el cual “el juez constitucional, o quien interprete la Constitución, debe propender a alcanzar una decisión justa. Aquello como es lógico, involucra toda una transformación en cuanto a la forma de interpretar y concebir el derecho, será la norma válida —aquella que respeta los contenidos axiológicos— y no la vigente la que deba ser aplicable para la solución de un caso concreto”.<sup>98</sup>

Todas estas implicaciones obligan a los agentes jurídicos a aplicar nuevos parámetros interpretativos que complejizan al razonamiento jurídico; en consecuencia “entran en

---

<sup>94</sup> Es bien conocido que en la estructura característica de las normas tipo principios no hay un supuesto de hecho, a diferencia de lo que acontece con las reglas, y en consecuencia, no es posible que estos sean utilizados a través de la figura del silogismo, al no poder ser subsumidos en el supuesto de hecho.

<sup>95</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 110)

<sup>96</sup> (Galan Juárez, 2006, pág. 43)

<sup>97</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 134)

<sup>98</sup> (Alarcón Peña, 2011, pág. 178)

juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales [...]”.<sup>99</sup>

Grández Castro se refiere a estas técnicas como metaprincipios o pautas específicas para la aplicación de principios, y sostiene que,

“[...] la propia medida de los principios son también otros principios. Dentro de estos metaprincipios, quizá haya que destacar especialmente el principio de razonabilidad, más que como medida para los principios, yo diría como una actitud o pauta que acompaña de forma inevitable a los principios. Así como las reglas tienen en el principio de legalidad su medida de aplicación que ordena que debe hacerse estrictamente lo que esté dispuesto en la ley o que solo por ley se habilitan determinadas competencias de los poderes públicos; así también el principio de razonabilidad ordena que ante principios uno debe actuar con el mayor grado de razonabilidad que sea posible en cada contexto”.<sup>100</sup>

De esta manera, la razonabilidad adquiere particular importancia al momento de interpretar principios, convirtiéndose en un elemento indispensable al tiempo de su aplicación, sin que ello impida la concurrencia de otras técnicas del razonamiento jurídico constitucional como la proporcionalidad y la ponderación.

Según Manuel Atienza, la razonabilidad puede ser definida en varios sentidos; de manera general, se refiere al límite de lo justificable o jurídicamente aceptable de cualquier decisión judicial, en este sentido es “algo más que la racionalidad en sentido estricto”.<sup>101</sup> En sentido específico, la razonabilidad “puede predicarse únicamente de cierto tipo de decisiones jurídicas: las que no podrían (no deberían) adoptarse siguiendo criterios estrictamente racionales”,<sup>102</sup> y “se plantea cuando, en relación con una cuestión, parece existir, en principio, un cierto margen para decidir de una manera o de otra”.<sup>103</sup>

Así, cuando respecto de un mismo caso, existen justificaciones judiciales que parecen ser igualmente válidas, la justificación correcta será aquella que satisfaga a los principios en la mayor medida posible, de acuerdo a un criterio de aceptabilidad y razonabilidad, como equilibrio entre las diferentes argumentaciones para evitar que los principales valores

---

<sup>99</sup> (Carbonell, 2014, pág. 13)

<sup>100</sup> (Grández Castro, 2016, pág. 20)

<sup>101</sup> (Atienza, Curso de argumentación jurídica, 2013, pág. 563)

<sup>102</sup> (Atienza, Para una razonable definición de «razonable», 1987, pág. 192)

<sup>103</sup> (Atienza, Curso de argumentación jurídica, 2013, pág. 563)

sean afectados. De esta razonabilidad, va a depender, en parte, el cumplimiento de las decisiones y órdenes de autoridades. Para ilustrar mejor este concepto, conviene citar un pasaje del Principito:

“Sólo hay que pedir a cada uno, lo que cada uno puede dar- continuó el rey. La autoridad se apoya antes que nada en la razón. Si ordenas a tu pueblo que se tire al mar, el pueblo hará la revolución. Yo tengo derecho a exigir obediencia, porque mis órdenes son razonables”.<sup>104</sup>

Abstrayendo las palabras del rey al derecho, lo razonable de una decisión permitirá que ésta pueda ser ejecutada. En este sentido, Zagrebelsky sostiene que la razonabilidad se refiere a la prudencia en el tratamiento del derecho. Desde esta perspectiva la *prudentia*, contrapuesta con la *scientia*,<sup>105</sup> se refiere a la “racionalidad material orientada a los valores”<sup>106</sup> que pretende una progresión cuantitativa de lo menos a lo más apropiado y adecuado. Esta *prudentia* exige ciertas condiciones: primero, una actitud que pretenda soluciones que reclamen buenos principios para sí; segundo, busca “la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remiten a principios vigentes en el derecho”,<sup>107</sup> y, tercero, requiere de un procedimiento leal, transparente y responsable, tanto discursivo como persuasivo, con el fin de lograr el mayor desarrollo de los principios en juego.

En lo medular, la argumentación constitucional requiere un razonamiento que esté apegado a la Constitución y que responda a los valores y principios. Se habla, en consecuencia, de una argumentación “en términos de razonabilidad hecha a partir de la ponderación de las reglas que contienen derechos –cuando actúan como principios en conflicto, de tal manera que el intérprete tenga la seguridad que no resulta ninguna injusticia de sus actuaciones”.<sup>108</sup> De esta manera, el resultado de la interpretación será correcto y conforme a la Constitución, haciendo posible una plena vigencia de los principios.

---

<sup>104</sup> (De Saint-Exupéry, 2013, pág. 45)

<sup>105</sup> La *scientia* se refiere en cambio a un racionalismo formal, en términos cualitativos de verdadero/falso o todo/nada.

<sup>106</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 123)

<sup>107</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 123)

<sup>108</sup> (Galan Juárez, 2006, pág. 33)

A las luces de este razonamiento, la actuación de los agentes públicos, en materia de derechos, deberá estar orientada a la máxima realización de estos. La Constitución ecuatoriana establece esta obligación en su artículo 11.9 al disponer que “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”,<sup>109</sup> de manera que “su actuación no puede estar motivada por su voluntad de buscar una única solución correcta”<sup>110</sup> sino aquella que, en términos de razonabilidad, permita la mayor realización de principios.

En este sentido, Manuel Atienza sugiere que este metaprincipio coincide con el principio de proporcionalidad propuesto por Alexy, cuyo análisis se desarrollará más adelante. Así también, siguiendo la reflexión inicial de la razonabilidad como una actitud que acompaña a los principios y una atención a su mayor realización, ésta se vuelve un ingrediente necesario dentro del juicio de ponderación al momento de interpretar derechos fundamentales, “especialmente cuando estos operan como principios”.<sup>111</sup>

#### **1.4. Conflictos de reglas y principios**

Un conflicto entre reglas se presenta cuando “en un mismo sistema jurídico, existen dos normas que tienen la misma jerarquía, datan de la misma época, tienen la misma generalidad o especialidad y establecen deberes jurídicos contradictorios entre sí”.<sup>112</sup> Este tipo de conflictos se conoce como antinomias.

Ahora bien, Guastini sostiene que “las disposiciones normativas son (si no siempre, casi siempre) equívocas: es decir admiten más de una interpretación. Y cada interpretación distinta hace que de una misma disposición se desprenda una norma distinta”.<sup>113</sup> A decir de Prieto Sanchís, “propriadamente, la norma no es el presupuesto de la interpretación, sino el resultado,<sup>114</sup> es decir, la norma es el significado que se obtiene del texto mediante la

---

<sup>109</sup> (Constitución de la República del Ecuador, 2019)

<sup>110</sup> (Galan Juárez, 2006, pág. 51)

<sup>111</sup> (Ibídem, pág. 52)

<sup>112</sup> (Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2007, pág. 581)

<sup>113</sup> (Guastini, 2014, pág. 121)

<sup>114</sup> De esta consideración, sigue una precisión: la interpretación de normas se refiere a la interpretación de disposiciones normativas, en cuanto objeto de la interpretación, cuyo resultado será la norma, en cuanto producto de la actividad interpretativa, que no es más que la misma disposición interpretada. Prieto Sanchís sostiene que “los textos o documentos constituyen el objeto o presupuesto sobre el que se desarrolla la actividad interpretativa, mientras que las

interpretación”.<sup>115</sup> Desde esta perspectiva, “de una misma disposición pueden derivarse varias normas compatibles o incompatibles entre sí; una norma puede ser el fruto de la interpretación de varias disposiciones; y, en fin, también puede ocurrir que dos disposiciones den lugar a una misma norma”.<sup>116</sup>

En efecto, las antinomias vienen a ser producto de la actividad interpretativa, en la medida que a través de ella se desprenden las normas que podrían hallarse en conflicto. Por tanto, la interpretación puede bien crear o prevenir antinomias, según el sentido que se de a una disposición; en este orden, la antinomia nace cuando la interpretación ha concluido.

Con estas consideraciones, se vuelve necesario distinguir la interpretación jurídica de la producción del derecho; en la medida que si bien la primera da origen a las antinomias, no puede resolverlas en cuanto sus soluciones corresponden a la producción del derecho y se encuentran reguladas por normas positivas. Al suscitarse este conflicto, atañe a la producción del derecho eliminar o invalidar una de las dos normas mediante la aplicación de los métodos de solución de antinomias como los principios de competencia, *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferiori*, de especialidad, o a través de la introducción de excepciones para la norma. “Se trata, por tanto, de reglas de segundo grado que pretenden resolver conflictos entre normas eliminando así la indeterminación que supondría no saber cuál debe aplicarse en un caso particular”.<sup>117</sup>

En cambio, respecto de los principios, por su naturaleza, la situación es diferente “por cuanto uno de los principios cede en beneficio del otro (jerarquía o axiología móvil), pero sin descartar que en un caso futuro pueda alcanzarse una solución inversa”.<sup>118</sup> La propia naturaleza de los principios impide la aplicación de la subsunción en caso de encontrarse tensión entre ellos, por lo que se vuelve necesario la aplicación de un método propio que responda a su naturaleza; así “el modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad,

---

normas son el resultado. Entre disposición y norma no existe una correspondencia perfecta o biunívoca. Aunque es corriente pensar en estos términos, no es exacto que a cada disposición corresponda una sola norma, ni que cada norma se obtenga de una sola disposición” (Prieto Sanchís L. , Apuntes de teoría del Derecho, 2005, pág. 226).

<sup>115</sup> (Prieto Sanchís L. , Apuntes de teoría del Derecho, 2005, pág. 226)

<sup>116</sup> (Prieto Sanchís L. , Apuntes de teoría del Derecho, 2005, pág. 226)

<sup>117</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 108)

<sup>118</sup> (López Hidalgo, Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador, 2018, pág. 112)

proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad”.<sup>119</sup> La respuesta por excelencia a estos conflictos es la ponderación que “considera las razones fácticas y jurídicas que juegan en contra y se determina con exactitud, en qué medida es fáctica y jurídicamente posible realizar un principio”.<sup>120</sup>

En consecuencia, parafraseando lo sostenido por Prieto Sanchís<sup>121</sup> los principios gozan de un “peso” propio por lo que pese a encontrarse en conflicto entre ellos, ambos siguen siendo válidos, a diferencia de lo acontecido con las normas, que no aceptan juego simultáneo así “habida cuenta de las circunstancias específicas del caso, uno de los principios debe preceder al otro. El principio que ostenta mayor peso prevalece frente a su contrario, pero no para siempre, sino sólo en este caso. Bajo otras circunstancias la relación de precedencia podría ser la inversa”.<sup>122</sup>

De esta manera, el comportamiento de los principios ante un conflicto merece un estudio detallado, pues quien se encuentre ante esta situación, se enfrenta a una tarea compleja de pesos y particularidades propias de cada situación.

---

<sup>119</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 123)

<sup>120</sup> (Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2007, pág. 580)

<sup>121</sup> Ver Prieto Sanchís, L. (2013). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores S.A.C., pág. 37.

<sup>122</sup> (Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2007, pág. 581)

## CAPÍTULO II

### 2. EL JUICIO DE PONDERACIÓN COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

#### 2.1. Definición del juicio constitucional de Ponderación.-

El término *ponderar* tiene su origen en el vocablo latino *ponderāre*<sup>123</sup>, que significa “determinar el peso de algo”.<sup>124</sup> En el lenguaje común, la ponderación consiste en el equilibrio o contrapeso entre objetos, tratándose en consecuencia de “un juicio comparativo sobre el peso de dos objetos”.<sup>125</sup>

Ahora bien, a decir de García Amado, “las expresiones peso, pesar, ponderación, ponderar y similares tienen un alto contenido metafórico”,<sup>126</sup> especialmente en el ámbito jurídico. Esto se debe a que los principios no pueden ser pesados o medidos como tales, pero pueden ser valorados. Así, “lo que en el ámbito de los objetos materiales es, por ejemplo, pesar o medir o establecer la dureza, en el campo normativo es valorar”.<sup>127</sup>

La ponderación tiene lugar cuando, en un caso concreto, dos principios colisionan y uno de ellos solo puede ser satisfecho a costa de su contrario, sin que por ello sean excluyentes en el plano abstracto. Por consiguiente, “sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción en favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario”.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> (Diccionario de la Lengua Española , 2020)

<sup>124</sup> (Diccionario de la Lengua Española , 2020)

<sup>125</sup> (García Amado, ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación, 2016, pág. 2)

<sup>126</sup> (García Amado, ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación, 2016, pág. 3)

<sup>127</sup> (García Amado, ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación, 2016, pág. 3)

<sup>128</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 123)

En otras palabras, “las colisiones de principios pueden ser solucionadas mediante el establecimiento de una relación condicionada de precedencia”<sup>129</sup> para cada caso en concreto; relación que es establecida a través de la ponderación.

Así, la ponderación “es un tipo de valoración”<sup>130</sup> que se aplica cuando dos normas principio se encuentran en un caso, de manera que la satisfacción de uno de ellos conlleva la afectación del otro, para lo cual se vuelve necesario el establecimiento de una relación de preferencia para fundamentar una resolución, convirtiéndose en “una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sino una relación de precedencia condicionada entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial”.<sup>131</sup>

Así, “ese caso puede ser un recurso abstracto de inconstitucionalidad donde se examine la validez de una ley, un procedimiento contencioso administrativo que tenga por objeto un acto o disposición de autoridades públicas, un proceso civil o laboral en el que estén en juego derechos fundamentales, un proceso penal en el que se ventilan derechos fundamentales”<sup>132</sup> y muchos otros casos más.

En términos generales se puede definir a la ponderación como la búsqueda de “la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”,<sup>133</sup> de manera que la ponderación implica necesariamente la existencia de razones en pugna respecto de una misma situación. En este sentido, es “un método argumental que se exterioriza y controla desde sus propias reglas (ley de la ponderación), con el fin de dar una prevalencia a una de las razones en conflicto”.<sup>134</sup>

La ponderación representa un “criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales”<sup>135</sup> cuando estos se encuentran en colisión en cada caso. Desde este criterio, puede entenderse a la

---

<sup>129</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 135)

<sup>130</sup> (García Amado, ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación, 2016, pág. 4)

<sup>131</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 72)

<sup>132</sup> (Prieto Sanchís L. , Apuntes de teoría del Derecho, 2005, pág. 147)

<sup>133</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 124)

<sup>134</sup> (López Hidalgo, El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación, 2017, pág. 189)

<sup>135</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 60)

ponderación como “el ejercicio de racionalidad consistente en delimitar el ámbito de dos derechos en conflicto -cuando actúan como principios- basándose en el análisis de las circunstancias particulares y las causas que justifican la delimitación de uno de ellos, respetando en todo caso su contenido esencial<sup>136</sup> y las demás pautas constitucionales de ponderación”.<sup>137</sup>

Arroyo Jiménez la ha definido como el “discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios, y consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso”.<sup>138</sup> En cualquier caso, la ponderación consiste en un método para resolver “concretamente, un conflicto entre el derecho o la finalidad que están detrás de la ley, del reglamento o del acto administrativo, o que ampara la conducta de un particular, y aquel otro derecho o finalidad que fundamenta su impugnación”.<sup>139</sup>

Al tratarse de principios, como se expuso en el primer capítulo, no es posible la mera aplicación de los métodos tradicionales de resolución de conflictos de normas. Así que la ponderación, en cuanto criterio metodológico, pretende formular un “enunciado de preferencia condicionada, trazar una jerarquía móvil o axiológica, y afirmar que en el caso en concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria”.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> Existen múltiples teorías del contenido de los derechos: la teoría absoluta “contempla la idea de una esfera permanente del derecho que constituye su núcleo esencial, un núcleo susceptible de ser definido en abstracto con independencia del caso o de una situación histórica concreta, por lo tanto, irreductible e indisponible por el legislador en cualquier momento” (López Hidalgo, Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano, 2019). Sin embargo, esta teoría resulta insuficiente en un Estado constitucional como el ecuatoriano, de ahí que aparezca la necesidad de una teoría relativa del contenido de los derechos, según la cual “la constatación de que toda limitación a los derechos fundamentales exige una justificación, la cual puede encontrar un apoyo explícito en la norma constitucional ante la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales igualmente protegidos” (López Hidalgo, Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano, 2019). Con estas breves consideraciones, parecería ser que la Norma Fundamental ecuatoriana adopta la teoría relativa al mandar que “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”. Así, la Constitución admite una justificación razonable para la posible limitación de los derechos. De cualquier forma, “la garantía de un contenido esencial en determinados derechos constitucionales ofrece, como es claro, tanto un aspecto negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario cuanto positivo de afirmación de una sustancia inmediatamente constitucional en dichos derechos.” (Parejo Alfonso, 1981, pág. 170)

<sup>137</sup> (Galan Juárez, 2006, pág. 53)

<sup>138</sup> (Arroyo Jiménez, 2014, pág. 350)

<sup>139</sup> (Prieto Sanchís L. , Apuntes de teoría del Derecho, 2005, pág. 147)

<sup>140</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 124)

De esta manera, se evidencia la relación de preferencia establecida a través de la ponderación para cada caso en particular, considerando que, en el plano abstracto, mal podría establecerse una jerarquía o dependencia entre principios ya que ello implicaría establecer una relación de regla y excepción que no cabe en la naturaleza de los principios. En este sentido Alexy sostiene que “al suponerse que existen relaciones de precedencia absoluta entre los valores, se pone a los valores en un mismo nivel con las reglas, en cuanto se refiere a su comportamiento en las colisiones”.<sup>141</sup> De esta forma, el “empleo de la razón jurídica obliga a renunciar a verdades absolutas, lo que permite mantener una disposición de apertura para adentrarse en la casuística particular”.<sup>142</sup>

En palabras de Prieto Sanchís, “la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna”;<sup>143</sup> de ahí que su virtualidad consista en:

“estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc.), sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna”.<sup>144</sup>

Desde esta perspectiva, se pretende alcanzar una armonía entre principios a través de una solución intermedia que procure la menor lesión para los derechos en conflicto.

