



La ponderación en la tutela de los derechos fundamentales en el Ecuador

The weighting in the protection of fundamental rights in Ecuador

O peso na proteção dos direitos fundamentais no Equador

Ximena Lucía Carrasco-Ruíz ^I
ximena.carrasco@psg.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-7268-286X>

Diego Fernando Trelles-Vicuña ^{II}
dtrelles@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-8466-7165>

Correspondencia: ximena.carrasco@psg.ucacue.edu.ec

Ciencias técnicas y aplicadas
Artículo de investigación

***Recibido:** 20 de mayo de 2020 ***Aceptado:** 27 de junio de 2020 * **Publicado:** 15 de agosto de 2020

1. Abogada, Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
2. Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

En el contexto del ejercicio judicial de los magistrados en el Ecuador, no todos los problemas que emergen en torno a la actividad social de las personas, tienen una solución específica que se pueda subsumir con determinada normativa, lo que constituye una necesidad urgente para nuestro sistema de justicia constitucional, y exige del mismo, examinar urgentemente nuevos paradigmas en la forma de resolver problemas constitucionales difíciles o trágicos; en este sentido la adecuación, implementación y correcta utilización de mecanismos de interpretación jurídica, como la ponderación, es una labor de trascendental atención para nuestros operadores de justicia.

Palabras claves: Derechos fundamentales; ponderación; Estado constitucional.

Abstract

In the context of the judicial exercise of magistrates in Ecuador, not all the problems that emerge around the social activity of people have a specific solution that can be subsumed with certain regulations, which constitutes an urgent need for our system. Of constitutional justice, and demands from it, urgently examine new paradigms in the way of solving difficult or tragic constitutional problems; in this sense, the adequacy, implementation and correct use of legal interpretation mechanisms, such as weighting, is a task of transcendental attention for our justice operators.

Keywords: Fundamental rights; weighing; Constitutional state.

Resumo

No contexto do exercício judicial dos magistrados no Equador, nem todos os problemas que surgem em torno da atividade social das pessoas têm uma solução específica que pode ser subsumida com determinados regulamentos, o que constitui uma necessidade urgente para nosso sistema. da justiça constitucional, e suas demandas, examinar com urgência novos paradigmas na solução de problemas constitucionais difíceis ou trágicos; Nesse sentido, a adequação, implementação e uso correto dos mecanismos de interpretação jurídica, como a ponderação, é uma tarefa de atenção transcendental para os nossos operadores de justiça.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; pesagem; Estado constitucional.

Introducción

Los Derechos Humanos se traducen en aquellas categorías o atributos supremos y universales que no necesitan ser reconocidos por el Estado o por los particulares para su efectivo goce, disfrute o vigencia, dado que son intrínsecos y comunes a todos y todas las personas por el mero hecho de concebirse como tal.

Ecuador es actualmente considerado como un estado Constitucional de Derechos y es aquí en donde la aplicación de la ponderación constitucional puede ser considerada como una herramienta sumamente peligrosa. La mala aplicación o la falta de aplicación de esta por parte de los Jueces que no tengan una vasta preparación en Derecho Constitucional, puede incidir directamente en la vulneración de los derechos y garantías constitucionales que son fundamentales para las personas y para la existencia armónica de una sociedad, pues si un Juez no se presenta como el protector y del conglomerado social tutelando el respeto de sus derechos humanos y fundamentales, jamás se podrá hablar de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social y mucho menos se podrá tener la confianza de una auténtica seguridad jurídica

Nuestra Constitución posee un catálogo de Derechos que deben ser considerados (todos) con la misma importancia, por ello, es necesario comprender que, al aplicar el método de la ponderación constitucional, jamás se puede pretender que un derecho sea jerárquicamente superior que otro, sino que al aplicar dicho método de ponderación es porque necesariamente uno debe subsistir en quebranto de otro, pero sólo para un caso particular. Así mismo, no se debe entender que exista una actividad eliminadora o que desconozca a un derecho a pretexto de ponderar y dar en un caso particular, mayor preponderancia a otro derecho, pues la actividad de ponderación constitucional, al igual que los otros métodos de interpretación, tiene como fin específico la armonización de los derechos, provocando que todos puedan convivir entre sí.

Es así que, dentro de la normativa constitucional de nuestro país se determina en el artículo 427 la adecuada forma de interpretación de las normas constitucionales, sin embargo, dentro de todo un territorio donde habitan millones de personas no todos los conflictos puede ser resueltos adecuándose a este método de interpretación constitucional. Al existir un sinnúmero de casos cuyo tema sea conflicto de derechos constitucionales y especialmente en aquellos casos trágicos es justamente la ponderación el mecanismo que permite que dentro de un conflicto se ponga en

velo de duda una norma constitucional, la sacrifique y quebrante por encontrarse en contraposición con otra, pretendiendo de esa manera lograr una efectiva justicia que otorgue la seguridad jurídica necesaria a la población o persona que lo necesita, protegiendo que los derechos no sean trasgredidos por derechos ajenos que se encuentren en contraposición y que se haya determinado una solución constitucional que posibilite la subsistencia de la mayor cantidad de derechos y en la mejor forma. Es de esta forma que la ponderación actúa como un mecanismo de flexibilización al imperio constitucional, permitiendo que el Juez pueda adecuar los hechos a las normas supremas, asegurando la tutela efectiva y permitiendo que los derechos no queden en una mera retórica bien adornada.

La ponderación constitucional es una herramienta de vital importancia si se pretende que la Constitución, sus derechos y garantías se cumplan a cabalidad, de ahí que es necesario que los jueces tutelen efectivamente estos derechos, armonizando sus decisiones con la norma suprema y observando la posibilidad de que hoy en día ya no existe solamente un conflicto de leyes que debe ser resuelto por el Juez conforme a los usuales modos, sino que además existen casos difíciles y trágicos, en donde el Juez deberá actuar como un auténtico árbitro en busca de una justicia real y efectiva, en la que de cierta forma se afecte en la menor forma posible los derechos fundamentales a fin de permitir que, según el caso particular, subsistan los derechos más importantes y se dé paso a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social en derechos humanos, fundamentales y constitucionales.

Sin embargo, es importante el analizar, la problemática en la que se encuentran los administradores de justicia, pues es indeterminado el saber qué derecho sacrificar frente a otro en caso de encontrarse en un caso trágico. Examinando que nuestra actual Administración de Justicia, presenta poco interés en este importante principio de jerarquía constitucional, siendo necesario establecer mecanismos normativos que de manera imperativa obliguen a los operadores de justicia a ponderar sus fallos, de tal manera que los vigorizados derechos constitucionales en la práctica se viabilicen. Así, se torna indispensable la creación de una política judicial encaminada a determinar cómo y de qué manera deben ponderar sus fallos los jueces; razón por la cual, el presente artículo investigativo tiene como finalidad el establecer criterios fundamentados que resalten los beneficios de la referida política judicial.

Referencial Teórico

Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son los derechos humanos que están positivizados en una Constitución, gozan dentro de ella y de todo el ordenamiento del Estado de una posición central, en tanto que fundan y fundamentan el Estado constitucional y democrático de Derecho. Así, Constitución y derechos fundamentales son indisolubles, es por ello, que los derechos fundamentales constituyen el desarrollo y la concreción de unos determinados valores y principios como ideales de la cultura jurídico-política propia del mundo moderno.

Los derechos fundamentales representan una de las decisiones básicas del constituyente a través de la cual los principales valores éticos y políticos de una comunidad alcanzan expresión jurídica, toda vez que señalan el horizonte de metas socio-políticas a alcanzar, al tiempo que establece la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, o entre sí.

En definitiva, si bien la Constitución ecuatoriana no contiene la expresión de derechos fundamentales, por su contenido se debe entender que se encuentran implícitos, dado que son todos los derechos humanos desarrollados y contemplados en el texto constitucional. Esto fundamentándose en la doctrina de Robert Alexy que distribuye con cuatro argumentos la posición de los derechos fundamentales dentro del sistema jurídico, lo que clarifica el concepto de estos y para llegar a ello se hace divisiones conceptuales. El primer argumento es el de rango máximo, pues la Constitución es la norma de normas, la ley de leyes, su jerarquía es mayor y está en la cúspide de la escala por tanto a ella deben obedecer todas las demás. Dentro de la Constitución están los derechos fundamentales y al estar plasmadas ahí son constitucionales. El segundo argumento es la máxima fuerza jurídica de la norma superior, cuyo sustento es la vinculación y sometimiento de todos los poderes dentro del Estado y su obligatoriedad para las ramas del poder público y el efecto irradiante de sus contenidos objeto de amparo por los jueces. El tercer argumento es la máxima importancia de la Constitución por el objeto que trata, pues los derechos fundamentales regulan la estructura básica de la sociedad y son la razón de ser del Estado Constitucional de Derecho. El cuarto argumento es la indeterminación del texto constitucional, pues este posee una textura abierta que puede ser interpretada de maneras