## **2.2. Fundamento del juicio de ponderación como método de interpretación constitucional**

La ponderación se identifica plenamente con los principios; en consecuencia, encuentra su fundamento *prima facie* en la teoría de los principios, según la cual el concepto de derecho debe integrar tres elementos: “la legalidad conforme al ordenamiento jurídico, la eficacia social de las normas y la corrección de justicia”.<sup>145</sup> Desde esta perspectiva, la

---

<sup>141</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 133).

<sup>142</sup> (Galan Juárez, 2006, pág. 53)

<sup>143</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 113)

<sup>144</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 124)

<sup>145</sup> (Portocarrero, 2017, pág. 211)

ponderación supone para la teoría de los principios un esquema metodológico necesario “para resolver problemáticas concretas que requieran tener en cuenta los tres elementos del concepto de derecho para su solución”.<sup>146</sup>

Otro de los fundamentos de la ponderación, es la ya analizada distinción entre normas tipo reglas y normas tipo principios. Como efecto de esta diferenciación, se sabe que a las reglas corresponde la subsunción, en la medida que son susceptibles de ser aplicadas a manera de todo o nada; en contraste, los principios que deben ser desarrollados en la mayor medida posible requieren un método que se ajuste a esta condición, encontrando la respuesta en la ponderación, como un método opuesto a la subsunción.<sup>147</sup> Como resultado de lo sostenido, la ponderación cabe “cuando para resolver un caso, no puede - el juez- partir directamente de una regla, de una pauta de comportamiento específica, que controla el caso y que [...] permitiría un razonamiento de tipo clasificatorio<sup>148</sup> o subsuntivo”.<sup>149</sup>

Se desprende que la ponderación es una actividad esencialmente judicial, al tratarse de un método para justificar un enunciado de preferencia condicionada, del cual, un principio prevalece sobre su contrario en un caso concreto, justificando el sentido de una decisión. Pese a ello, la ponderación es un método que bien puede ser utilizado por el resto de operadores jurídicos. Por ejemplo, legislador también realiza una suerte de ponderación cuando “su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro, es decir, cuando contribuye a “cerrar” lo que está “abierto” en el plano constitucional”.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> (Portocarrero, 2017, pág. 211)

<sup>147</sup> Bernal Pulido sostiene que la ponderación representa un método jurídico contrapuesto a la subsunción. Ver Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Por su parte, para Prieto Sanchís, la ponderación no es opuesta a la subsunción, sino al contrario, refiere que previo a la ponderación, hay que realizar una suerte de subsunción en orden para verificar que el caso particular de análisis se enmarca dentro del universo de casos en los cuales dos principios en colisión resultan relevantes. Una vez realizada la actividad ponderativa, aparece nuevamente la necesidad de la subsunción; esto debido a que “la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como las premisas normativas de una subsunción”. De esta forma concluye que “la ponderación no elimina la subsunción, sino que contribuye a construir la regla o premisa mayor que la hace posible” en la medida que “hay casos centrales en los que las circunstancias relevantes se repiten y que deberían dar lugar a la construcción de una regla susceptible de universalización y subsunción”. Ver Prieto Sanchís, L. (2014). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell, *Agumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 107-151). Quito : Cevallos librería jurídica, págs. 139, 142.

<sup>148</sup> García Amado hace una crítica a esta reflexión de Atienza, en cuanto “según Alexy y el principialismo en su onda, debajo de toda regla late un principio, que es el que le da su sentido y razón de ser. Que haya una regla no significa que no quepa ponderar, por tanto, sino que se puede ponderar con sólo sacar a relucir su principio y que concurra uno de sentido opuesto.” (García Amado, Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza, 2016, pág. 74).

<sup>149</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 28)

<sup>150</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 130)

### 2.3. Diferencias entre el juicio de ponderación y el juicio de proporcionalidad

Al generarse una colisión entre derechos o principios, lo cual a decir de Atienza “tiene lugar en todos los campos del Derecho, los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico”.<sup>151</sup> En lo medular, Alexy se ha referido al principio de proporcionalidad como el principio más importante del derecho constitucional material por su implicación esencial y mutua con los principios. En este sentido, la propuesta de Alexy sobre la técnica de la ponderación, “puede considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad”.<sup>152</sup>

La proporcionalidad es uno de los métodos interpretativos que pretende un equilibrio entre la protección y restricción de los derechos en un caso determinado; es considerado como “superior a otros métodos de interpretación constitucional porque no jerarquiza *a priori* los principios constitucionales, sino que estimula que el significado de ellos se precise y realice en la mayor medida posible ante cada caso concreto”.<sup>153</sup> En términos generales, el principio de proporcionalidad indica que “cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional”.<sup>154</sup>

Este principio aparece con frecuencia en “la motivación de las decisiones de las cortes o tribunales contemporáneos como canon para controlar la actividad legislativa que riñe con el contenido de los derechos fundamentales”.<sup>155</sup> En este sentido, Bernal Pulido sostiene que,

“La aplicación del principio de proporcionalidad tiene lugar, precisamente, en el caso en que dos disposiciones de la Constitución, que ostentan fuerza normativa, entran en conflicto. El principio de proporcionalidad presupone tomar en cuenta las dos disposiciones en su sentido jurídico. En el caso de las leyes de intervención en los

---

<sup>151</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 14)

<sup>152</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 13)

<sup>153</sup> (Cárdenas García, 2014, pág. 65)

<sup>154</sup> (Carbonell, 2014, pág. 13)

<sup>155</sup> (López Hidalgo, El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación, 2017, pág. 185)

derechos fundamentales, las colisiones se producen cuando la medida con la que el Legislador interviene en un derecho, está exigida jurídicamente por otro derecho fundamental o por otro bien constitucional, o simplemente, porque se perfila como un medio idóneo para conseguir un fin que el Legislador ha considerado de interés comunitario, en ejercicio de su competencia de configuración política”.<sup>156</sup>

Ante estos casos, continúa Bernal Pulido,

“Al Tribunal Constitucional sólo le queda una vía de salida. Debe declarar que una de las dos disposiciones ostenta una prioridad en el supuesto concreto, y que por tanto, la solución del caso debe ser aquella que está prescrita por la norma iusfundamental adscrita a la disposición que prevalece: si prevalece el derecho fundamental intervenido, se ha de declarar que la norma adscrita *prima facie* a este derecho tiene también una validez definitiva y que es inconstitucional la norma legislativa que la contradice; y si prevalece la otra disposición constitucional que entra en colisión y que sirve como sustento a la ley de intervención, se ha de declarar la constitucionalidad de esta última, bajo el entendido de que estatuye una norma adscrita iusfundamental admisible”.<sup>157</sup>

Ramiro Ávila sostiene que “la proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos”.<sup>158</sup> En este sentido, el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad es más restringido en relación a la ponderación, debido a que su presupuesto “no es la concurrencia de cualquier tipo de principios (como en la ponderación), sino específicamente la contradicción entre un derecho individual y un bien colectivo [...]. El objeto del principio de proporcionalidad, pues, será siempre examinar si la utilización de un determinado medio (la limitación del ámbito de autodeterminación individual) es proporcional para la consecución de cierto fin (el bien público que aquella limitación persigue)”.<sup>159</sup>

En efecto, se puede pensar que, “el principio de proporcionalidad tiene un carácter relacional, en el sentido de que no es predicable de una actuación considerada aisladamente. La proporcionalidad se articula, siempre, en torno a una relación que supone un medio utilizado y un fin propuesto. Es decir, se trata de un principio de medio-fin que se diferencia de otros principios interpretativos”,<sup>160</sup> que responde a un razonamiento de corte finalista. Esto hace que en su estructura intervengan tres

---

<sup>156</sup> (Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, pág. 489).

<sup>157</sup> (Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2007, págs. 489, 490).

<sup>158</sup> (Ávila Santamaria, *El Principio de Legalidad vs. el Principio de Proporcionalidad*, 2008, pág. 334)

<sup>159</sup> (Baquerizo Minuche, 2010, pág. 231)

<sup>160</sup> (López Hidalgo, *El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación*, 2017, pág. 202)

subprincipios: idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Estos subprincipios funcionan a manera de filtro: una vez justificada la idoneidad de la medida, corresponde analizar su necesidad; y solamente justificados estos dos filtros, procede el ejercicio ponderativo.

El primero de ellos<sup>161</sup> se refiere a que, frente a una colisión de principios, el intérprete debe buscar un fin constitucionalmente válido; en cambio, la necesidad consiste en que frente a una pluralidad de medidas, debe optarse por aquella que resulte menos gravosa para el derecho en relación a la eficiencia y eficacia de todas las alternativas existentes; y finalmente el principio de proporcionalidad en estricto sentido -ponderación- es un correlato de lo anterior, y permite optar por el principio que debe prevalecer en un caso en concreto. En otras palabras, la “ponderación se identificará con *proporcionalidad en sentido estricto*, esto es, como un subprincipio del principio de proporcionalidad *en sentido amplio* con todas sus máximas”.<sup>162</sup>

De lo anterior se desprende que, mientras la idoneidad y la necesidad obedecen a las posibilidades fácticas de los principios en cuanto tratan de “impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo<sup>163</sup> de Pareto”<sup>164</sup>; la proporcionalidad en sentido estricto responde a la optimización de las posibilidades jurídicas de los principios.

Parecería ser que siguiendo estos criterios, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador reconoce entre los métodos y reglas de interpretación constitucional, al principio de proporcionalidad -en sentido amplio- y a la ponderación. Respecto de la proporcionalidad establece que:

“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

---

<sup>161</sup> El subprincipio de idoneidad está formado por dos elementos: “que la ley tenga un fin constitucionalmente legítimo y que la intervención o afectación a los derechos fundamentales sea adecuada para perseguir el fin constitucionalmente legítimo” (Cárdenas García, 2014, pág. 73).

<sup>162</sup> (López Hidalgo, El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación, 2017, pág. 191).

<sup>163</sup> El óptimo de Pareto es un concepto económico aplicado a distintas ciencias, que se trata de “una asignación de recursos tal, que cuando se compara con cualquiera otra, las partes involucradas están por lo menos en iguales condiciones de lo que estaban antes y por lo menos una de ellas está mejor de lo que inicialmente estaba” (Blanco, 2014, pág. 223).

<sup>164</sup> (Alexy, La fórmula del peso, 2014, pág. 27)

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”.<sup>165</sup>

Se evidencia por consiguiente que la legislación ecuatoriana reconoce al principio de proporcionalidad como un método interpretativo a través de la aplicación de sus tres subprincipios. A decir de Baquerizo Minuche, “este instrumento de interpretación típicamente constitucional sólo tiene aplicación en el marco de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, no ante cualquier tipo de relaciones”.<sup>166</sup>

Posteriormente, la ley proporciona una definición de ponderación de acuerdo a los siguientes términos:

“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”.<sup>167</sup>

Esta conceptualización recoge los elementos que han sido descritos en torno a la ponderación: la relación de preferencia condicionada, el grado de afectación o no satisfacción de los principios en relación a la satisfacción de los demás.

Así las cosas, la ponderación es parte de la estructura del principio de proporcionalidad, que se refiere al balance entre principios procurando la mayor satisfacción de los mismos. De esta forma, Zagrebelsky habla de una prudencia en la ponderación en la medida que la “pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación sino una prudencia en su ponderación. [...] el balance entre los bienes jurídicos dirigido por el principio de proporcionalidad del que habla la doctrina alemana, entran dentro de este enfoque”.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> Art. 3. 2. de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>166</sup> Continúa diciendo que “ello es así porque el principio de proporcionalidad fue concebido originalmente a partir de la posición que la persona jurídica-Estado ocupaba en el modelo del Estado de Derecho liberal individualista [...], con una presunción de libertad en favor de la persona, derivada del reconocimiento de su dignidad. Claro está que dicho modelo de Estado se encuentra definitivamente superado, como es obvio, pero el principio de proporcionalidad sigue conservando de forma intacta su conceptualización, reforzado y potenciado ahora por las condiciones de constitucionalización que predominan en los actuales Estados Constitucionales”. (Baquerizo Minuche, 2010, pág. 230)

<sup>167</sup> Art. 3. 3. de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>168</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 125)

Pese a la diferenciación ya expuesta entre la proporcionalidad en sentido amplio y la ponderación, en diversas ocasiones el uso de esta terminología frecuentemente es objeto de confusión; situación que se debe principalmente a la falta de determinación conceptual de los dos términos. Otra posible causa de confusión es que “aunque en algunas jurisdicciones hayan adquirido una cierta estabilidad, ambas técnicas se encuentran en permanente evolución, tanto por lo que atañe a su contenido y funciones, como por lo que se refiere a su ámbito de aplicación”.<sup>169</sup> La diversidad de criterios frente a esta situación es diversa: algunos autores consideran que se trata de sinónimos, otros sostienen que se trata de una coincidencia parcial, y hay quienes consideran que se trata de términos contrapuestos.

Bernal Pulido sostiene que esta diferenciación se evidencia al entender a la ponderación como “una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio, que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado”.<sup>170</sup> Como efecto de aquello, la aplicación de estos métodos resulta coincidente.

Por otra parte, Arroyo Jiménez propone una distinción bastante clara, aunque muy sutil, entre estos métodos y se refiere al juicio de ponderación como método de decisión, y a la proporcionalidad como método de control. En este orden de ideas, la ponderación es “un método decisorio característico de determinados contextos normativos, caracterizados, según se ha señalado por la preexistencia de un conflicto de normas que no se puede resolver mediante el establecimiento de una relación de preferencia incondicionada”<sup>171</sup> y la proporcionalidad es un “método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ya ha sido adoptada”.<sup>172</sup>

De tal manera que, como sostiene Baquerizo Minuche, “puede concluirse que la ponderación tiene un ámbito de aplicación más amplio que el del principio de proporcionalidad o, lo que es lo mismo, que éste no tiene la aptitud para resolver cualquier

---

<sup>169</sup> (Arroyo Jiménez, 2014, pág. 363)

<sup>170</sup> (Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2007, pág. 571)

<sup>171</sup> (Arroyo Jiménez, 2014, pág. 363)

<sup>172</sup> (Arroyo Jiménez, 2014, pág. 363)

contradicción entre principios (como erradamente ha dicho el legislador)”.<sup>173</sup> En otras palabras, la ponderación tiene un ámbito de aplicación mayor en cuanto puede operar de dos formas distintas: bien como parte del principio de proporcionalidad; o bien, de manera independiente como un juicio autónomo. A través de esta última modalidad, la ponderación, a diferencia de la proporcionalidad, puede resolver cualquier tipo de colisiones entre principios.

#### **2.4. La estructura básica de la ponderación propuesta por Robert Alexy<sup>174</sup>**

La ponderación comprende dos tipos de estudio: un normativo y un empírico. El primero de ellos se refiere al lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico los derechos fundamentales en conflicto y sus respectivos bienes tutelados, es decir “su nivel de importancia o de fundamentalidad—; igualmente, atiende a los niveles de intensidad con los que la preferencia por un derecho fundamental afecta al derecho fundamental en conflicto”.<sup>175</sup>

Por su parte, el estudio empírico mide la intensidad con la que se produce la intervención, pudiendo ser leve, media o grave a través de la aplicación de “las variables de eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la medida y, tomando en cuenta los conocimientos de la ciencia o la técnica, el sentido común y la racionalidad general y, por la otra, se mide el beneficio empírico que los fines mediatos e inmediatos de la medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales reportan en relación con el otro derecho fundamental en colisión”.<sup>176</sup>

Como se evidenciará en los siguientes párrafos, estas dos dimensiones -normativa y empírica- se conjugan en la estructura fundamental de la ponderación, propuesta por Robert Alexy, gracias a la cual es posible establecer la relación de precedencia condicionada entre principios descrito anteriormente. Su estructura se compone de tres

---

<sup>173</sup> (Baquerizo Minuche, 2010, pág. 232)

<sup>174</sup>Robert Alexy (Alemania, 1945) es un teórico del Derecho y la Filosofía, entre sus estudios ha desarrollado una importante dogmática de los derechos fundamentales. Además “en el ámbito de la cultura alemana, la teoría de la argumentación jurídica más ampliamente discutida es la formulada por Robert Alexy” (Espejo & Atienza, 2014, pág. 15) en su obra Teoría de la Argumentación jurídica, de manera que “su libro (que originariamente constituyó su tesis de doctorado) se ha convertido en un punto de referencia obligado para quienes se interesan (dentro y fuera de Alemania) por este campo de estudios” (Espejo & Atienza, 2014, pág. 15).

<sup>175</sup> (Cárdenas García, 2014, pág. 75)

<sup>176</sup> (Cárdenas García, 2014, pág. 76)

elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación. Estos tres elementos, según Alexy, dotarían a la ponderación de la racionalidad necesaria para legitimarse como un método apropiado de interpretación constitucional.

#### **2.4.1. La ley de la ponderación**

El núcleo de la ponderación se concentra en lo que Alexy ha denominado “ley de la ponderación”, la cual es aplicable a la ponderación de todo tipo de principios y se refiere a las posibilidades jurídicas de estos en cuanto mandatos de optimización. Esta regla constitutiva para la ponderación se formula en los siguientes términos:

“Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>177</sup>

De la regla transcrita se desprenden tres pasos necesarios para la ponderación, los cuales se traducen en: primero, definir el grado de la falta de satisfacción o afectación de un principio; segundo, definir la importancia de la satisfacción del principio contrario; y finalmente, establecer si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación del otro. De esta manera, se evidencia que “el peso de los principios no es determinable en sí mismo o de forma absoluta, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”,<sup>178</sup> que serán dados en relación de sus contrarios, lo cual servirá para establecer la relación de preferencia que orientará la respuesta para el caso concreto.

Los dos primeros pasos buscan “establecer la importancia de los principios en colisión”,<sup>179</sup> importancia que es representada mediante magnitudes de valoración a través de una escala de intensidades, a la cual Alexy ha denominado escala triádica, por estar compuesta de tres intensidades: grave, media y leve.<sup>180</sup> La aplicación de esta escala

---

<sup>177</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 138)

<sup>178</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 139)

<sup>179</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 73)

<sup>180</sup> Este tipo de escala, por la naturaleza de los objetos que valoran, funcionan, a decir de Alexy, con umbrales relativamente difusos cuyos límites son establecidos por la naturaleza del derecho constitucional; como efecto de ello, se descartan las escalas completas de tipo infinitesimal.

deberá realizarse de manera distinta, según se trate de la falta de satisfacción o afectación de un principio o de la importancia de la satisfacción de su contrario.