múltiples y es ahí donde los tribunales constitucionales cumplen con la función otorgada por la Constitución.

Luigi Ferrajoli define a los derechos fundamentales como:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar. Entendiendo por derecho subjetivo a cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status a la condición de un sujeto, prevista asimismo en una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.

Con esto se puede entender una definición teórica y estructural. Hacen parte de la estructura de los derechos fundamentales los valores, principios, directivas, conceptos, que los ha desarrollado el constituyente, el legislador, la jurisprudencia y la doctrina. Los Derechos Constitucionales son también los derechos fundamentales acogidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que, sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además se encuentran en el mismo rango que la Constitución.

Sin embargo, es preciso diferenciar que los derechos fundamentales comparten con los derechos patrimoniales su calidad de derechos subjetivos, pero entre ellos existen varias diferencias sustanciales que hacen que los derechos patrimoniales no se consideren fundamentales. Estas diferencias consisten en que los derechos fundamentales son universales, indisponibles, inalienables y no negociables, mientras que los derechos patrimoniales son singulares, disponibles, alienables y negociables. Por lo tanto, los primeros son personalísimos muy al contrario de los segundos, por eso es que los derechos fundamentales tienen una protección constitucional y su violación es o debe ser intolerable.

Estado constitucional de derechos y derechos fundamentales

La aparición de los derechos fundamentales tiene como sustento ideológico al iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, movimiento filosófico que tuvo como fundamento esencial a la naturaleza y a la razón humana, conceptos a partir de los cuales se marca el paso de una teoría del derecho natural abstracta a una teoría de los derechos naturales en concreto, como derechos humanos.

En la historia ecuatoriana, en el ámbito jurídico, se puede evidenciar que, desde la Constitución de 1830, el Ecuador se considera como un estado de derecho, sobre la base de una concepción preponderantemente legalista, corroborándose con lo estipulado en su artículo 10, que establecía entre los deberes de los ciudadanos, el obedecer a las leyes y a las autoridades; servir y defender la patria; y ser moderados y hospitalarios. Observándose que su primordial interés es obedecer a las Leyes y no a la Constitución. Esta política constitucional continúa hasta la Constitución de 1998 que se identifica como una Constitución Política, cuyo cuerpo normativo, especialmente artículo primero en concordancia con el artículo noventa y siete define al Ecuador como un Estado social de derecho, no obstante, esta forma de estado no representó un cambio sustancial o impacto positivo en los aspectos sociales, políticos, económicos o culturales del estado. Por tanto, no existieron modificaciones en las concepciones para el estudio y práctica del Derecho Ecuatoriano.

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, nuestro país se transformó en un Estado constitucional de derechos y justicia, es por ello que el artículo 1 define al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Este cambio significa que en primer lugar la Constitución es jerárquicamente la norma suprema y que esta norma está dotada de valores, principios y reglas con fuerte influencia iusnaturalista, que la misma contiene un catálogo de derechos fundamentales, que son según Ferrajoli (como se explicó en la conceptualización de Derechos Fundamentales) concedidos universalmente a todos los seres humanos con capacidad de obrar, de lo que se desprende que es deber del Estado garantizar que no se lesionen y sancionar la vulneración de los mismos.

Las normas constitucionales promulgadas en el 2008 son capaces de ser aplicadas de forma directa por las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos que habitan en el territorio ecuatoriano. Por tanto una de las formas de aplicar dichos principios, es realizando la interpretación constitucional a través de los métodos desarrollados por la doctrina y contemplados en el artículo 427 de la Constitución, pero como se había determinado, nos enfocaremos en el método de ponderación.