Además de la importancia de los principios en pugna, existe otra variable relevante para la ley de la ponderación. Debe tenerse en consideración el peso abstracto de los principios, el cual es asignado en relación a otros,<sup>181</sup> sin considerar el caso concreto. Este peso “puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a los valores sociales positivos”.<sup>182</sup> De esta manera, al momento de aplicar la ley de la ponderación, “la determinación del peso abstracto de los principios en los términos de la escala triádica depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la constitución”.<sup>183</sup>

En el primer paso, la intervención-restricción en un principio ( $P_i$ ) será siempre concreta, y por ello su intensidad, o grado de restricción, será una magnitud concreta calificada como grave, media o leve. Respecto del segundo paso, a luces de la ley de la ponderación, se debe entender exclusivamente la importancia concreta de la satisfacción del principio contrario ( $P_j$ ), en este sentido “la importancia concreta de  $P_j$  se mide según qué tan intensamente la no intervención de  $P_i$  interviene en  $P_j$ ”.<sup>184</sup> De este modo, tanto la intensidad de la intervención en el principio  $P_i$ , como la importancia de satisfacción del principio  $P_j$  pueden ser valoradas con la escala triádica.

---

<sup>181</sup> Existen principios cuyo peso abstracto es distinto a simple vista, como por ejemplo el derecho a la vida frente al derecho a la libertad; en otros casos, sucede que el peso abstracto de los principios en colisión es similar, como por ejemplo el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. Así, “si los pesos abstractos son iguales, entonces se neutralizan mutuamente” y en efecto “la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones.” (Alexy, *La fórmula del peso*, 2014, pág. 37).

<sup>182</sup> (Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, 2014, pág. 73)

<sup>183</sup> (Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, 2014, pág. 85)

<sup>184</sup> (Alexy, *La fórmula del peso*, 2014, pág. 40)

**Tabla 1**

	<b>Principio <math>P_i</math></b>	<b>Principio <math>P_j</math></b>
Grado de intervención-restricción en un principio	Intensa, media, leve	
Importancia concreta de la satisfacción del principio contrario		Intensa, media, leve
¿Justifica la importancia de la satisfacción del principio $P_j$ , la intervención en el principio $P_i$ ?		

Elaboración propia

Para una mejor comprensión de lo expuesto, Alexy propone un ejemplo bastante sencillo y evidente acerca de las intensidades al enfrentar el derecho a la libertad de profesión y oficio ( $P_i$ ) con el derecho a la salud ( $P_j$ ). Se sabe que un ejercicio pleno de la libertad de oficio es la producción y comercialización de productos derivados del tabaco; no obstante, también se sabe que el consumo de este tipo de productos afecta a la salud. La intervención en el primer derecho puede darse en tres medidas distintas, en relación a la obligación que tiene el Estado de resguardar la salud de los ciudadanos. Así se propone un ejemplo para cada grado de restricción:

Intervención grave: Prohibición total de venta del tabaco y productos derivados.

Intervención media: Prohibición de venta de tabaco en determinados lugares.

Intervención leve: Obligación de advertir sobre los riesgos del consumo de tabaco para la salud.

De esta forma, la razón que fundamenta la restricción en el derecho de libertad de profesión y oficio de los productores de tabaco, es la protección de la salud de la población; de lo cual se desprende que “la razón -protección de la salud- para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve”.<sup>185</sup>

<sup>185</sup> (Alexy, La fórmula del peso, 2014, pág. 29)

De la aplicación de la escala, en los términos del ejemplo, se evidenciaría que, es posible hacer juicios racionales sobre los grados de intensidad y de importancia en que se ven afectados los principios, y que estos juicios pueden relacionarse entre sí, a fin de fundamentar un resultado”.<sup>186</sup> Siguiendo esta línea de pensamiento “las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves”.<sup>187</sup>

El tercer paso de la ley de la ponderación, relaciona las valoraciones obtenidas en el paso uno y dos, es decir la intensidad de la intervención en el principio *Pi* en el caso concreto -paso uno-; y, la importancia de la satisfacción del principio contrario *Pj* -paso dos-.<sup>188</sup> Se trata de una comparación de valoraciones de acuerdo al significado que estos tienen para la Constitución.<sup>189</sup> Esta comparación requiere dos elementos que posibilitan la commensurabilidad de las valoraciones: el punto de vista común, consistente en el punto de vista de la Constitución, que hace posible un discurso racional sobre las valoraciones; y, una escala, como por ejemplo la escala triádica, mediante la cual se establecen “los grados para la valoración de las pérdidas y las ganancias desde el punto de vista de los derechos fundamentales”.<sup>190</sup>

Así, en el tercer paso, pueden presentarse tres escenarios distintos: cuando la intervención en *Pi* es más intensa que aquella en *Pj*, por lo que *Pi* tendrá precedencia a *Pj*; cuando sea la situación contraria, en la que *Pj* preceda a *Pi*; y, por último, las valoraciones de la intervención de *Pi* y de *Pj* son iguales, y en consecuencia ninguna precede a la otra, al producirse un empate. Con estos resultados concluye lo que se ha denominado “ley de la ponderación”, que responde en gran parte al estudio normativo de la ponderación, y consecuentemente, corresponde analizar el siguiente elemento: la fórmula del peso.

---

<sup>186</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 534)

<sup>187</sup> (Moreso, 2014, pág. 92)

<sup>188</sup> Para un mejor entendimiento y diferenciación de estas dos valoraciones, Alexy propone el uso de siglas, así “IPiC” se refiere a la intensidad de la intervención del principio *Pi* en el caso concreto; y “WPjC” denota la importancia de la satisfacción del principio contrario *Pj* en el caso concreto.

<sup>189</sup> La comparación a la que se refiere el tercer paso de la ley de ponderación no se trata de una comparabilidad directa entre objetos; sino desde una comparabilidad del significado para la Constitución.

<sup>190</sup> (Alexy, La fórmula del peso, 2014, pág. 42)

### 2.4.2. Fórmula del peso

La fórmula del peso permite hallar el peso concreto de  $P_i$ , a través de una *fórmula de cociente* entre la intensidad en la intervención de  $P_i$  ( $I_i$ ) respecto de la intensidad de la intervención de  $P_j$  ( $I_j$ ). La versión completa de la fórmula del peso, propuesta por Alexy, contiene tres pares de factores de los cuales depende el peso de cada principio en colisión. Estos factores comprenden “las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión, y los grados de seguridad de los presupuestos jurídicos acerca de la realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida que se enjuicia”.<sup>191</sup> En párrafos anteriores ya se habló acerca de los dos primeros factores que componen la fórmula del peso.

El tercer par de factores comprende el estudio empírico de la ponderación y se refiere al “grado de seguridad de los presupuestos empíricos referidos, respectivamente, a lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro”.<sup>192</sup> En otras palabras hace alusión a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión. Para el estudio empírico “la importancia de los principios depende de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida que está en juego en cada caso”.<sup>193</sup>

Considerando estos elementos, la certeza se encuentra en la importancia del principio - derecho fundamental- en el caso concreto, obtenida a través de la intensidad de la intervención y el peso abstracto. Mediante este elemento, Alexy formula una *ley epistémica de la ponderación*,<sup>194</sup> paralela a la ley de la ponderación, y según la cual “cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”.<sup>195</sup> Por lo expuesto, esta última variable influye directamente en el peso concreto de un principio en cuanto este

---

<sup>191</sup> (Alexy, La fórmula del peso, 2014, pág. 47)

<sup>192</sup> (Alexy, La fórmula del peso, 2014, pág. 53)

<sup>193</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 85)

<sup>194</sup>Esta nueva ley surge en la medida que “en cuanto principios, los derechos fundamentales exigen que la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención sea mayor, cuánto más intensa sea la intervención del derecho.” (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 552).

<sup>195</sup> (Alexy, La fórmula del peso, 2014, pág. 53)

aumenta “a medida en que lo hace el grado de certeza empírica que se sitúa al lado de la realización del principio contrario”.<sup>196</sup>

Así, al conjugar los tres pares de factores, la fórmula del peso adquiere la siguiente forma:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Donde  $G_{i,j}$  es el peso concreto del principio  $P_i$ , que se obtiene del cociente entre el producto de la intensidad de la intervención de  $P_i$  ( $I_i$ ), por su peso abstracto ( $G_i$ ) y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia ( $S_i$ ); con el producto de la intensidad de la intervención de  $P_j$  ( $I_j$ ), su peso abstracto ( $G_j$ ) y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia ( $S_j$ ). En el supuesto que un par de factores, por ejemplo,  $G_i-G_j$ , sean iguales, estos se neutralizarán para efectos del cálculo del peso. Igual acontece con los factores  $I_i-I_j$  y  $S_i-S_j$  cuando son equivalentes.<sup>197</sup>

Ahora bien, para llevar a cabo esta operación es necesario aplicar la escala triádica y establecer valores para las distintas intensidades. Su asignación dependerá si se trata de la intensidad de la intervención, del peso abstracto o la seguridad de las premisas. Respecto de los dos primeros, la escala, en su versión sencilla, tiene los tres niveles a los que corresponden los siguientes valores: grave (g), 4; medio (m), 2; y leve (l), 1. Para el tercer par de factores, los niveles de la escala serán seguro o cierto (s), 1; plausible (p),  $\frac{1}{2}$ ; o no evidentemente falso (e),  $\frac{1}{4}$ .

Bernal Pulido considera que la fórmula del peso propuesta por Alexy supone “una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley originaria de la ponderación y que es, en términos analíticos, más sofisticada, por cuando explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas”,<sup>198</sup> y sugiere una nueva fórmula para la ley de la ponderación consistente en la cual, “cuanto mayor sea el peso concreto del principio  $P_i$  en relación con el principio

---

<sup>196</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 553)

<sup>197</sup> La Constitución reconoce el principio de igualdad jerárquica de los principios; por tanto, esta variable no es aplicable al caso ecuatoriano.

<sup>198</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 77)

$P_j$  a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio  $P_j$  en relación con el principio  $P_i$  a la luz de las circunstancias del caso”.<sup>199</sup>

De ello se desprende que, para encontrar una solución para la colisión de principios a través de la fórmula de peso, es necesario, primero, encontrar el peso concreto de cada principio a través de la fórmula completa; segundo, una vez que se ha obtenido este valor, es posible establecer qué principio prima sobre el otro, estableciéndose, en consecuencia, la relación de preferencia ya estudiada. En otras palabras, debe asignarse los valores a los principios en conflicto para luego establecer la precedencia de uno de ellos.

Para una mejor comprensión acerca de la fórmula del peso se considerará el caso propuesto por Bernal Pulido, en el cual un niño, perteneciente a una familia cuyas creencias religiosas no permiten transfusiones sanguíneas, requiere de una para sobrevivir. Resulta de esta situación que dos principios-derechos fundamentales- entran en colisión: por una parte, el derecho a la libertad de culto ( $P_i$ ), y por otra, el derecho a la vida ( $P_j$ ). Al momento de fundamentar su decisión, por uno u otro derecho, el juez deberá determinar el peso abstracto de estos derechos ( $G_{i,j}$  y  $G_{j,i}$ ) mediante el análisis de los factores y la asignación de los niveles de la escala triádica para cada par.

Respecto a la importancia de la intervención es muy probable que el juez considere que la intensidad de la intervención o el grado de restricción o no satisfacción del derecho a la libertad de culto ( $I_i$ ) sea grave; y que la importancia de satisfacer el derecho a la vida ( $I_j$ ) corresponda a este mismo nivel. En lo medular, “la propia fórmula del peso no puede determinar esta variable . Como consecuencia, la aplicación de la fórmula del peso abre al juez un ámbito de deliberación en el cual, su decisión depende de sus apreciaciones sobre la moral crítica, así como su ideología política. La utilidad de la fórmula del peso en estos casos reside precisamente en esclarecer cuál es el ámbito de deliberación que la ponderación depara al juez”.<sup>200</sup> En cuanto al peso abstracto del primero de ellos ( $G_i$ ), podría considerarse como medio, y el segundo ( $G_j$ ), como intenso. Finalmente, la certeza empírica para ambos principios ( $S_i$  y  $S_j$ ) será segura.

---

<sup>199</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 78)

<sup>200</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 80)

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} \quad G_{j,i} = \frac{I_j \cdot G_j \cdot S_j}{I_i \cdot G_i \cdot S_i}$$

$$G_{i,j} = \frac{4 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} \quad G_{j,i} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 2 \cdot 1}$$

$$G_{i,j} = \frac{1}{2} \leq G_{j,i} = 2^{201}$$

De esta reflexión, el derecho a la vida ( $P_j$ ), a las luces del presente caso y de acuerdo a las reflexiones del juez, tiene un peso concreto mayor que aquel del derecho a la libertad de culto ( $P_i$ ), de manera que el juez orientará su decisión hacia la protección del derecho a la vida, ordenando la práctica de la transfusión sanguínea.

Sobre la aplicación de esta fórmula, Manuel Atienza, ha manifestado que,

“no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve, moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 ó 4, etc.”.<sup>202</sup>

Como resultado de este análisis, sostiene que “el esquema de Alexy no puede, pues, ser entendido como un algoritmo que, si es seguido, permite solucionar un problema de ponderación sino, simplemente, como un recurso heurístico que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a ese tipo de problemas”.<sup>203</sup> Finalmente, sugiere “no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador”<sup>204</sup> en la medida que ello podría traer complicaciones innecesarias al momento de decidir.

<sup>201</sup> Las variables aplicadas en la fórmula responden a:

- $G_{i,j}$ : derecho a la libertad de culto
- $G_{j,i}$ : derecho a la vida
- $I_i$ : intensidad de la intervención o grado de restricción en el derecho a la libertad de culto.
- $G_i$ : Peso abstracto del derecho a la libertad de culto.
- $S_i$ : Seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia del derecho a la libertad de culto.

En este ejemplo, las intensidades de intervención en los derechos en conflicto son iguales, así como la certeza empírica relativa a la importancia de ambos principios. Sin embargo, el peso abstracto del derecho a la vida es mayor que aquel del derecho a la libertad de culto, siendo este valor el que definirá la diferencia de los pesos concretos de los derechos, en el caso ejemplificado.

<sup>202</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 21)

<sup>203</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 21)

<sup>204</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 22)

Por otra parte, Bernal Pulido considera que “la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una respuesta correcta. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante”.<sup>205</sup>

### 2.4.3. La carga de la argumentación

El último elemento de la estructura de la ponderación, es la carga de la argumentación que opera cuando, como resultado de la aplicación de la fórmula del peso, se concluye que los principios en colisión tienen los mismos pesos. En otros términos, “en los casos en los que existiera un empate (el peso de los principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad en favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador)”.<sup>206</sup> Frente a esta situación de empate, Alexy, en momentos distintos, ha previsto dos posibles soluciones.

Primero, en el capítulo final de su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, establece que “no es posible formular un orden de los principios o un orden de los valores que, de una manera intersubjetivamente controlable, conduzca en cada caso a un único resultado [...]. Sin embargo, lo que es posible es un orden blando con prioridades *prima facie*”<sup>207</sup> y continúa aduciendo que “puede presentarse una prioridad *prima facie* de los principios de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica, es decir una carga argumentativa de estos principios”.<sup>208</sup> En otras palabras, “el principio *in dubio pro libertate* expresaría el significado de esta carga de argumentación”.<sup>209</sup>

A las luces de este razonamiento, frente a una situación de empate entre principios, deberá argumentarse a favor de la libertad e igualdad jurídica, en la medida que un principio contrario a ellos podría prevalecer siempre y cuando se justifiquen razones más fuertes a su favor. Frente a las múltiples objeciones a esta priorización, Alexy sostiene que “en

---

<sup>205</sup> (Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, 2014, pág. 87)

<sup>206</sup> (Atienza, *A vueltas con la ponderación*, 2016, pág. 15)

<sup>207</sup> (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2017, pág. 504)

<sup>208</sup> (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2017, pág. 504)

<sup>209</sup> (Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, 2014, pág. 76)

modo alguno las prioridades *prima facie* excluyen las optimizaciones necesarias ya en virtud de la estructura de los principios. Ellas contienen tan sólo una regla de solución para un caso de empate argumentativo, que puede presentarse en un intento de optimización”.<sup>210</sup>

Años después de haber abogado por esta idea, Alexy propone una diferente carga de argumentación a favor de la democracia, superando el postulado de la libertad e igualdad jurídica<sup>211</sup>. Bernal Pulido desarrolla esta idea y sostiene que “en todo caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como *no desproporcionada*, y por tanto debe ser declarada constitucional. Dicho de otro modo, los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia”.<sup>212</sup>

Ello se refiere a los casos en los que se produce un conflicto entre una ley, que protege un derecho fundamental, y otro derecho fundamental. Es justamente en estos casos que “entra el juego el principio formal de la competencia del Legislador para decidir, competencia que se legitima a partir del principio democrático”.<sup>213</sup> Alexy sostiene que detrás de este tipo de colisiones, se encuentra la vieja tensión entre derechos fundamentales y democracia.

A manera de corolario, la ponderación supone un método argumentativo con una estructura delimitada que busca una solución para los conflictos entre principios y para las diferentes posibilidades que puedan presentarse durante su aplicación. Como se ha analizado, bajo ningún concepto puede alegarse que este procedimiento conduzca a un resultado único, de manera que lo que se ha sostenido hasta el momento coincida con la denominada *tesis moderada*, según la cual “con la ayuda de la ponderación, ciertamente, no en todos los casos, pero sí en algunos casos, puede establecer un resultado de manera racional y que el conjunto que conforman estos casos es suficientemente interesante, como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada”.<sup>214</sup>

---

<sup>210</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 506)

<sup>211</sup> Parecería ser que en este supuesto, existe nuevamente una confusión entre el principio de proporcionalidad y la ponderación.

<sup>212</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 76)

<sup>213</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 550)

<sup>214</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 530)

## 2.5. Las críticas del juicio de ponderación

La estructura de la ponderación, con sus tres elementos, pretende dotar de racionalidad y objetividad a la aplicación de este método, sin embargo, son algunos los doctrinarios que contrarían estas cualidades. En este sentido, Manuel Atienza, sostiene que la discusión sobre la ponderación, a pesar de la enorme cantidad de páginas que ya se han escrito sobre el asunto, no ha hecho, por así decirlo, más que empezar,<sup>215</sup> considerando que no se trata “de un concepto (el de ponderación) del todo claro y eso explica (aunque sólo en alguna medida) la polémica”<sup>216</sup> sobre este tema. Las censuras en contra de este método incluyen “la indeterminación conceptual, la incomparabilidad e inconmensurabilidad de los principios y [...] la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación”.<sup>217</sup>

En el Estado Constitucional, la trascendencia de los principios deja de ser materia de debate en cuanto se reconoce que “la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores”.<sup>218</sup> En efecto, como se ha expuesto, el reconocimiento de los principios, como normas que inspiran todo un ordenamiento jurídico, constituye el primer presupuesto requerido para que la ponderación tenga lugar.

En este sentido, Zagrebelsky anticipa que “es necesario, sin embargo, percatarse del hecho de que esta idea de las transacciones entre valores puede derivar en algo muy parecido al mercado de los valores, y esta mutación genética del espíritu en economía resultaría plenamente realizada cuando a cada valor -como valor de cambio- le fuese atribuido su justo precio”,<sup>219</sup> y continúa su reflexión sosteniendo que esta situación conduciría a una *mercantilización integral de los valores jurídicos*; mercantilización que bien podría ser disimulada a través de la ponderación. En términos generales, las críticas de este método sostienen que, con base en la ponderación, se justificarían transgresiones a los derechos fundamentales, en cuanto todo parece ser ponderable hoy en día.<sup>220</sup>

---

<sup>215</sup>Ver Atienza R., M., & García Amado, J. (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Lima : Editorial Temis S.A.

<sup>216</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 10)

<sup>217</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. XXXIX)

<sup>218</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 125)

<sup>219</sup> (Zagrebelsky, 2009, pág. 126)

<sup>220</sup>Ver Grández Castro, P. P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra Editores. Pág. 90. Asimismo García Amado manifiesta que, como consecuencia de la aplicación de la ponderación, “los

García Amado, presume que “si en verdad principios y valores jurídicos pesaran, poco habría que argumentar; y si mucho hay que argumentar es porque quien dice que pondera en realidad no pesa, sino que valora personalmente con mayor o menor razonabilidad”;<sup>221</sup> de tal modo propone una nueva regla: “cuanto más pesamos, menos tenemos que argumentar; y donde más hemos de argumentar es porque menos objetivo es el pesaje”.<sup>222</sup> Esta reflexión pone en duda la posibilidad de obtener resultados objetivos a través de la ponderación; lo cual, a todas luces, supondría un riesgo grande para la racionalidad requerida en las decisiones judiciales como corrección de cualquier tinte subjetivo.

En efecto, la primera y principal crítica a la ponderación, se concreta en su carácter irracional, tanto en sentido teórico como práctico. El primer criterio, se refiere a su indeterminación conceptual, producto de una estructura difusa; en cambio, la falta de racionalidad práctica, se evidencia por la indeterminación en la ponderación, su inconmensurabilidad, y su imposibilidad de predecir resultados.

En el ámbito práctico, la primera gran objeción de los críticos de la ponderación, analizada por Bernal Pulido, es la indeterminación de este método, por ser una “fórmula retórica o una técnica de poder que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa”,<sup>223</sup> tornándose una estructura formal y vacía. En consecuencia, esta carencia de criterios para su aplicación devendría en un peligro para la objetividad de la ponderación, en la medida que “las apreciaciones subjetivas del juez constituirían la balanza con la que se pondera. Como consecuencia, la ponderación no podría ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica”.<sup>224</sup> En otras palabras, el resultado del caso variará de acuerdo al juez que lo resuelva, en cuanto los criterios con los cuales se pondera no son más que apreciaciones subjetivas, de manera que tantas podrían ser las soluciones para un caso como jueces que lo conozcan.

---

derechos, los tan cacareados derechos que sería esencia de este modelo de Estado constitucional, se tornan rigurosamente provisionales, incluso cuando hay norma legal que los desarrolla tratando de maximizar (u optimizar) su alcance. (García Amado, Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza, 2016, pág. 67).

<sup>221</sup> (García Amado, ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación, 2016, pág. 5)

<sup>222</sup> (García Amado, ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación, 2016, pág. 5)

<sup>223</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 61)

<sup>224</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 62).

De esta reflexión, Matthias Jestaed, resalta dos problemas respecto de los estándares situacionales: un metodológico y un dogmático. En relación al primero, sostiene que “la fórmula del peso trabaja con parámetros que si bien los aplica de forma teórico-abstracta, no le aclaran al que aplica el derecho cómo deben ser determinadas en lo práctico y concreto”.<sup>225</sup> Continúa esta reflexión aduciendo que los partidarios de la teoría de los principios “sucumben a la homonimia de la expresión “ponderación”: en vez de tener en cuenta que en el contexto del derecho se puede hablar de “ponderación” sólo en sentido metafórico, aquellos entienden y conceptualizan la ponderación como técnica (para tomar decisiones)”.<sup>226</sup> Por su parte, el problema dogmático aparece en la medida que,

“si los principios contienen tan sólo un “deber ser prima facie” y si tan sólo se puede hacer afirmaciones contundentes sobre qué efectos corresponden a un principio para un caso particular y limitadas a este caso particular, entonces, dicho de forma aguda, el caso domina a la norma y no la norma al caso. La ley parlamentaria es reemplazada por la *lex situationis*”.<sup>227</sup>

Un segundo argumento contra la racionalidad de la ponderación se fundamenta en la inconmensurabilidad de los principios en colisión, lo cual se debe a la inexistencia de “una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos”.<sup>228</sup> Una visión aún más radical de esta crítica es planteada por García Amado, al manifestar que “ni los principios pesan en sí ni las circunstancias del caso pesan en sí; el respectivo peso se lo damos nosotros, al sopesarlos”.<sup>229</sup> Según esta lógica, los principios carecen de un peso propio, sino éste es ideado por quien realiza la actividad ponderativa, según su posición frente al caso.

De este razonamiento, se desprende una nueva evidencia que fundamenta la irracionalidad de la ponderación, idea consistente en la imposibilidad de predecir sus resultados debido a que cada caso es único, por lo que los resultados de la ponderación variarán según estas particularidades. Así, a criterio de García Amado, bastaría que los supuestos fácticos del caso admitan “una lectura alternativa, para que pueda -el juez- justificar un balance diferente de las razones y los principios. Pues da la impresión de que los ponderativos a menudo olvidan también que, al igual que en el proceso las normas se

---

<sup>225</sup> (Jestaed, 2008, pág. 96)

<sup>226</sup> (Jestaed, 2008, pág. 99)

<sup>227</sup> (Jestaed, 2008, pág. 100)

<sup>228</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 62)

<sup>229</sup> (García Amado, Sobre ponderaciones. Debatendo con Manuel Atienza, 2016, pág. 52).

interpretan, otro tanto ocurre con los hechos, salvo los contados que nos ofrecen indubitativamente”.<sup>230</sup> La consecuencia de esta situación implicaría que “las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conformarían una jurisprudencia ad hoc, que tendería a magnificar la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrificaría la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho”.<sup>231</sup>

Desde este contexto, José Juan Moreso critica la racionalidad de la ponderación, en el modelo propuesto por Alexy, con base en tres problemas: primero, de aceptarse la teoría de Alexy, según la cual los pesos abstractos de los principios son independientes, surge como inconveniente la inexistencia de una *escala de ordenación abstracta de los derechos*, que gradúe los pesos abstractos de los principios en el ordenamiento jurídico, de manera que “sin esa escala, en cada caso concreto a enjuiciar se planteará de nuevo la cuestión del peso abstracto de cada principio en liza”,<sup>232</sup> el segundo problema, aparece al considerar que, en la ponderación, existen solamente razones a favor y en contra de las intervenciones en derechos, imposibilitando la aplicación de conceptos métricos como propone la escala triádica. El tercer problema según Moreso, es el carácter particularista de la ponderación alexiana en virtud del cual una propiedad distinta, podría variar la solución para cada caso, lo cual “veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones”.<sup>233</sup>

Díaz Rodríguez se suma a este criterio al considerar que los elementos de la ponderación de Alexy, incurren en un alto grado de subjetividad, en la medida que “es necesario otorgarle un valor matemático al grado de satisfacción de un principio y de lesión de otro, pero esa cuantificación se realiza de acuerdo con los valores morales de los que juzgan, luego el resultado no sería muy diferente al que se obtiene preguntando directamente qué principio se considera que debe prevalecer”.<sup>234</sup> De esta manera, parecería que los valores de satisfacción y restricción de los principios, serán dados por la balanza de quien pondere, de manera que el resultado dependerá de la valoración moral de quien realiza la actividad argumentativa. No obstante, frente a esta reflexión cabe interrogarse: ¿acaso no hay razón en la moral?

---

<sup>230</sup> (García Amado, Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza, 2016, pág. 51)

<sup>231</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 63)

<sup>232</sup> (Moreso, 2014, pág. 94)

<sup>233</sup> (Moreso, 2014, pág. 96)

<sup>234</sup> (Díaz Rodríguez, 2018, pág. 72)

Por otra parte, como se expuso en apartados anteriores, Alexy relaciona la ponderación con el óptimo de Pareto, sin embargo esta propuesta también es motivo de debate en la medida que, según Díaz Rodríguez, este modelo económico “obtiene toda la mejoría que se puede lograr para un individuo sin que se afecte la situación de otro; queda claro que no sucede lo mismo con el método de Alexy, en el cual la prevalencia de un principio justifica el sacrificio o la lesión de otro, por consiguiente, no se trataría de una situación calificable como óptima”.<sup>235</sup>

Concuerda con este criterio, Ignacio Villaverde Menéndez, para quien esta técnica no es apropiada para resolver conflictos entre principios por diversas razones:

“Primero porque relativiza el valor normativo de los derechos fundamentales, y, en último término el de la Constitución misma; en segundo lugar, porque para resolver el conflicto debe jerarquizar a los derechos, ya que uno de ellos debe ceder en su aplicabilidad frente al de valor preferente [...]; y en tercer lugar, porque plantea los conflictos como una colisión entre los valores e intereses jurídicos encarnados en aquellos derechos, fundamentales y no fundamentales, bienes e intereses constitucionales e infraconstitucionales, cuando en realidad ni siquiera hay colisión por cuanto se trata de fijar los límites del derecho fundamental en cuestión”.<sup>236</sup>

De esta reflexión, no es de extrañar que el referido doctrinario proponga un método distinto a la ponderación para solucionar los conflictos entre principios y para ello acoja la técnica de delimitación de derechos, cuyos postulados sostienen que el conflicto se produce entre los límites de los derechos, mas no entre los derechos en sí. Así, “para esta técnica no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme un orden de valores o intereses preferentes en cada situación, sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección”.<sup>237</sup> Con esta alternativa, parecería ser que el razonamiento costo-beneficio que implica la ponderación quedaría superado; pese a ello, habría que considerar si efectivamente la delimitación de derechos consiste en un método capaz de responder a las colisiones entre derechos.

---

<sup>235</sup> (Díaz Rodríguez, 2018, pág. 73)

<sup>236</sup> (Villaverde Menendez, 2014, pág. 159)

<sup>237</sup> (Villaverde Menendez, 2014, pág. 154)

Frente a esta amalgama de razones que atacan la racionalidad de la ponderación, Alexy sostiene que la respuesta a estas críticas es el modelo de la fundamentación,<sup>238</sup> que “distingue entre el proceso psíquico, que conduce a la determinación del enunciado de preferencia, y su fundamentación. Esta distinción permite referir el postulado de la racionalidad de la ponderación a la fundamentación del enunciado de preferencia y decir: una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede fundamentarse racionalmente”.<sup>239</sup> Así pues, el problema de la racionalidad de la ponderación quedaría resuelto en la medida que exista la posibilidad de fundamentar racionalmente los enunciados de preferencia acerca de los principios en colisión, fundamentación que deberá realizarse aplicando la ley de la ponderación.

Como respuesta a la objeción de la fórmula vacía, la ley de la ponderación, a decir de Alexy, “no formula ninguna pauta con cuya ayuda puedan decidirse definitivamente los casos. Sin embargo, el modelo de la ponderación como un todo ofrece un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene que fundamentarse racionalmente”.<sup>240</sup> En este sentido, no sería correcta esta crítica en la medida que la ponderación ofrece un criterio para decidir, entonces mal podría ser considerada una fórmula vacía.

Bernal Pulido, refiriéndose a la racionalidad práctica sostiene que “para ser racional, una decisión de esta índole -decisión judicial relativa a la aplicación de normas jurídicas-debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho”,<sup>241</sup> lo cual se obtiene mediante el uso de “términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia”.<sup>242</sup>

Asimismo, debe considerarse que una objetividad perfecta solo podría existir en un sistema jurídico utópico, en el que se determine con exactitud el contenido de los

---

<sup>238</sup>Este modelo se contrapone al modelo de la decisión, que consiste en “la simple formulación de un enunciado de preferencia de este tipo y, con ello, en la determinación de la regla referida al caso que de ella se sigue, no sería entonces un procedimiento racional” (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 136).

<sup>239</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 136)

<sup>240</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 144)

<sup>241</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 68).

<sup>242</sup> (Bernal Pulido, La racionalidad de la ponderación, 2014, pág. 68).

principios. Ello implica que, la ponderación “como procedimiento de fundamentación, encuentra un grado de objetividad y, por ende, susceptible de un control racional”.<sup>243</sup> Ciertamente, esto responde a que un “sistema que integra un amplio catálogo de derechos fundamentales mediante cláusulas de principios hace imprescindible la utilización de métodos o técnicas argumentales diversos a la subsunción clásica, capaces de procurar una solución adecuada para cada caso”.<sup>244</sup> A lo que debe agregarse que “los derechos en juego se debaten en sede y en forma jurídica aún cuando mucho de los argumentos tengan relevancia moral. La moral se explicita en la argumentación jurídica y se pone en juego en la ponderación del derecho. Lo que no cabría es discusiones de carácter moral sin principios constitucionales y sin argumentaciones jurídicas”.<sup>245</sup>

Evidentemente, esta presunta falta de racionalidad de la ponderación, podría servir a los órganos jurisdiccionales, y demás autoridades como “una forma sutil de encubrir, y posiblemente justificar, una actuación arbitraria”.<sup>246</sup> Empero, a decir de Galán Juárez, esta postura es equívoca en cuanto, la interpretación, en el Estado Constitucional, pretende “lograr a través de ella la configuración de un derecho lo más justo posible y sólo con la técnica de la ponderación se logra ese objetivo porque permite recabar el sentido exacto del alcance de los derechos fundamentales en juego atendiendo a cada caso particular y según un contexto determinado”.<sup>247</sup> En suma, “la única manera de saber si el peso colocado a uno u otro lado de la balanza es o no razonable está definida por el modo en que la decisión de ponerlo se adecua o no a los criterios fijados por la Constitución en tanto fronteras que el juzgador no puede traspasar”.<sup>248</sup>

Otro partidario de la ponderación es Rodolfo Luis Vigo, quien se define como un confiado de este método,<sup>249</sup> pero con varios agregados: cree en las tres reglas de Alexy- idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto- sin embargo, completaría esas tres reglas con el llamado *contenido esencial de cada derecho*; adicionalmente, le asigna un enorme papel a los fines de la racionalidad de la argumentación mediante el valor del precedente; y finalmente establece que, en aras de la racionalidad de la argumentación,

---

<sup>243</sup> (López Hidalgo, Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?, 2015, pág. 62)

<sup>244</sup> (López Hidalgo, Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?, 2015, pág. 62)

<sup>245</sup> (Ávila Santamaría, 2008, pág. 35)

<sup>246</sup> (Galan Juarez, 2006, pág. 54)

<sup>247</sup> (Galan Juarez, 2006, pág. 54)

<sup>248</sup> (Montoya Caballero, 2008, pág. 238)

<sup>249</sup> (Vigo , Interpretación Constitucional y Argumentación Jurídica, 2019)

se debe esclarecer los criterios con los cuales se designan jueces: idoneidad cognoscitiva, aplicativa, psicológica, gerencial y ética.

Finalmente se ha de considerar que el hecho que la ponderación sea aplicada en casos concretos, “no significa que suministre respuestas irrepetibles para casos singulares, sino que ofrece respuestas para casos genéricos y con vocación de permanencia y universalización”.<sup>250</sup> Así Prieto Sanchís, respondiendo a la acusación de Moreso sobre el carácter particularista de la ponderación, sostiene que “hay casos centrales en los que las circunstancias relevantes se repiten y que deberían dar lugar a la construcción de una regla susceptible de universalización y subsunción; aunque tampoco puede dejarse de pensar en la concurrencia de otras propiedades justificadoras capaces de producir una alteración en el orden de los principios”.<sup>251</sup>

Alexy concuerda con esta idea al evidenciar que “de las ponderaciones de la jurisprudencia y las propuestas de ponderación de la ciencia de los derechos fundamentales a las que se ha prestado consentimiento, surge, con el transcurso del tiempo, una red de reglas concretas adscritas a las distintas disposiciones de derecho fundamental y que representan una base importante y un objeto central de la dogmática”.<sup>252</sup>

Una vez desarrollados los criterios en contra y a favor de la ponderación, es posible encaminar el presente trabajo a determinar si efectivamente ésta representa un método inevitable para la resolución de conflictos entre principios. En este sentido Manuel Atienza sostiene que, si bien es posible evitarla en muchos casos, especialmente aquellos de lagunas axiológicas, la pregunta que realmente interesa versa sobre la conveniencia de evitarla, en la medida que, ello podría genera “un formalismo indebido, puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia del moral) supone siempre un ingrediente formalista que, por lo demás, es una seña de identidad de la racionalidad jurídica moderna”.<sup>253</sup> En lo medular, un formalismo extremo, como este, hace caso omiso a “las razones

---

<sup>250</sup> (Prieto Sanchís L. , Apuntes de teoría del Derecho, 2005, pág. 150)

<sup>251</sup> (Prieto Sanchís L. , 2014, pág. 142).

<sup>252</sup> (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 2017, pág. 145)

<sup>253</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 32)

subyacentes a las reglas, o sea, no ver el Derecho como un sistema de reglas y de principios”.<sup>254</sup>

Frente a la misma interrogante, Galán Juárez sostiene que, “el juicio de ponderación es el método propio para determinar, cómo, cuándo y hasta qué punto debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien. De ahí que se haya convertido en el medio ineludible que tienen los magistrados del Tribunal Constitucional para determinar cuestiones prácticas de la aplicación de los derechos y libertades fundamentales”.<sup>255</sup>

Pese a todo lo que se dicho sobre la ponderación, lo bueno y lo malo, resulta un poco anticipado pretender responder a la cuestión de su inevitabilidad sin haber realizado un análisis de cómo se ha venido aplicando la ponderación por parte de las cortes en el contexto ecuatoriano, para ello se presenta en el siguiente apartado un análisis de casos relevantes sobre el juicio de ponderación en el Ecuador, con la anhelo de responder de la manera más adecuada a la pregunta que ha inspirado esta investigación.