Características de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales se han ido conformando y garantizando a través de los diversos factores que se han suscitado en la historia y que indudablemente han ido evolucionando de acuerdo a la realidad social, económica, etc., es por ello que sus características varían en tiempo y espacio. Sin embargo, la doctrina se reconoce a esta clase de derechos algunas características. Para entender mejor el doctor Jorge Zavala afirma que:

Aceptar que no existe diferencia alguna entre derecho humano, derecho constitucional y derecho fundamental, esto es, que todos los derechos humanos se encuentran reconocidos por la Constitución y, a su vez, que todos los derechos humanos, constitucionalmente reconocidos, son fundamentales, pues son objeto de protección especial por parte de la jurisdicción constitucionalmente instituida.

Con ello se concluye que la primera característica de los derechos fundamentales, es que están consagrados en una Carta Magna, y por ende se los entiende como constitucionales y ellos son y deben ser protegidos estatalmente.

Por su parte Robert Alexy señala que son tres las propiedades que debe tener un derecho para ser fundamental, estas son: a) a la concepción formal, b) la concepción material, y c) la concepción procedimental. Es así que la definición formal, se basa en la manera en que está dispuesta la normatividad de derecho positivo de los derechos fundamentales los cuales son todos los derechos clasificados por una Constitución en su catálogo de Derechos. Esta definición tiene la ventaja de su simplicidad, pero tiene la desventaja de que muchas veces las constituciones también establecen como fundamentales derechos que están fuera de ese Catálogo

Finalmente, indica que la concepción procedimental enlaza elementos formales y materiales, ya que, como derechos constitucionalmente positivados, enajenan a la mayoría simple en el Parlamento la competencia para tomar decisiones libres que afecten su espacio.

Con el propósito de tener mejor entendimiento de los derechos fundamentales o constitucionales que se diferencian de los patrimoniales, se puede decir que los Derechos fundamentales se caracterizan por ser: a) Universales, estos pertenecen a todos los seres humanos por el mero hecho de concebirse como tal. b) Son Inalienables, nadie puede ser despojado de ellos y no pueden ser enajenados. c) Son Irrenunciables, pues, aunque sea voluntad propia del titular del derecho, no puede renunciar a este. d) Son Intransferibles, al ser personalísimos solo el titular gozar de estos. e) Son Imprescriptibles, no caducan o vencen por ninguna razón y pertenecen a su

titular para toda su vida. f) Son Indivisibles pues ningún derecho puede ser disfrutado a costa de otro.

Colisión entre derechos fundamentales

Al enfocarnos en el estudio y tutela de los derechos fundamentales, uno de los problemas que se presentan y considero que son de los más significativos, es la existencia de dos normas constitucionales que estipulan derechos para ser ejercidos en una misma situación y que se encuentran en sentido contradictorio, produciéndose una inconsistente regulación. De este modo, el conflicto sólo surge en situaciones que sean simultáneamente subsumibles en dos normas que establecen consecuencias normativas incompatibles, teniendo cada una de ellas un campo de aplicación en el que el conflicto no se produce, es ahí en donde se produce la denominada colisión de derechos fundamentales.

Luis Prieto Sanchís, afirma la teoría de existencia de contradicciones normativas indicando que:

(...) El Derecho es un sistema dinámico resulta perfectamente posible que existan contradicciones normativas; pero como, al mismo tiempo, el Derecho es también un sistema estático, de modo que el contenido de sus normas no puede entrar en contradicción con otras superiores, y singularmente con la Constitución, resulta que la coherencia se convierte en un postulado esencial del sistema

Por ello, resulta ilógico creer que todos los problemas de colisión de normas, se pueden resolver, o ya están resueltas en los casos judiciales del país. Es importante determinar que, dentro de los conflictos normativos, se pueden clasificar en dos grupos, conflictos más frecuentes conocidos como concretos y otros que son considerados escasos denominados conflictos en abstracto. Para diferenciar uno de otros citaremos a Ricardo Guastini que los conceptualiza de la siguiente manera:

- a) Un conflicto en abstracto se produce cada vez que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases supuestos de hechos- o si se quiere, ofrecen dos soluciones incompatibles para dos casos de controversias- que se sobreponen (en todo o en parte) desde el punto de vista conceptual.
- b) Un conflicto en concreto se produce cada vez que -al momento de la aplicación del derecho en un caso concreto- se observa que dos normas conceden dos consecuencias

jurídicas incompatibles al mismo caso concreto. Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto recae simultáneamente en dos clases de supuestos, pero independientes desde el punto de vista conceptual, por lo que el Derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles.