---

<sup>254</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 32)

<sup>255</sup> (Galan Juarez, 2006, pág. 55)

## CAPÍTULO III

### 3. CASOS RELEVANTES SOBRE EL JUICIO DE PONDERACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

#### 3.1. Justificación

Tal como se ha expuesto, la ponderación es una actividad esencialmente judicial, que a decir de Atienza ha “tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy que, a su vez pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad”.<sup>256</sup>

Este método tiene una extensa área de aplicación, la única condición para ello es la existencia de un verdadero conflicto entre principios -derechos fundamentales-. En efecto, su uso no se encuentra restringido a un área específica del Derecho, dado que los principios inspiran a la integralidad del ordenamiento jurídico. Como se demostrará en los casos objeto de este análisis, su utilización se evidencia bien en el derecho penal, civil y administrativo; en fin, su aplicación es posible en todas las áreas del derecho siempre que dos o más principios se encuentren en colisión. Siguiendo esta reflexión, se ha visto la necesidad de analizar la forma en que este método ha sido aplicado en determinados casos en el Ecuador para resolver este tipo de colisiones.

La justificación metodológica del siguiente estudio se sustenta en la selección de resoluciones paradigmáticas en las que se ha aplicado el juicio de ponderación, a partir del reconocimiento del Ecuador como Estado de Derecho Constitucional. Para ello se presenta una sentencia de casación de la Corte Nacional de Justicia; una acción por incumplimiento de la Corte Constitucional de Transición; y, dos resoluciones de consulta de constitucionalidad de la Corte Constitucional actual.

---

<sup>256</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 14)

A través de estas resoluciones, se pretende evidenciar el empleo del juicio constitucional de ponderación en los modelos de revisión judicial existentes: por una parte, en la justicia ordinaria, un fallo de la Corte Nacional de Justicia, como órgano encargado del control de legalidad;<sup>257</sup> y por otra, resoluciones de la Corte Constitucional,<sup>258</sup> como órgano especializado en materia de control e interpretación constitucional. Ello con la finalidad de analizar diferencias en la manera de utilizar el método estudiado.

Temporalmente, los casos analizados corresponden a momentos distintos dentro del modelo estatal vigente, lo que permitirá determinar la evolución a través del tiempo de los conceptos y usos de la ponderación.

El primer caso estudiado corresponde a un recurso de casación resuelto por la Corte Nacional de Justicia, cuyo contexto es una muestra clara del modelo de Estado vigente.<sup>259</sup> Su relevancia radica en los especiales derechos que estarían en conflicto y que permiten ver la arista del Ecuador como Estado constitucional de derechos intercultural y plurinacional, como son los principios de interculturalidad y de justicia intercultural.

En relación al segundo caso, se trata de un caso emblemático en el país, que se enmarcó dentro del afán producido por la Constitución de Montecristi del 2008, mediante la cual se consagró al Ecuador como un claro paradigma del Estado Constitucional de Derecho. En efecto, con el reconocimiento de nuevas garantías, como la acción por incumplimiento, los esfuerzos de la Corte por obedecer al modelo de Estado se intensificaron. Este caso, que ha sido materia de análisis de diversos doctrinarios, la Corte se esmeró por aplicar rigurosamente la fórmula propuesta por Alexy.

En los últimos casos examinados, también los más recientes, la Corte Constitucional procurando el mayor desarrollo de los derechos, reconoce el matrimonio igualitario,

---

<sup>257</sup> De acuerdo al artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Nacional de Justicia tiene entre sus funciones “conocer y resolver los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley”. A su vez, el recurso de casación es un recurso extraordinario a través del cual, se busca que se reforme, revoque o anule una resolución judicial debido a errores provenientes de la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho objetivo.

<sup>258</sup> Constitución de la República del Ecuador. “Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. [...]”

<sup>259</sup> Constitución de la República del Ecuador. “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. [...]”.

convirtiendo al Ecuador en el quinto país de América Latina<sup>260</sup> en aceptar el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, reconocimiento que se realiza a través de la jurisprudencia, evidenciando la participación directa de los órganos jurisdiccionales en la construcción del derecho. Se han analizado estos dos casos dado que, si bien los dos versan sobre la misma materia, la aplicación de la ponderación ha sido enfocada de manera distinta pese a tratarse de la misma Corte.

Durante el estudio, se considerarán diversos aspectos como la aplicación de la estructura de la ponderación propuesta por Alexy, la diferenciación entre ponderación y proporcionalidad en sentido amplio, y los fines para los que es utilizada. Todo ello con el fin de determinar si el juicio constitucional de ponderación resulta, en el contexto ecuatoriano, un método inevitable para la resolución de conflictos entre principios, pero sobre todo analizar, a través de la revisión de algunos casos resueltos por tribunales ecuatorianos, la manera en que este método ha sido aplicado en el país.

### **3.2. Caso de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, caso 562-2015 (Casación)**

#### **Caso: 562-2015 (Casación)**

En el caso 562-2015, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia conoció el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, dentro del proceso por asesinato seguido por la Fiscalía en contra de la ciudadana Enma Graciela Secaira Santamaría.

En primera instancia, la procesada fue declarada culpable por delito de asesinato tras terminar con la vida de su hijo mejor de edad al haberlo arrojado a un canal de riego. Fue condenada a cumplir una pena privativa de libertad de treinta y cuatro años con seis meses. Esta pena fue confirmada por el Tribunal de segunda instancia. La procesada interpuso recurso de casación alegando falsa motivación y violación al principio de proporcionalidad de la pena.

---

<sup>260</sup> (Defensoría del Pueblo Ecuador, 2019)

En las consideraciones de la Corte Nacional concurrieron una serie de elementos encaminados a determinar la existencia de una falsa motivación de la sentencia recurrida, y transgresión al principio de proporcionalidad de la pena.<sup>261</sup> Este último factor sería producido por la falta de consideración de la realidad social de la agresora; por violación a la ley respecto de las circunstancias constitutivas del delito; y, por la ilegal aplicación de circunstancias agravantes de la pena. Para efectos del presente estudio, especial atención merece el cargo de desproporción en la pena por inobservancia a las condiciones sociales de la procesada.

En efecto, se trataba de una mujer indígena que desde los doce años fue víctima de un círculo de violencia psicológica, física y sexual por parte de los miembros de su familia; fue abusada sexualmente por su padrastro y producto de aquello, nació su hijo. La Corte consideró que la desventaja de la procesada frente a la acusación y al modelo de justicia resultaba evidente, por lo que “era y es deber del Estado ecuatoriano proteger a la hoy procesada cuando sufrió violencia, en todas las formas; y, ahora asegurarle un juicio justo, adoptando todas las medidas en su favor, sin que este ejercicio conlleve impunidad”.<sup>262</sup>

Por otra parte, un elemento trascendental para la decisión del caso, fue la pertenencia de la procesada y su hijo a una comunidad indígena. Frente a ello el Tribunal de la Corte sostuvo que “al tratarse de un caso en el que se ha determinado, y no se discute, que tanto la agresora como la víctima pertenecen a una comunidad indígena, debe tomarse en cuenta sus derechos a acceder a la justicia en igualdad de condiciones, pero tomándose en cuenta su identidad”.<sup>263</sup>

En este sentido, la Corte manifestó que, por una parte, “los operadores de justicia hemos de ajustar nuestras decisiones tomando como guía obligatoria los derechos de las niñas, niños, las y los adolescentes; en el caso, es indiscutible que a un niño se le privó de su

---

<sup>261</sup> La proporcionalidad de la pena, a decir del Tribunal, es producto de la constitucionalización del derecho penal, en cuanto representa una “expresión del derecho a la igualdad material ante la justicia y el respeto al derecho al debido proceso de las personas sometidas al poder punitivo del Estado” (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 25).

<sup>262</sup> (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 28)

<sup>263</sup> (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 44)

derecho a vivir, la procesada no niega que ella fue quien cometió el acto”.<sup>264</sup> Sin embargo, también expuso que,

“la sentencia venida en grado menciona en varias ocasiones que la recurrente es miembro de una comunidad indígena, sin embargo no declara que sus derechos le fueron protegidos en su lengua materna o que se haya hecho en castellano porque lo comprende a plenitud; además no se analizó las costumbres de la procesada como miembro de un pueblo indígena lo que corresponde cuando han de resolverse cuestiones penales, ni se ha tomado en cuenta los principios de interculturalidad y de justicia intercultural garantizada en los normas mencionadas anteriormente”.<sup>265</sup>

Además de ello, la Corte, en el contexto de la rehabilitación y reinserción social, consideró el derecho a la dignidad de la procesada como ser humano, y sostuvo que “este valor del ser humano es reconocido como el máximo derecho, y, por tanto, objeto de tutela u protección del Estado, en los ordenamientos jurídicos internacional y nacional. Vinculado al valor dignidad está el principio de humanidad, en el trato procesal y en la pena”<sup>266</sup>. Así, el Tribunal reconoció a la procesada como una persona vulnerable por “el hecho de haber crecido sin padre, el hecho que su hijo fue producto de un abuso sexual de su padrastro, el abandono de su madre, la discriminación de su familia”.<sup>267</sup>

La argumentación de la sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional, en lo esencial, se fundamentó en que los jueces de las instancias inobservaron múltiples derechos y principios, entre ellos, el principio de debida diligencia para pronunciarse jurídicamente sobre casos y situaciones de violencia contra la mujer; así como la obligación de respetar la interculturalidad, la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico, previstos en el primer artículo de la Constitución olvidando “toda la realidad de la persona procesada”.<sup>268</sup> En consecuencia, redujo la pena privativa de libertad a catorce años con seis meses y dispuso que en el tiempo de cumplimiento de la pena, la procesada tendría derecho a participar de su vida comunitaria, “asistiendo a sesiones, a mingas, a trabajos comunitarios y otras actividades culturales”.<sup>269</sup>

---

<sup>264</sup> (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 54)

<sup>265</sup> (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 54)

<sup>266</sup> (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 55)

<sup>267</sup> (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 56)

<sup>268</sup> (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 57)

<sup>269</sup> (Corte Nacional de Justicia, 2015, pág. 57)

A todas luces, la sentencia recurrida tomó como razón justificatoria para el cálculo de la pena la vulneración al derecho a la vida del menor; no obstante, al establecer esa pena no consideró la proporcionalidad en relación a la situación de la madre, lo que acarreó una restricción a sus derechos mayor de la que correspondía en realidad. Desde esta perspectiva, por proteger un derecho, restringió otros sin que el grado de restricción de los segundos correspondiese a la importancia en la satisfacción del primero. En síntesis, implícitamente, estableció una relación de preferencia condicionada que desconoció el grado de afectación de unos derechos en relación a la satisfacción de otros, en efecto se podría pensar que el juicio que fundamentó el argumento de la Corte fue el siguiente:

**Tabla 2**

<b>Derechos protegidos</b>	<b>Derechos restringidos</b>
Derecho a la vida	Principios de interculturalidad y de justicia intercultural
Interés superior de los niños y niñas	Dignidad del ser humano
	Principio de humanidad

Elaboración propia

Si bien en la sentencia de casación la Corte no hizo alusión expresa al juicio constitucional de ponderación, lo aplicó como parte del principio de proporcionalidad de la pena, con el fin de determinar si la condena establecida en instancias era adecuada, o debía ser modulada tomando en consideración los derechos de la madre que habrían sido restringidos inicialmente.

Luego de su análisis, la Corte arribó a un resultado que parecería ser modulado, en el cual logró conciliar los derechos estableciendo una pena proporcional que respondiese a la realidad de la procesada y de la víctima, consagrando el principio de humanidad en el trato procesal y en la pena, que había sido anulado en instancias para proteger el derecho vulnerado -derecho a la vida-. De esta manera, se evidencia la utilización de la ponderación con la finalidad de modular la pena garantizando constitucionalización del derecho penal.<sup>270</sup>

<sup>270</sup> “El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir

Del estudio realizado, se evidencia que la Corte Nacional de Justicia no utiliza propiamente el término *ponderación*. En su lugar, trata de asimilar indebidamente al juicio de ponderación con el principio de proporcionalidad de la pena; si bien, expresamente se refiere al principio de proporcionalidad de la pena como derecho autónomo, de manera implícita, realiza un ejercicio de ponderación al reconocer un juego simultáneo de derechos que sólo pueden ser protegidos a través de la restricción de sus contrarios, como sucede con el derecho a la vida *versus* los principios de interculturalidad y de justicia intercultural.

Indudablemente, la Corte Nacional, a través de su fallo, responde a un criterio de justicia tendiente a la interculturalidad; sin embargo, no justifica cómo lo hace. En otras palabras, evidencia que existen derechos en conflicto, reconoce las implicaciones de la interculturalidad y las situaciones particulares de la procesada, empero emite una determinada conclusión sin establecer los parámetros que la justifican en el fondo. Desde esta perspectiva, parecería ser que la Corte no diferencia entre ponderación y proporcionalidad de la pena en la medida que, a pesar de que en el fondo realiza un juicio de balance entre derechos, finalmente fundamenta su decisión en la proporcionalidad de la pena como una institución autónoma sin explicitar el conflicto existente entre derechos.

Si bien, en el caso concreto, el resultado parece ser aceptable y razonable en términos de derechos, es innegable el riesgo que surge de una aplicación del ejercicio de ponderación en términos tan ambiguos. Siguiendo esta lógica, ¿acaso podría calificarse de aceptable y razonable una solución distinta, fundamentada de manera indeterminada como se ha hecho en el presente caso?

### **3.3. Caso de la Corte Constitucional de Transición, caso 0005-08-AN**

**Caso:** 0005-08-AN

**Sentencia:** 002-09-SAN-CC

---

excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

La Corte Constitucional de Transición marcó un precedente importante para las garantías jurisdiccionales al resolver por primera vez una acción por incumplimiento<sup>271</sup> en el caso 0005-08-AN, convirtiendo a la sentencia 002-09-SAN-CC en una sentencia *hito fundadora de línea*.<sup>272</sup> En el fallo se incorporaron elementos propios del nuevo modelo de Estado como la naturaleza de la acción por incumplimiento en cuanto garantía jurisdiccional, la naturaleza y los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de normas conexas, las técnicas interpretativas aplicables en caso de colisión de derechos, entre otros.

La acción por incumplimiento fue propuesta por los señores Silvia Game Muñoz y Alfredo Luna Narváez, en contra del Procurador General del Estado y el Gerente General y Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, por incumplimiento del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades,<sup>273</sup> que preveía una exención tributaria para la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos, destinados al traslado de personas con discapacidad, cuyo modelo podría ser de hasta tres años anteriores a la fecha de la autorización de importación otorgada por el Consejo Nacional de Discapacidades.

A decir de los accionantes, la falta de cumplimiento de esta disposición acarreó la inobservancia de varios instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Acuerdo de

---

<sup>271</sup> Constitución del Ecuador: Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

<sup>272</sup> Ver Alarcón Peña, P. (enero-junio de 2011). Exenciones tributarias: un derecho constitucional de las personas con discapacidad. *Umbral Revista de Derecho Constitucional*(1), 171-187.

<sup>273</sup> Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades: "Art. 23.- Vehículos ortopédicos y no ortopédicos.- La importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos destinados al traslado de personas con discapacidad, sin consideración de su edad, deberá ser autorizada por el Consejo Nacional de Discapacidades y gozará de las exoneraciones a las que se refiere el artículo anterior, en los siguientes casos: a) En caso de vehículos ortopédicos, cuando se destinen y vayan a ser conducidos por personas con discapacidad o movilidad reducida que no pueden emplear otra clase de vehículos; b) Cuando se destinen para el traslado de personas, sin consideración de su edad, con discapacidad gravemente afectada o de movilidad reducida, que no puedan conducir por sus propios medios; vehículos que serán conducidos exclusivamente por personas debidamente autorizadas y certificadas por el Consejo Nacional de Discapacidades. El vehículo a importarse podrá ser de hasta 3 años anteriores al modelo de la fecha de autorización. La persona discapacitada beneficiaria de este derecho, podrá importar por una sola vez, a no ser que justifique debidamente la necesidad de beneficiarse de una nueva importación; [...]".

Cartagena y Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia, y la Carta Andina de Derechos Humanos; además de un incumplimiento al artículo 13<sup>274</sup> de la Ley de la Procuraduría General del Estado y de las Resoluciones 0770-07-RA y 335-99-TC del Tribunal Constitucional del Ecuador, mediante las cuales el Tribunal Constitucional había conminado al Consejo Nacional de Discapacidades a emitir las correspondientes autorizaciones para la importación de vehículos a favor de la señora Game y el señor Luna respectivamente.

El incumplimiento de la norma se dio cuando, pese a que la referida disposición preveía un derecho a una exención tributaria a favor de la población discapacitada, el Procurador General del Estado, en respuesta a una consulta realizada por el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades, emitió el dictamen No. 01421 referente a la inadmisibilidad del artículo 23 antes descrito por ser contradictorio a la Ley Orgánica de Aduanas, Ley de Tránsito y Transportes Terrestres, Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, así como al medio ambiente y los derechos de los consumidores; prohibiendo en consecuencia la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos para el traslado de personas con discapacidad. A raíz del pronunciamiento del Procurador, se suspendieron los trámites de importación en la Corporación Aduanera Ecuatoriana, impidiendo el pleno ejercicio de este derecho a sus titulares.

Con estos antecedentes, y luego de un extenso análisis con respecto al presunto incumplimiento por parte del Procurador General del Estado, la Corte Constitucional estableció que “con la emisión de su dictamen- No. 01421-, cumplió con las atribuciones que la Constitución y la ley le confieren; por tanto, no se evidencia del proceso, omisión de cumplimiento alguno, respecto a norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de derechos humanos que contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”.<sup>275</sup> En consecuencia, declaró sin lugar la acción por incumplimiento en su contra.

---

<sup>274</sup> Ley de la Procuraduría General del Estado: “Art. 13.- De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional”.