Comprendiendo ambos conceptos, procedo a ejemplificarlos: nos encontramos frente a un conflicto en concreto, en aquellos casos en donde los hechos presentan confrontación por los casos que ocurren en el mundo. Por ejemplo; hay un conflicto en concreto cuando en coexistencia de leyes o normas se garantiza la estabilidad laboral al trabajador, pero otra norma permite la terminación de las relaciones laborales, entonces, se advierte una contradicción o posible vulneración de una norma cuando este caso particular sea reclamado por las partes y es ahí en donde en base a los métodos de interpretación, jerarquización y proporcionalidad se aplica una de ellas mediante una justificación razonable. A diferencia de un conflicto en abstracto que básicamente existe cuando se prohíben el castigo con penas maltratadoras y crueles y se reconoce la justicia indígena que tiene como costumbre castigos físicos.

Legalmente, cuando se presentan conflictos normativos estos son resueltos con los diversos métodos de interpretación y reglas, por ejemplo; la interpretación de normas en unidad con la constitución conjuntamente con la observación y respeto a la ley jerárquicamente superior, o la aplicación cronológica de que la promulgación de una nueva ley deroga a la anterior. Sin embargo, en un estado Constitucional de Derechos, con la transformación diaria y los cambios constantes de la realidad social, económica, política, etc., se presentan conflictos entre normas constitucionales, que no pueden ser resueltos por estos métodos usuales, partiendo del hecho que la Carta Magna no posee un sistema con prioridades o preferencias entre derechos, por tanto no se puede aplicar la jerarquización pues todos los derechos constitucionales se caracterizan por tener el mismo valor, así mismo, no se puede recurrir a la identificación de la especialidad ni lo cronológico pues ambos principios permanecen al mismo cuerpo constitucional y tienen la misma permanencia.

En el contexto del que hacer judicial de los Jueces, no todos los problemas que emergen en torno a la actividad social de las personas, tienen una solución específica que se pueda subsumir con determinada normativa, he ahí donde cobra vida los métodos de interpretación y argumentación jurídica, en el sentido más estricto del análisis efectivo que pueda generarse sobre los hechos que

forjan duda, en todo proceso donde cuya finalidad sea, la búsqueda de soluciones concretas y acertadas a situaciones de vulneración de derechos.

En la doctrina constitucional se identifican casos fáciles, difíciles y trágicos, en donde se confrontan derechos fundamentales. Para identificar los casos fáciles frente a los difíciles y trágicos, es preciso partir de que los casos fáciles son aquellos en que la aplicación del Derecho (norma) es pura y simple, utilizando el clásico silogismo jurídico, mientras que los casos difíciles y trágicos se ven envueltos en problemas de dudas de normas constitucionales y de determinar la respuesta correcta. Es así que los casos difíciles, existen cuando la causa del litigio exige una labor de interpretación que va más allá de la simple subsunción, requiriendo razonamientos que se basen en los principios para lograr una solución.

Como último caso, me referiré a los casos trágicos, en los cuales no cabe encontrar ninguna solución jurídica, por lo tanto, se consideran como conflictos insolubles, en donde, es relevante mencionar, que se encuentran en colisión los derechos fundamentales (misma categoría) y la solución a este problema, implica necesariamente el quebranto de uno de ellos.

Ante esto, podemos señalar muy resumidamente que hay autores de la doctrina académica que se encuentran divididos entre aquéllos que aceptan casos difíciles o trágicos en donde se confrontan derechos fundamentales y aquellos doctrinarios que afirman que no existen estas colisiones o contradicciones normativas entre estos. Y para los primeros, como en estos casos, el objetivo principal del juez debe ser determinar que norma es aplicable frente a la otra a través de la ponderación. Manuel Atienza, en su obra, nos detalla que:

(...) cabe hablar de dos tipos de casos trágicos... a) una situación en que el ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema pero que choca su moral. b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta...