<sup>275</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

Sin embargo, el razonamiento respecto al presunto incumplimiento de la Corporación Aduanera Ecuatoriana fue distinto en cuanto el dictamen del Procurador General del Estado fue posterior a las autorizaciones de importación emitidas por el Consejo Nacional de Discapacidades; adicionalmente existían dictámenes vinculantes por parte del Procurador General del Estado en el año 2006 mediante los cuales se garantizaba la aplicación del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades. Por estas consideraciones, la Corte sostuvo que,

“Se ha configurado una omisión de cumplimiento por parte del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, respecto al Artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades y a los dictámenes emitidos por el señor Procurador General del Estado que contenían obligaciones de hacer claras expresas y exigibles. El incumplimiento proferido por el Gerente General de la CAE ha tenido como consecuencia la restricción en el ejercicio de los derechos de los accionantes y de las personas y grupos de atención prioritaria garantizados en los artículos 35, 47.4, 47. 10 y 11.2 de la Constitución de la República”.<sup>276</sup>

En tal virtud, concedió la acción por incumplimiento interpuesta en contra del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

La Corte, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 436, numeral 3 de la Constitución de la República, realizó un estudio sobre la constitucionalidad del dictamen No. 01421; dictamen en el cual, mediante una interpretación jerárquica de normas, el Procurador General del Estado estableció que el artículo 27 de la Ley Orgánica de Aduanas, artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y el artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, además de incorporar principios relativos a los derechos de defensa del consumidor y la protección al medio ambiente, garantizan “un estándar mínimo de seguridad para la propia persona que sufre la discapacidad y que es la que solicita la importación de un vehículo que coadyuve su movilización, siendo tal aspecto absolutamente coherente con el deber que tiene el Estado de proteger a esas personas, según manifiesta el Art. 53 de la Carta Fundamental”.<sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

<sup>277</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

En un modelo de Estado orientado por valores y principios, resulta sencillo establecer que “la decisión adoptada por el Procurador General del Estado a partir de la utilización de un método interpretativo exegético habría sido correcta desde el punto de vista de un Estado Liberal de Derecho, en el que los derechos y la justicia se reducían a lo establecido por la ley. No obstante, bajo la lógica del Estado constitucional, semejante proceder no podía encontrar sustento alguno”.<sup>278</sup>

Por ello, la Corte Constitucional vio la necesidad de verificar si el razonamiento del Procurador era válido y justo de acuerdo a los criterios constitucionales. Para ello, recurrió a la ponderación de derechos con el fin de sopesar los principios que se enfrentaban en el caso particular y responder a la interrogante “¿es justificable la restricción del derecho a exenciones en el régimen tributario respecto a automóviles ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años de fabricación, a favor de la población discapacitada, en beneficio del ejercicio de derechos al medio ambiente y del consumidor?”.<sup>279</sup>

De esta interrogante se desprende que el conflicto se presenta, por una parte, entre el derecho a la exención tributaria a favor de la población discapacitada fundamentada en el artículo 47, numeral 4 de la Constitución que pretende una igualdad material para las personas con discapacidad a través de exenciones en el régimen tributario; y, por otra parte, los derechos del medio ambiente y del consumidor.

La Corte, para resolver la colisión, aplicó la ley de la ponderación y la fórmula del peso propuesta por Alexy. Sin embargo, anuló la variable del peso abstracto de los principios incorporada en la fórmula original, por considerar que esta variable no es aplicable al caso ecuatoriano en cuanto jerarquiza principios y, en consecuencia, contraría al principio de igual jerarquía de los derechos, consagrado en el artículo 11, numeral 6 de la Constitución. Así, aplicando la escala triádica, asignó valores a las variables de la fórmula de la siguiente manera:

---

<sup>278</sup> (Alarcón Peña, 2011, pág. 180).

<sup>279</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

**Tabla 3**

<i>Pi</i>	<i>Pj</i>
<b>Derecho a la exención tributaria a favor de la población con discapacidades.</b>	<b>Derechos del medio ambiente y del consumidor</b>
<i>Ii</i> : 4 (intenso) <i>Gi</i> : No aplica en el caso ecuatoriano. <i>Si</i> : 1 (cierto) <sup>280</sup>	<i>Ij</i> : 2 (media) <i>Gj</i> : No aplica en el caso ecuatoriano. <i>Sj</i> : ½ (plausible) <sup>281</sup>
$G_{i,j} = \frac{4 \cdot 1}{2 \cdot \frac{1}{2}} = 4$	$G_{j,i} = \frac{2 \cdot \frac{1}{2}}{4 \cdot 1} = 0,25$

Elaboración propia

De la aplicación de la fórmula del peso, la Corte concluyó 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”.<sup>282</sup>

Evidentemente, la Corte, tras los resultados del ejercicio ponderativo y más análisis, declaró la inconstitucionalidad del dictamen 01421, emitido por el Procurador General del Estado.

Ahora bien, se ha sostenido respecto de esta sentencia que, por la serie de análisis que incluye, “da, en ocasiones, la impresión de que más que una sentencia es un trabajo de dogmática jurídica o de teoría del derecho”.<sup>283</sup> En este sentido, respecto al ejercicio ponderativo realizado, Atienza plantea la siguiente interrogante:

<sup>280</sup>A criterio de la Corte, la restricción de este derecho implica una afectación a la autonomía de las personas con discapacidad comprometiendo su movilización y, en consecuencia, su nivel de vida.

<sup>281</sup>La Corte calificó como plausible a la seguridad de las premisas sobre su afectación, debido a que “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”. Ver Corte Constitucional. (2 de abril de 2009). Sentencia No. 002-09-SAN-CC. *Registro Oficial Suplemento 566 de 08-abr.-2009*. Quito.

<sup>282</sup>(Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

<sup>283</sup>(Atienza & Lozada, 2009, pág. 24)

“¿Pero no hubiese bastado simplemente con decir que es absurdo pensar que esa medida pudiese tener un efecto negativo en el medio ambiente o en los consumidores, cuando resulta que el parque automovilístico del país mayoritariamente superaba los tres años de antigüedad y que no había ninguna razón para pensar que la importación de un auto usado atentara contra los derechos de los consumidores? ¿Se necesitaba semejante esfuerzo teórico para llegar a una conclusión prácticamente de sentido común?”.<sup>284</sup>

Coincide con este criterio Jorque Baquerizo Minuche quien sostiene que “la misma solución encontrada por la Corte Constitucional (la inconstitucionalidad del dictamen) pudo y debió haber sido lograda mediante el test de proporcionalidad, sin los riesgos que supone la valoración del peso de unos derechos que no están realmente confrontados” por lo que se cuestiona “qué hubiera pasado si tal atolondrada ponderación era realizada por una Corte no progresista, que hubiera encontrado un mayor peso en los derechos derrotados. ¿Se eliminaba con esa ponderación la ineptitud del dictamen? La respuesta es que no, y casualmente ello nos advierte del peligro de ponderar cuando no hace falta”.<sup>285</sup>

Pese a que parecería ser que los resultados de la ponderación son acertados, la Corte omite realizar un análisis sobre la competencia del Procurador para emitir tal dictamen y restringir un derecho por otros. Volviendo a la diferenciación que existe entre el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación desarrollado en apartados anteriores, viene a la mente el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad, aplicable para las intervenciones del poder público en los derechos de los ciudadanos.

En el presente caso, el Procurador, en ejercicio del poder público, restringió el derecho a la exención tributaria a favor de la población de discapacitados, que pretende alcanzar en cierto grado la igualdad material a favor de este grupo de ciudadanos. Por consiguiente, podría ser que la Corte, en aplicación del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 3, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, hubiese arribado a la misma conclusión a través de la sola aplicación del test de proporcionalidad, considerando los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, sin involucrar los posibles riesgos que “supone la

---

<sup>284</sup> (Atienza, A vueltas con la ponderación, 2016, pág. 23)

<sup>285</sup> (Baquerizo Minuche, 2010, pág. 236)

valoración del peso de unos derechos<sup>286</sup> que no están realmente confrontados”.<sup>287</sup> En otras palabras, el juicio de ponderación sólo debió aplicarlo, una vez superados los criterios fácticos de idoneidad y necesidad.

Como consecuencia de estas reflexiones, llama la atención la forma en la que la Corte aplica el juicio de ponderación, sin antes desarrollar parámetros fácticos que recaen dentro de los ámbitos de la necesidad e idoneidad. Posiblemente, como se ha sostenido anteriormente, era posible alcanzar un resultado semejante sin activar los riesgos que implica sopesar principios, más aún cuando existe una herramienta -principio de proporcionalidad- prevista para este tipo de casos, en los cuales se busca legitimar o no la intervención estatal -dictamen del Procurador- en el ejercicio de los derechos -derecho a la exención tributaria a favor de la población de discapacitados-. De esta forma, parecería ser que la Corte aplicó de manera aleatoria el juicio de ponderación, inobservando la técnica que realmente correspondía según las circunstancias del caso estudiado.

### **3.4. Caso de la Corte Constitucional, caso 11-18-CN (matrimonio igualitario)**

**Caso:** 11-18-CN (matrimonio igualitario)

**Sentencia:** 11-18-CN/19

**Juez ponente:** Ramiro Ávila Santamaría

El matrimonio igualitario en el Ecuador fue reconocido en junio del dos mil diecinueve, cuando la Corte Constitucional actual, integrada recién en febrero del mismo año, emitió la sentencia 11-18-CN/19. En su fallo, la Corte, como máximo órgano de interpretación constitucional, resolvió una consulta elevada por el Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha sobre la constitucionalidad y aplicación de la Opinión

---

<sup>286</sup> A decir de Baquerizo Minuche “lo que pasó por alto la Corte Constitucional (a mi modo de ver, conscientemente) es la evidente falta de aptitud del dictamen del Procurador para preservar unos derechos colectivos que no podían verse afectados por la sola importación de un número discretísimo de vehículos ortopédicos de hasta tres años de antigüedad (en comparación con el volumen del parque automotriz existente, que además tiene una antigüedad que supera con creces esos tres años)”. Esta reflexión lo lleva a interrogarse “¿Cuál era la necesidad de ponderar en este caso, si ya estaba comprobada la falta de idoneidad de la medida y, en consecuencia, la demostración de un conflicto aparente y no real entre derechos?” (Baquerizo Minuche, 2010, pág. 237)

<sup>287</sup> (Baquerizo Minuche, 2010, pág. 238)

Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce el matrimonio de parejas homosexuales,<sup>288</sup> sin una reforma previa del artículo 67 de la Constitución, que reconoce exclusivamente el matrimonio de parejas heterosexuales, en concordancia con el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y el artículo 81 del Código Civil.

Para dar respuesta a la consulta, la Corte realizó un análisis sobre la Opinión Consultiva como un instrumento internacional de derechos humanos de aplicación directa e inmediata en el país; sobre la posible contradicción de la Opinión Consultiva con las normas internas; y, finalmente, sobre los efectos jurídicos de la Opinión Consultiva relativos a operadores de justicia.

Para efectos del presente estudio, el análisis se centrará en los métodos de interpretación aplicados por la Corte para resolver estas interrogantes.

A simple vista parecería ser que existe una tensión en el ordenamiento jurídico: por una parte, la Constitución y la ley que limitan el matrimonio como un derecho exclusivo para parejas heterosexuales; y, por otra parte, la Opinión Consultiva que reconoce el matrimonio como un derecho para parejas del mismo sexo. Para resolver este conflicto normativo, la Corte recurrió a una serie de métodos de interpretación con el fin de dilucidar el sentido del artículo 67 de la Constitución, que establece:

“Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

---

<sup>288</sup> La Opinión Consultiva 24/17, reconoce expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Parte Resolutiva “8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017)

Partiendo de una interpretación literal y restrictiva de este artículo, los titulares del derecho al matrimonio serían exclusivamente personas de distinto sexo. Siguiendo este criterio, la Corte cuestionó, primero, si esta norma es contraria al principio de igualdad; segundo, si efectivamente existe un trato diferenciado entre parejas de distinto sexo y parejas homosexuales; y finalmente, si se trata de una diferenciación no discriminatoria justificable.

Acerca de la primera cuestión, la Corte sostuvo que “si las personas, indistintamente de su orientación sexual, están dotadas de igual dignidad y merecen igual respeto, entonces son comparables frente al ejercicio del derecho al matrimonio”<sup>289</sup>; posteriormente, constató la existencia de un trato diferenciado entre estos dos tipos de parejas; y, finalmente para resolver la tercera cuestión enunciada, recurrió al principio de proporcionalidad previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, concluyendo que “la medida adoptada por el sistema jurídico ecuatoriano, sujeta al test de proporcionalidad, es el matrimonio entre hombre y mujer y la interpretación que considera que la norma excluye al matrimonio de parejas del mismo sexo”.<sup>290</sup>

De conformidad al artículo 3, numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el primer elemento del test de proporcionalidad es el fin constitucionalmente válido. Así, a decir del juez ponente, el artículo 67 de la Constitución tiene como fin el reconocimiento a la familia, en sus diversos tipos. Tras una interpretación restrictiva, “debería entenderse que la exclusión del matrimonio de personas del mismo sexo persigue como fin la protección de la familia y esto, en una constitución que protege a la familia en sus diversos tipos, no podría considerarse un fin constitucionalmente válido”.

La Corte, en el voto de mayoría, concluyó que “no existe finalidad constitucional alguna para excluir del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Esta constatación sería razón suficiente para considerar que la interpretación restrictiva del artículo 67 de la Constitución es inconstitucional”.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 18)

<sup>290</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 20)

<sup>291</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 23)

Pese a que esta conclusión sería suficiente para no continuar con el análisis de los demás elementos del test, y determinar directamente que no existe una diferenciación no discriminatoria justificable que limite el matrimonio exclusivamente para parejas heterosexuales. Pese a ello, la Corte continuó con el estudio de la idoneidad y necesidad de esta diferenciación.

Respecto del primero, sostuvo que “una medida no es idónea si es que no contribuye de forma alguna al fin constitucional”.<sup>292</sup> Siguiendo esta reflexión, al no existir un fin constitucionalmente válido, mal podría considerarse a esta como una medida idónea para alcanzarlo. En relación a la necesidad, a decir de la Corte, el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, lejos de ser una amenaza para la familia, podría ser una medida que la proteja, en la medida que “extender el régimen matrimonial a más personas, entre las que están las parejas del mismo sexo, por los niveles de protección jurídica que ofrece, puede ser considerado una medida necesaria para proteger a la familia”.<sup>293</sup> En consecuencia, “la interpretación restrictiva del artículo 67 de la Constitución, que excluye el derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo, no puede en ningún caso considerarse una medida necesaria”.<sup>294</sup>

Finalmente, para el análisis de la proporcionalidad en estricto sentido la Corte enfocó su estudio en determinar si “el reconocimiento exclusivo del matrimonio entre personas heterosexuales (un sujeto de derechos), podría afectar o afecta a los derechos de las parejas del mismo sexo (otro sujeto de derechos)”.<sup>295</sup> Así, para aplicar correctamente este subprincipio, fue necesario identificar los derechos que colisionarían en el presente caso, de manera que sea posible encontrar el debido equilibrio entre la protección de unos derechos y la restricción de otros.

A criterio de la Corte, una interpretación restrictiva del artículo 67 protegería el derecho de las parejas de distinto sexo al matrimonio. Siguiendo este pensamiento, “la restricción del derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo debe permitir la mejor y mayor

---

<sup>292</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 23)

<sup>293</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 24)

<sup>294</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 25)

<sup>295</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 25)

protección del derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales”.<sup>296</sup> A decir de la Corte, tras una interpretación de este tipo, “el derecho supuestamente protegido es el derecho de las parejas heterosexuales al matrimonio. El derecho restringido es el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio. La restricción del derecho al matrimonio de parejas del mismo sexo debe permitir la mejor y mayor protección del derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales”.<sup>297</sup> A pesar de esta reflexión, podría considerarse que el derecho realmente restringido, más allá del derecho al matrimonio, es el derecho a la igualdad de las parejas homosexuales. Así, tras una interpretación restrictiva, la colisión de derechos se configuraría de la siguiente manera:

**Tabla 4**

<b>Derecho protegido</b>	<b>Derecho restringido</b>
Derecho al matrimonio de las parejas heterosexuales	Derecho al matrimonio de las parejas homosexuales Derecho a la igualdad de las parejas homosexuales

Elaboración propia

Sin embargo, distanciándose de esta interpretación restrictiva, la Corte sostiene que “si existiese una relación causal entre el matrimonio de unos con el matrimonio de los otros, buscar un equilibrio debido tendría sentido. Lo cierto es que el matrimonio de las personas heterosexuales no está condicionado de forma alguna a la prohibición o permisión del matrimonio de las personas del mismo sexo”.<sup>298</sup> De esta manera, la protección y satisfacción de uno de los derechos no depende ni se ve afectado por la protección del otro, tal y como manifiesta la Corte:

“Para que exista una justificación razonable que permita una diferencia en relación con el reconocimiento y ejercicio de un derecho tan importante como el derecho al matrimonio debe existir una afectación al derecho de otra persona. Esto es, debe existir un daño real, tangible, medible, efectivo a las parejas heterosexuales, o demostrarse que el reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo ocasiona que terceros o parejas heterosexuales tengan un impedimento, restricción o anulación al reconocimiento o ejercicio al derecho al matrimonio. No existe evidencia empírica que demuestre que se

<sup>296</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 25)

<sup>297</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 25)

<sup>298</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 26)

requiere restringir el derecho de las parejas del mismo sexo para reconocer el derecho de las parejas heterosexuales”.<sup>299</sup>

La Corte sostiene que “en términos del test de proporcionalidad, la medida que permite el matrimonio entre parejas del mismo sexo, no afecta el derecho a las parejas heterosexuales a contraer matrimonio”. En tal sentido, la interpretación restrictiva del artículo 67 “no supera el test de proporcionalidad por lo que una medida de esta índole es injustificada, discriminatoria y es, por tanto, inconstitucional”.<sup>300</sup>

Tras una serie de razonamientos, la Corte concluyó en la Sentencia No. 11-18-CN/19, que la Opinión Consultiva OC24/17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos forma parte del bloque de constitucionalidad, el cual reconoce derechos que no han sido expresamente previstos en la Constitución. De manera que, en el presente caso, el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio se incorpora vía instrumento internacional, como es la Opinión Consultiva. Así la Corte, con voto de mayoría, determinó la inexistencia de contradicción alguna entre la Constitución y el instrumento internacional, calificándolos como complementarios; en consecuencia, a ello, dispuso que el Tribunal consultante interprete el sistema normativo de conformidad con esta sentencia.

Ahora bien, es necesario hacer mención al voto salvado del Juez Hernán Salgado, quien considera a la sentencia estudiada como un abuso de la interpretación constitucional en la medida que desaparece la oposición de la Constitución al matrimonio igualitario.

En efecto, es relevante el análisis realizado acerca de la consulta de norma como control concreto de constitucionalidad,<sup>301</sup> el cual tiene por objeto garantizar la supremacía de la Constitución. Siendo este el fin del control concreto, “no cabe que dentro del control de constitucionalidad, el objeto de análisis sea un precepto contenido en la propia Norma Fundamental desde su promulgación, pues entre normas que ostentan el mismo rango - en este caso constitucional-, no se podría solventar una diferencia bajo el criterio de la

---

<sup>299</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 26)

<sup>300</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 27)

<sup>301</sup> La Constitución de la República prevé el control concreto de constitucionalidad. “Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.”

supremacía jerárquica de un precepto sobre otro”.<sup>302</sup> Esta reflexión conduce a una interrogante que aparece en el trasfondo tanto del voto de mayoría como del voto salvado: la existencia -o no- de normas constitucionales inconstitucionales.

Sobre este debate el alemán Otto Bachof sostiene que “no tendría ninguna duda de que todo el derecho alemán, inclusive las normas constitucionales formales, serían capaces de ser controlables por su adecuación con la “Constitución” en el amplio sentido del término, e incluso incluyendo el derecho no escrito (“no positivo”) y, en cuanto inescindible, también al derecho metapositivo precedente”;<sup>303</sup> en otras palabras, a criterio del referido doctrinario sí es posible hablar de normas constitucionales inconstitucionales -inválidas-, en cuanto reconoce la existencia de una Constitución en sentido material y un derecho metapositivo.

Prieto Sanchís, sobre este debate, sostiene que “lo dicho ha de aceptarse salvo que se comparta la tesis de que las normas de ciertos documentos, singularmente de las Constituciones, tienen distinta jerarquía, de manera que, entre otras cosas, cabría hablar de normas constitucionales inconstitucionales”.<sup>304</sup> En este sentido, a decir del juez Salgado, mal podría solventarse una diferencia bajo el criterio de la supremacía jerárquica de un precepto constitucional sobre otro, negando en consecuencia la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales al no existir una jerarquía dentro de la misma norma fundamental.

Ahora bien, si bien este último criterio descarta la posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales, ello no impide la posibilidad de ponderar normas constitucionales, siguiendo los criterios y principios que sustentan a la ponderación. En efecto podría considerarse que la solución para el debate acerca de las normas constitucionales inconstitucionales se encuentra en la ponderación de estas, sin que ello conlleve la declaratoria de invalidez o inconstitucionalidad de una de ellas.

Finalmente, en el voto salvado se concluye que “la finalidad del control de constitucionalidad no es referirse sobre la conveniencia o no de las disposiciones

---

<sup>302</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 5)

<sup>303</sup> (Bachof, 2010, pág. 96)

<sup>304</sup> (Prieto Sanchís L. , Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, 2014, pág. 177)

constitucionales, sino precautelar su texto”,<sup>305</sup> y en consecuencia “la única manera de establecer una modificación a la figura del matrimonio, diferente a la prevista en el inciso segundo del artículo 67 de la Ley Suprema, es a través de un procedimiento de reforma constitucional y no por medio de diversas interpretaciones que a la postre nos llevan a una mutación arbitraria. La Función Legislativa es el órgano competente para dicha reforma, es decir, la Asamblea Nacional”.<sup>306</sup>

A pesar de este debate, y sin reforma constitucional, cumpliendo con el voto de mayoría, el primer matrimonio entre personas del mismo sexo en el Ecuador se llevó a cabo el 18 de julio de 2019.<sup>307</sup>

Una vez expuestos los diversos puntos de debate del caso analizado, para efectos de la presente investigación, especial reflexión merece la aplicación del test de proporcionalidad en el voto de mayoría. En efecto, como se sostuvo en el capítulo anterior, la proporcionalidad se refiere a un concepto relacional que busca determinar si un determinado medio es proporcional a la consecución de un fin. En el caso ecuatoriano, el mismo artículo 67 de la Constitución, establece el reconocimiento a la familia en sus diversos tipos, y la protección de ella como núcleo fundamental de la sociedad.

En tal virtud, la Corte sostuvo que “el derecho a la familia es un derecho-fin al que toda persona puede aspirar sin discriminación alguna. El matrimonio es un derecho-medio, que permite acceder a conformar una familia, al igual que otros medios, como la unión de hecho o el matrimonio religioso”.<sup>308</sup> Así, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, la Corte pretendió determinar si la utilización del medio -prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo-, era proporcional en relación al fin protegido -protección de la familia-.

Parecería ser que la Corte se esforzó por aplicar el test de proporcionalidad. En un primer momento, se demostró que la medida -restricción al matrimonio para parejas homosexuales- no perseguiría un fin constitucionalmente válido; la respuesta obtenida en este primer análisis era suficiente para descartar la medida, en cuanto el test de

---

<sup>305</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 19)

<sup>306</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 20)

<sup>307</sup> (Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, 2019).

<sup>308</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 15)

proporcionalidad funciona como una suerte de escalón. Pese a ello, continuó su razonamiento respecto de la idoneidad y necesidad, el cual simplemente permitió confirmar que tampoco se trataría de una medida idónea ni necesaria. Por último, llama la atención la forma en que la Corte busca confrontar derechos y ponderarlos para llegar a la misma conclusión obtenida inicialmente; así, estimaría que, en el presente caso, se forzó un conflicto entre derechos, que inicialmente no existía, para obtener un resultado favorable sobre la medida discutida.

### **3.5. Caso de la Corte Constitucional, caso 10-18-CN (Matrimonio entre personas del mismo sexo)**

**Caso:** 10-18-CN (Matrimonio entre personas del mismo sexo)

**Sentencia:** 10-18-CN/19

**Juez ponente:** Alí Lozada Prado

Un resultado semejante al del caso estudiado en el apartado 3.4., aunque motivado de manera distinta, fue realizado por la misma Corte en el caso 10-18-CN. En este proceso, la titular de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito elevó una consulta de constitucionalidad relativa a los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, disposiciones legales que, a decir del juez ponente, “contienen implícitamente una misma norma, a saber: las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio”.<sup>309</sup>

A pesar de tratar acerca de la misma materia que el caso 11-18-CN, el objeto de la consulta radicó en la consulta de constitucionalidad de los artículos referidos, mas no en constitucionalidad de la Opinión Consultiva OC24/7. Por ende, el enfoque de la Corte fue distinto. Así se concentró en determinar si la Constitución vigente prohíbe, obliga o permite al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para resolver esta cuestión, sostuvo que,

“la interpretación cabal -de las normas consultadas- ha de consistir, más bien, en identificar y, luego, ponderar los principios, fines o valores constitucionales que operan

---

<sup>309</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 4)

a favor y en contra de las hipótesis en juego: las de la obligación, prohibición o permisón legislativa de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tal ponderación coadyuvará a establecer entonces, si las parejas del mismo sexo tienen o no el derecho fundamental a que el legislador instituya (haga posible y regule) para ellas el matrimonio, como lo tienen de manera incontrovertida -en virtud del inciso segundo del citado artículo 67- las parejas de diferente sexo”.<sup>310</sup>

Según el argumento de la Corte las razones a favor de prohibir al legislador democrático instituir el matrimonio igualitario se sustentan en los argumentos literalista e intencionalista. De acuerdo al primero, el tenor literal del artículo 67 de la Constitución prohíbe al legislador “conferir a dichas parejas el poder jurídico de casarse”; mientras que el segundo argumento se fundamenta en la intención del constituyente de prohibir “la creación legislativa tal tipo de matrimonio”.<sup>311</sup> El fundamento axiológico detrás de estos razonamientos es “el principio de deferencia al constituyente, que se apoya a su vez, en el valor de la democracia”.<sup>312</sup>

Al contrario, los argumentos en contra de esta prohibición se sustentan, a decir de la Corte, en los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales se encuentran en estrecha relación con los derechos a la libertad de conciencia y a la intimidad. Así, identificados los principios que juegan a favor y en contra de la prohibición, la Corte procedió a realizar un ejercicio ponderativo, de acuerdo a la siguiente reflexión:

“Estos dos derechos -protección a la familia y libre desarrollo de la personalidad- operan, clara y fuertemente, en contra de la hipótesis de que la Constitución prohíbe al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo; y, en esa medida, estarían en el platillo de la balanza opuesto al que aloja al principio de la deferencia al constituyente y al valor de la democracia, los que se ven debilitados en el caso concreto, porque, según se concluyó los argumentos literalista e intencionalista sustentan, también débilmente, que el inciso segundo del artículo 67 de la Constitución establece la indicada prohibición.

Este desequilibrio de razones, como se ve, es por demás notorio en el caso concreto: la afectación que podría causarse a los principios de la deferencia al constituyente y al valor de la democracia, si se rechazara la señalada hipótesis de la prohibición, sería claramente menor al quebrantamiento de los derechos a la protección de las familias y al libre desarrollo de la personalidad (y, conexamente con estos, a la intimidad personal y familiar

---

<sup>310</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 9)

<sup>311</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 7)

<sup>312</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 9)

y a la libertad de conciencia), si dicha hipótesis fuese admitida, ya que esta excluiría la posibilidad de que la institucionalización del tipo de matrimonio en cuestión”.<sup>313</sup>

Adicionalmente, la Corte consideró que estos derechos “operan a favor de la existencia constitucional del mencionado derecho de las parejas del mismo sexo -derecho a contraer matrimonio-”;<sup>314</sup> el cual también se sustentaría en la igualdad formal y la igualdad material.

En otros términos, la Corte reconociendo que se trata de un caso judicial difícil,<sup>315</sup> determinó que los principios a poner en la balanza son:

**Tabla 5**

<b>Principios que sustentan la prohibición del matrimonio igualitario</b>	<b>Principios afectados con la prohibición del matrimonio igualitario</b>
<p>Principio de deferencia al constituyente El principio de valor de la democracia</p>	<p>Derecho a la protección a la familia Derecho al libre desarrollo de la personalidad Derechos a la libertad de conciencia Derecho a la intimidad personal y familiar Igualdad formal Igualdad material</p>

Elaboración propia

Al respecto, reconoció que “el sacrificio de cualquiera de los dos extremos implica una afectación grave a núcleos centrales del tejido axiológico en que la Constitución consiste”.<sup>316</sup> De tal manera, en el análisis ponderativo se sostuvo que la gravedad de la afectación al extremo de la democracia tendría una intensidad baja dado que el significado de la intención del constituyente no es claro, y que “la supuesta exclusión de las personas homosexuales de las institución matrimonial no apuntaría a realizar ningún principio, fin o valor constitucional”.<sup>317</sup> Al contrario, determinó que:

<sup>313</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 17)

<sup>314</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 19)

<sup>315</sup> Como se expuso en el Capítulo I, es en los casos difíciles, a decir de Dworkin, que los principios funcionan con mayor fuerza y peso. Ver Capítulo I para criterios de identificación de casos difíciles.

<sup>316</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 22)

<sup>317</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 23)

“la gravedad de la violación de los derechos fundamentales concernidos en este caso tiene una intensidad alta si se considera, sobre todo, que la violencia física y psicológica, así como la exclusión socioeconómica, que padecen las personas homosexuales más vulnerables afecta su dignidad de una forma intolerable, y que la institucionalización del matrimonio entre esas personas eliminaría al menos una de las causas de su marginación”.<sup>318</sup>

Tras estas consideraciones, sumadas a un razonamiento sobre los derechos fundamentales más favorables y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte concluyó que la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de las parejas homosexuales a que el legislador instituya el matrimonio igualitario; tratándose, en definitiva, de una obligación “debido a que la institución del matrimonio ya existe para las parejas de diferente sexo, el legislador tiene la obligación de incluir a las parejas del mismo sexo en esa institución. El legislador ha quebrantado dicho deber por cuanto la ley no confiere a estas parejas el señalado poder jurídico”.<sup>319</sup>

Consecuencia de ello, resolvió que las disposiciones consultadas son inconstitucionales, reconociendo el derecho al matrimonio igualitario.

No obstante, el razonamiento en el voto salvado del juez Hernán Salgado discrepa de la aplicación de la ponderación en el presente caso al considerar que el texto del inciso segundo del artículo 67 de la Constitución, que reconoce al matrimonio como la unión entre hombre y mujer, es claro. Además, sostiene que “la ponderación supone un conflicto entre dos principios constitucionales y en este caso no se desprende una contradicción entre preceptos de esa naturaleza jurídica. El artículo 67 inciso segundo es una regla clara que posee un alto grado de concreción, por lo que no es susceptible de un ejercicio de ponderación”;<sup>320</sup> finalmente manifestó que,

“Para justificar la utilización de este mecanismo, el proponente afirma que el principio detrás de esta norma es "el principio de deferencia (sic) al constituyente": razón inaceptable, pues no media ningún argumento jurídico válido para afirmar aquello. Por el contrario, bajo este supuesto, toda norma constitucional tendría como principio subyacente tal "principio" y, pese a ser clara y específica, la norma sería susceptible de ponderación, contrariando los métodos idóneos para la interpretación constitucional, que establece el artículo 427 de la Constitución de la República”.<sup>321</sup>

---

<sup>318</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 23)

<sup>319</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 27)

<sup>320</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 3)

<sup>321</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 3)

De estas reflexiones se evidencia que el debate sobre la aplicación de la ponderación, en el caso concreto, es controvertido incluso dentro de la misma Corte Constitucional. Si bien, en principio, la conceptualización de este método, entendida como su acepción general, su estructura y teoría, parece estar claro para los jueces constitucionales, no hay consenso en su forma de aplicación. Por ejemplo, en el voto salvado se rechaza rotundamente la posibilidad de aplicar la ponderación en las reglas, dado que estas “constituyen normas jurídicas específicas y altamente determinadas, cuya estructura normativa impide aplicar mecanismos como la ponderación, ya que su sentido y alcance es claro y no admite, como sí ocurre con los principios, relativizar su contenido dependiendo de las circunstancias en las que es aplicado”.<sup>322</sup>

Sin embargo, en el voto concurrente del juez Ramiro Ávila, se establece entre los parámetros sobre principios y reglas que, dado que las segundas son la concreción de los primeros, “cuando hay una contradicción entre un principio y una regla, hay que buscar el principio que fundamenta la regla y buscar el peso específico de los derechos y procurar que, en la interpretación, ambas normas sigan teniendo validez”,<sup>323</sup> de manera que la ponderación supondría un método viable para solucionar este tipo de conflictos, sin que ninguna de las normas pierda validez. Este razonamiento demuestra el desacuerdo interpretativo y teórico del tema.

Por otra parte, los dos casos analizados acerca del matrimonio igualitario son una demostración clara del doble carácter del juicio de ponderación. Como se analizó en el caso 11-18-CN, la ponderación fue aplicada como subprincipio del test de proporcionalidad, como parte de un control abstracto de la ley. Sin embargo, situación distinta sucede en el caso 10-18-CN en el cual la ponderación es aplicada como un juicio autónomo para solventar directamente una colisión entre principios. Queda comprobada de esta forma la doble dimensión del juicio constitucional de ponderación y la coincidencia parcial entre proporcionalidad y ponderación.

---

<sup>322</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, pág. 3)

<sup>323</sup> (Corte Constitucional del Ecuador, 2019)

#### 4. CONCLUSIONES

El nacimiento del Estado Constitucional de Derecho trajo consigo la consagración de la Constitución como el derecho más alto del ordenamiento jurídico, superando la noción del positivismo legislativo, imperante en el Estado de Derecho Legal. Las constituciones, en el nuevo modelo de Estado, se encuentran cargadas de valores y principios que orientan al ordenamiento jurídico y que se convierten en el fin mismo del Estado; de manera que la constitucionalización del derecho conduce a su principalización.

Desde esta perspectiva, los principios -paradigmáticamente derechos fundamentales- son mandatos de optimización, que deben ser realizados en la mayor medida posible. Su carácter fundamental hace que valgan *per sé*, en cuanto no requieren de un fundamento axiológico más allá de ellos mismos, al tiempo que inspiran a las demás normas del ordenamiento. Como consecuencia de esta característica, los principios son normas de carácter indeterminado, abstracto y general.

Las normas tipo principios se diferencian de las normas tipo reglas por una serie de elementos: primero, los principios son incompatibles con el carácter disyuntivo de las reglas, de manera que la aplicación de un principio no impide la concurrencia de otro dentro de un mismo caso; segundo, los principios tienen una dimensión de peso o importancia, ajena a las reglas; además de ello, autores, como Prieto Sanchís, destacan la vinculación de las normas principios con el campo de la moral, por lo que explican y justifican al Derecho. Otra diferencia es la forma de aplicar estas normas: mientras las reglas se aplican a través de la subsunción; los principios lo hacen a través de la ponderación.

Ahora bien, a pesar de sus naturalezas diversas, tanto reglas como principios requieren de una actividad interpretativa para ser aplicados. Es a través de la interpretación que se puede garantizar una aplicación correcta de las normas en función de su significado. Para cumplir su función, la actividad interpretativa requiere de la aplicación de métodos que permiten esclarecer el sentido, significado y alcance de las normas. Estos métodos son, a decir de Zagrebelsky, expedientes argumentativos que permiten justificar la aplicación de una determinada regla a un caso particular. Dadas las diferencias entre reglas y

principios, no es de extrañar que los métodos de interpretación para unos u otros también sean distintos.

La actividad interpretativa de las reglas responde, como consecuencia del Estado Legal de Derecho y todas sus implicaciones, a una interpretación tradicional basada en el silogismo deductivo. Así, el intérprete se limita a subsumir el hecho en los supuestos previstos en la regla, obteniendo como resultado una consecuencia anticipada para este supuesto, a través de una relación lógica de condición-consecuencia. Se trata en efecto de un razonamiento estrictamente lógico, de carácter deductivo que no admite reflexión más allá de los parámetros contenidos en las reglas.

En el Estado Constitucional de Derecho, con el reconocimiento de los principios como normas fundamentales, la interpretación adquirió un nuevo sentido. Evidentemente, el silogismo deductivo resultó insuficiente y fue necesario adoptar métodos interpretativos acordes a la realidad jurídica y al carácter abstracto de los principios. En efecto, la interpretación de estas normas resulta una actividad compleja debido a que deben ser entendidas e interpretadas a partir de su naturaleza, de su razón de ser y de las particularidades del caso. En otras palabras, el sentido de los principios se extiende más allá de su literalidad y de aquello previsto en la Constitución y en las normas para adquirir su forma final en un caso determinado. Por ello, es necesario la existencia de métodos que tiendan al mayor desarrollo de los principios cumpliendo con el precepto alexiano de *mandatos de optimización*. Entre las técnicas de interpretación de los principios están la razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

Respecto de la primera de ellas, esta representa más que una técnica de interpretación, un metaprincipio inherente a toda forma aplicación de los principios, que busca un desarrollo apropiado y adecuado a través de ciertas pautas de aplicación como por ejemplo las expectativas legítimas y procedimientos justos, transparentes y en términos de racionalidad material tendientes a la plena vigencia de los principios. En el caso ecuatoriano, este criterio está plenamente reconocido a través del principio de aplicación más favorable de las normas.

Ahora bien, pretender el mayor desarrollo de los principios, puede parecer a *prima facie* una tarea romántica y preliminarmente sencilla. Sin embargo, este precepto adquiere una

dimensión diferente cuando, por la concurrencia de múltiples principios en un caso, uno de ellos sólo puede ser satisfecho a costa de otros. En este supuesto, la mejor solución será aquella que tienda a la mayor vigencia de -la mayoría o todos- los principios en juego. Para resolver estas colisiones se requieren métodos propicios, que interactúen con la razonabilidad. Así, la proporcionalidad y la ponderación, siendo métodos interpretativos distintos, tienen en común la tutela de los derechos en conflicto con el propósito de hacerlos compatibles en la mayor medida posible.

La proporcionalidad -en sentido amplio- busca legitimar la intervención del Estado en ciertos principios -derechos-, cuando un bien colectivo se enfrenta con un derecho de orden individual. En efecto, se trata de un método relacional que busca determinar si un cierto medio -restricción de un principio- es proporcional en relación al fin propuesto -satisfacción de un bien colectivo-, de manera que se trata de un método de control. Este principio está estructurado mediante tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, también llamada ponderación.

Si bien la ponderación es un subprincipio de la proporcionalidad, también funciona como un juicio autónomo e independiente. En el primer caso, se utiliza en el control abstracto de la ley, cuando el legislador regula derechos fundamentales con el fin de determinar si esta regulación afecta a su contenido esencial; en el segundo caso, se aplica directamente como un método de decisión para la solución de conflictos entre principios, convirtiéndose en una tarea esencialmente judicial. En este sentido, dado el doble carácter de la ponderación, se puede concluir que entre proporcionalidad y ponderación existe una coincidencia parcial de métodos.

La ponderación es un método argumental -de decisión- capaz de orientar la toma de decisiones en casos concretos. En términos generales, está llamada a resolver colisiones entre principios estableciendo una relación de preferencia entre ellos dentro de un caso concreto que no puede ser resuelto sino a través de la restricción de un principio, con el fin de satisfacer a su contrario. Desde esta perspectiva, cuando dos principios colisionan en un caso concreto, uno de ellos cede en beneficio del otro estableciendo, a través de la ponderación, una relación de preferencia condicionada. En ningún supuesto, este resultado implica la invalidez del principio restringido y no obsta que en otros casos pueda encontrarse una solución inversa.

Una de los grandes desafíos de la ponderación, es superar su indeterminación conceptual y su estructura difusa. En efecto, de todo lo expuesto se desprenden diversas definiciones que coinciden en un mismo elemento: solución de colisiones entre principios mediante la regla *cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia en la satisfacción del otro*. Sin embargo, estas definiciones de la ponderación se limitan a describir su función sin resolver acerca de su forma de aplicación.

Robert Alexy en un intento de resolver esta interrogante, propuso una estructura -quizás la más conocida- tendiente a un ejercicio racional de valoraciones para los principios en colisión, partiendo de la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación. La teoría alexiana parte de la asignación de valores a través de una escala triádica, mediante la cual sería factible medir el peso de los principios en colisión, para establecer la relación de preferencia entre ellos.

Si bien, doctrinariamente estos tres elementos de la teoría alexiana parecerían adecuados y suficientes para dotar de racionalidad a la ponderación, en la práctica la situación es diversa. Un claro ejemplo de ello se encuentra en la definición incluida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que se limita a describir al juicio de ponderación, incluyendo solamente la ley de la ponderación y sin hacer referencia alguna a los dos componentes restantes.

Se evidencia que la estructura de la ponderación, a pesar de los múltiples estudios, aún no está completa, lo cual puede generar incertidumbre al momento de su aplicación, considerando que los criterios pueden variar según el jurista que la aplique. En consecuencia, los resultados corren el riesgo de ser distintos a pesar de que se trate de un mismo caso. De esta forma, la estructura propuesta por Alexy resulta una idea bastante romántica, que no es seguida fielmente por los juristas, dado su complejo sistema de valoraciones. A demás de ello, la asignación de escalas también estaría sujeta a tintes subjetivos y morales, recayendo nuevamente en las críticas de irracionalidad de la ponderación.

Sin embargo, a pesar de su latente subjetividad, no debe olvidarse que la ponderación obedece a un sistema jurídico colmado de valores y principios, los cuales, como se ha demostrado, son abstractos, abiertos, generales; entonces ¿cómo podría pretenderse un método estrictamente racional que resuelva estos conflictos cuando los propios elementos en colisión son abstractos? Podría considerarse que la existencia de un método -como el silogismo deductivo- que resuelva por sí solo estos conflictos, sin necesidad de apoyarse en criterios personales y morales resulta más bien una idea utópica. Desde esta perspectiva, mal podría existir un método con estas características dado que los principios no pueden ser aplicados a manera de todo o nada y necesitan una escala que posibilite su aplicación. Adicionalmente, la casuística particular definirá la dirección del ejercicio ponderativo, en cuanto los principios solo pueden concretarse dentro de una situación determinada.

Esta incertidumbre respecto a la aplicación de la ponderación bien podría ser contrarrestada, como sostiene Vigo,<sup>324</sup> si se incorporan ciertos elementos a su análisis: el contenido esencial de los derechos y el valor del precedente. En cualquier supuesto, cualquier razonamiento -por subjetivo que sea- debe operar dentro de los límites de los principios respetando su contenido esencial. Por ello, al aplicar la ponderación, el jurista más que asignar valores a los principios, debería esclarecer los límites del contenido esencial del derecho y con ello, *balancear* los principios en juego, garantizando certeza, coherencia y generalidad del derecho.

La racionalidad requerida en la argumentación dentro del análisis ponderativo puede justificarse también a través del valor de precedente. Si bien no es objeto de discusión que cada caso es único, esto no obsta que los precedentes que cuenten con elementos semejantes puedan orientar la decisión y el análisis al momento de solucionar colisiones entre principios, de manera que la racionalidad de la ponderación no debe considerarse de manera aislada, sino dentro de todo el conjunto del sistema jurídico garantizando la articulación en las decisiones judiciales.

Por otra parte, no es de extrañarse que actualmente aún existan grandes rezagos del Estado de Derecho Legal, que rechazan cualquier tipo de intervención de la moral en el derecho.

---

<sup>324</sup> (Vigo , Interpretación Constitucional y Argumentación Jurídica, 2019)

En efecto, gran parte de las objeciones a la ponderación, se fundamentan en la subjetividad de la argumentación, que involucra tintes morales. Sin embargo, el hecho de que el jurista, al momento de ponderar, comprometa valoraciones de orden moral, no implica que sus reflexiones sean incorrectas o faltas de racionalidad, pues mal podría alegarse que no existe razón en la moral.

Ahora bien, podrían buscarse cuantos elementos se demanden para justificar la racionalidad de la ponderación; sin embargo, ninguno de ellos será suficiente si quien los aplica no está capacitado para ello. En efecto, los criterios con los que se designan a los juristas deben ser establecidos en concordancia con los lineamientos del Estado Constitucional de Derecho que tiene por razón y fin a los derechos mismos. De todo ello se desprende la necesidad de preparar a los juristas de acuerdo al modelo de Estado en el que se desenvuelven. Dicho esto, podría ser que el debate no se encuentra en el método propiamente, sino en quien lo aplica.

Los riesgos de la aplicación de la ponderación por parte de quien no está capacitado para ello, se potencian descalificándola como un método adecuado para la solución de colisiones entre principios. En este sentido, si bien la ponderación puede ofrecer grandes ventajas, los daños que puede causar, si no es utilizada de manera idónea, son mayores que los beneficios. A manera de ejemplo, puede suceder que se creen lagunas axiológicas o colisiones entre principios donde realmente no existen con el fin de justificar determinadas decisiones a través de una sobreinterpretación de la Constitución como ha sostenido Jorge Baquerizo Minuche;<sup>325</sup> de esta manera, la ponderación representaría un riesgo para el ordenamiento jurídico, al igual que cualquier otro método aplicado de manera incorrecta.

Todas estas reflexiones pertenecen al campo de la doctrina y la teoría. Sin embargo, en la experiencia práctica, la aplicación de la ponderación es distinta. Los tribunales ecuatorianos han adoptado el juicio de ponderación como un método argumentativo para orientar sus decisiones para lo cual ha sido adaptada a la realidad jurídica del país.

---

<sup>325</sup> (Baquerizo Minuche, 2010, pág. 229)

En el fallo de la Corte Nacional, el Tribunal no se refirió expresamente a la ponderación, pero estableció una relación de preferencia condicionada entre derechos en colisión con el fin de modular la pena. Sucedió distinto en el segundo caso analizado, en el cual la Corte Constitucional de Transición se esmeró por demostrar una aplicación más estricta de la ponderación cumpliendo con la estructura y elementos de la teoría alexiana. Por otra parte, en el caso 11-18-CN, la Corte Constitucional actual aplicó el juicio de ponderación, a través de la aplicación del test de proporcionalidad, sin embargo, parecería ser que confundió estos métodos y se esforzó por llevar a cabo el ejercicio ponderativo. Finalmente, en el caso 10-18-CN, la Corte aplicó la ponderación como juicio autónomo, no obstante, existe un debate entre los jueces constitucionales sobre la aplicación de este método en el caso concreto.

De todo ello, se evidencia que la ponderación es aplicada en múltiples ámbitos del derecho: en el primer caso, fue utilizada para modular una pena que había sido impuesta para satisfacer un derecho restringiendo a sus contrarios en su totalidad. En el segundo caso, la ponderación fue aplicada para determinar la constitucionalidad de un dictamen del Procurador; y en los dos últimos casos fue aplicada con el fin de reconocer el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio.

Desde esta perspectiva, la ponderación es aplicable a cuantos ámbitos del derecho existan, siempre que se configure una colisión entre principios constitucionales. En el caso ecuatoriano, como se ha observado, los tribunales ponderan frecuentemente para propender a un mayor desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución, sin necesidad de referirse a la ponderación de manera expresa y de cumplir con toda la estructura y fórmulas propuestas por Alexy.

En conclusión, a pesar de los numerosos estudios y debates que se han realizado sobre la ponderación, aún quedan muchas interrogantes por resolver. Si bien su comprensión general es uniforme, aún su estructura se mantiene difusa, situación que alimenta las críticas en su contra. Sin embargo, a través de una mirada entusiasta, el juicio constitucional de ponderación representa un método propicio para resolver conflictos entre principios, considerando la naturaleza de estas normas y el deber de desarrollarlas en la mayor medida posible. Como Atienza sostuvo en su obra *A vueltas con la ponderación*, la interrogante no versa en la posibilidad de evitar a la ponderación como

método de resolución de conflictos entre principios, sino en la conveniencia -o no- de hacerlo y ceder ante un formalismo extremo.

Más allá todas las críticas, ventajas y debilidades del juicio constitucional de ponderación debe considerarse que “ningún método, por más excelente que parezca, producirá buenos resultados cuando se utiliza mal: si se hace trampa y se juega sin respetar las reglas, no hay juego que valga”.<sup>326</sup>

En este sentido, las palabras pronunciadas por Rodolfo L. Vigo, en la conferencia Interpretación Constitucional y Argumentación Jurídica, no podrían obedecer mejor a la realidad, y es que como sostuvo, existe una esquizofrenia que mezcla elementos del Estado de Derecho Legal y del Estado de Derecho Constitucional; en consecuencia, se preparan juristas para el primer modelo de Estado, pero se los obliga a trabajar en el segundo.

Desde esta perspectiva, el problema real no es determinar la evitabilidad o no de la ponderación como un método de resolución de conflictos. La verdadera cuestión está en preparar a los juristas para operar en un modelo de Estado orientado por derechos, que exige mucho más que la aplicación de estructuras formalistas para alcanzar sus fines. Por ello, las facultades de Derecho se encuentran ante el deber de formar a sus estudiantes de acuerdo a la realidad en la que operarán; esto como un sentido de responsabilidad hacia el mismo Estado, con el fin de propender al correcto y real funcionamiento del Estado de Derecho Constitucional.

Es necesario fomentar estos estudios en la academia, crear conciencia en catedráticos y estudiantes de la importancia de una adecuada aplicación de los métodos de interpretación y argumentación, advirtiendo principalmente sobre los riesgos que implica un desconocimiento en la materia, los cuales alejan a cualquier ordenamiento, por más perfecto que sea, de los fines de justicia a los que está llamado.

---

<sup>326</sup> (Montoya Caballero, 2008, pág. 234)

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Peña, P. (enero-junio de 2011). Exenciones tributarias: un derecho constitucional de las personas con discapacidad. *Umbral Revista de Derecho Constitucional*(1), 171-187.
- Alexy, R. (1995). La argumentación jurídica como discurso racional. En *La crisis del derecho y sus alternativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Alexy, R. (2014). La fórmula del peso. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica: el uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 25-63). Quito: Cevallos librería jurídica.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Andrade Armas, D. G. (30 de 03 de 2012). *Ponderación de los Derechos Fundamentales de la Constitución de la República del Ecuador, en un sistema democrático*. Recuperado el diciembre de 2019, de Repositorio Digital Universidad Técnica del Norte: <http://repositorio.utn.edu.ec/handle/123456789/1291>
- Arroyo Jiménez, L. (2014). Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 343-386). Quito : Cevallos librería jurídica.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de «razonable». *Doxa. ISSN 0214-8876*(04), 189-200.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. .
- Atienza, M. (2016). A vueltas con la ponderación. En M. Atienza, & J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación* (págs. 9-37). Lima: Palestra.
- Atienza, M., & Lozada, A. (10 de 10 de 2009). Caso Game Muñoz y Luna Narváez. Sentencia n.º 005-2008-AN de la Corte Constitucional ecuatoriana. *Taller: Análisis de argumentaciones judiciales*.
- Ávila Santamaria, R. (2008). El Principio de Legalidad vs. el Principio de Proporcionalidad . En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 307-349). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaria, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano, XV*, 775-793.
- Bachof, O. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra Editores.
- Baquerizo Minuche, J. (Octubre de 2010). Una mirada crítica sobre la ponderación de principios en la experiencia ecuatoriana. *Revista jurídica*(4), 219-240.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Bernal Pulido, C. (2014). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 59-88). Quito: Cevallos librería jurídica.
- Blanco, O. R. (enero-junio de 2014). Teoría del Bienestar y el Óptimo de Pareto como Problemas Microeconómicos. *Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas*. ISSN: 2308 – 782X, 2(3), 217-234.
- Carbonell, M. (2014). *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad*. Quito: Cevallos librería jurídica.
- Cárdenas García, J. (enero-abril de 2014). Noción, justificación y críticas al Principio de Proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47(139), 65-100.
- Código Orgánico Integral Penal*. (2014).
- Constitución de la República del Ecuador*. (2019).
- Corte Constitucional del Ecuador. (12 de junio de 2019). *Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario)*. Quito.
- Corte Constitucional del Ecuador. (12 de junio de 2019). *Sentencia No. 10-18-CN/19*. Quito.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2 de abril de 2009). *Sentencia No. 002-09-SAN-CC*. Quito.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica*.
- Corte Nacional de Justicia. (2015). *Caso 562-2015*.
- Defensoría del Pueblo Ecuador. (12 de junio de 2019). *Noticias: Defensor del Pueblo celebra la aprobación del matrimonio igualitario en Ecuador*. Recuperado el marzo de 2020, de Defensoría del Pueblo Ecuador Tierra de derechos: <https://www.dpe.gob.ec/defensor-del-pueblo-celebra-la-aprobacion-del-matrimonio-igualitario-en-ecuador/>
- De Saint-Exupéry, A. (2013). *El Principito*. Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta.
- Díaz Rodríguez, B. F. (diciembre de 2018). Análisis de la ponderación desde la perspectiva de un caso. *Revista San Gregorio*. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907(26), 68-75.
- Diccionario de la Lengua Española . (2020).
- Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. (18 de julio de 2019). *Registro Civil oficializó primer matrimonio igualitario*. Recuperado el enero de 2020, de Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación: <https://www.registrocivil.gob.ec/registro-civil-oficializo-primer-matrimonio-igualitario/>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Enciclopedia Larousse del Estudiante* (Vol. 10). (2000). Santiago: Sociedad Comercial y Editorial Santiago Ltda.
- Espejo , I., & Atienza, M. (2014). Nota de los traductores. En R. Alexy, *Teoría de la Argumentación jurídica* (págs. 15-16). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Estrada Vélez, S. (2011). Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo. *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, 10(19), 21-40.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia* (Vol. 1. Teoría del derecho). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Fuertes-Planas Aleix, C. (2007). Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart. En *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. (Vol. 8, págs. 131-186). Madrid: Universidad Complutense de Madrid: Facultad de Derecho.
- Galan Juárez, M. (julio-diciembre de 2006). La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad. *ISEGORÍA ISSN: 1130-2097*(35), 33-55.
- García Amado, J. A. (2016). ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación. *Revista Iberoamericana de Argumentación*(13), 1-22.
- García Amado, J. A. (2016). Sobre ponderaciones. Debatido con Manuel Atienza. En M. Atienza, & J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación* (págs. 39-85). Lima: Palestra.
- Grández Castro, P. P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Häberle, P. (2010). Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de derecho constitucional europeo, ISSN 1697-7890*, 379-414.
- Hart, H., & Dworkin, R. (1999). *La decisión judicial*. Bogotá: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes.
- Iturralde Sesma, V. (1991). Sobre el silogismo judicial. *Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872*.(8), 239-272.
- Jestaed, M. (2008). Las teorías de la ponderación: sus fortalezas y debilidades. En E. Montealegre, *La Ponderación en el Derecho* (págs. 75-113). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (2010). *Teoría pura del derecho*. Eudeba. Obtenido de <http://ebookcentral.proquest.com>
- López Hidalgo, S. (2015). Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho? *FORO Revista de Derecho*(23), 53-66.
- López Hidalgo, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- López Hidalgo, S. (Enero-Junio de 2017). El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación. *Estudios de Deusto*, 65/1, 185-217.
- López Hidalgo, S. (julio-diciembre de 2019). Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*(41), 221-247.
- Montoya Caballero, A. M. (2008). Ventajas del método de la Ponderación. En E. Montealegre, *La Ponderación en el Derecho* (págs. 229-253). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Moreso, J. J. (2014). Alexy y la aritmética de la ponderación. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 89-106). Quito: Cevallos librería jurídica.
- Parejo Alfonso, L. J. (1981). El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista española de derecho constitucional*(3), 169-190.
- Pinto Fontanillo, J. A. (2005). *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Portocarrero, J. (abril de 2017). Ponderación. *Revista en Cultura de la Legalidad*(12), 210-223.
- Posada Ramírez, J. G. (2011). El razonamiento silogístico como patrón básico del pensamiento moral y científico. *Sophia. ISSN: 194-8932*(7), 48-57.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Prieto Sanchís, L. (2014). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 107-151). Quito : Cevallos librería jurídica.
- Prieto Sanchís, L. (2014). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la lengua española*.
- Trujillo Vásquez, J. C. (2008). Presentación. En R. Avila Santamaria, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (págs. 7-14). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Vigo , R. L. (18 de noviembre de 2019). Interpretación Constitucional y Argumentación Jurídica. (C. d. Azuay, Entrevistador)
- Vigo, R. L. (2010). Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. *Revista Auctoritas Prudentium*, 5-16.
- Vigo, R. L. (2015). *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional* . Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Villaverde Menendez, I. (2014). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 153-168). Quito: Cevallos librería jurídica.
- Zagrebeslky, G. (2009). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.