Por lo tanto, el juez tiene la obligación de decidir que hacer frente a este dilema, utilizando la razón, sentimientos, experiencia y capacidad argumentativa para hacer una justicia real y efectiva, resolviendo el caso trágico escogiendo no absolutamente bueno sino lo mejor posible suponiéndose que para lograrlo, se debe garantizar un derecho fundamental en detrimento de otro, lo que se lograría a través de la Ponderación Constitucional, estudiando a uno de los más destacados creadores y defensores de la teoría de la ponderación, que es el Catedrático y jurista alemán Robert Alexy.

Se puede concluir que cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa que el estado declara inválido al principio desplazado, ni que se deba derogar o contener cláusulas de excepción, pero si se debe analizar que cada en cada caso de manera concreta los principios tienen diferente peso y que (debería) prima el principio con mayor peso. Indudablemente, los casos particularmente trágicos han deben ser resueltos a través de una ponderación, buscando así la armonización entre los Derechos y la garantía del Derecho más afectado.

Ponderación

El origen del principio de ponderación se remonta a la antigüedad y al pensamiento clásico. Entre los presupuestos jurídicos y políticos que determinaron su nacimiento y formación con el perfil actual destaca, sin duda, la concepción alumbrada por el Estado liberal que emerge en los albores de la Edad Contemporánea, tras el estallido de la Revolución francesa a fines del siglo XVIII, y a lo largo del XIX. Inicialmente la Ponderación adquirió relevancia dentro del Derecho Procesal.

Ponderación proviene del latín *pondos* que significa peso, dicho significado es de suma importancia, porque cuando un juez pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto, y poder así resolver la controversia suscitada.

Ricardo Guastini nos explica que la Ponderación:

No es una conciliación. No consiste en poner de acuerdo los dos principios en conflicto, o encontrar un punto de equilibrio entre ellos. No consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios. Uno de los dos principios es aplicado, el otro es ciertamente acantonado.

Es decir, la ponderación se traduce a la forma en que se aplican los principios jurídicos, o sea en las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización, ya que dichas normas no determinan lo que debe hacerse, por tanto, se busca que una norma sea garantizada frente a otra en la mayor medida de lo posible, actuando en contexto de las posibilidades jurídicas vigentes. Sobre la ponderación la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y Control Constitucional expone:

Art. 3 ... Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 3. Ponderación. - Se deberá

establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

No obstante, este enunciado, no abarca ni mínimamente una guía que sirva al juzgador, resolver la cantidad de casos difíciles y trágicos que se presentan en el Estado Ecuatoriano. La ponderación es en términos generales, un procedimiento dirigido a definir, en caso de conflicto entre principios o de derechos fundamentales y dadas unas circunstancias específicas, identificando el mayor peso de un derecho frente al otro, lo que permitiría de hablar de una jerarquía dinámica mayor que posee uno respecto del otro, pues nace del estudio de un caso jurídico particular en el que necesariamente se debe aplicar un mecanismo concretando la proporcionalidad o el grado de afectación.

La razón del principio de ponderación reside en la necesidad de legitimar la acción estatal por el fin al que sirve que, es por lo demás, el que determinará el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse, para evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública.

Más allá de su moderna formulación, el principio de ponderación, aparece íntimamente relacionada con la idea de justicia material y, por consiguiente, ha estado presente, de un modo u otro, a lo largo de la historia del pensamiento no sólo jurídico, sino moral y filosófico, lo que ha encontrado eco en el lenguaje proverbial de tantos idiomas que, a pesar de su sencillez o simplicidad, lo resaltan con elocuencia, el sentido tan básico y primario. El doctrinario Manuel José Cepeda Espinosa nos da un concepto de lo que es la ponderación en un sentido más técnico: En sentido amplio la ponderación es un modo de argumentación constitucional, por medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses y/o principios constitucionalmente protegidos. La ponderación se puede llevar a cabo de distintas maneras, es decir puede considerar un método más o menos estructurado, con criterios más o menos analíticos para cada paso del método y, por supuesto, con parámetros analíticos que difieren en cuanto a su contenido y su intensidad.

De todas maneras, es menester resaltar que doctrinariamente, este método de interpretación constitucional no tiene como objetivo principal determinar la prevalencia de unos derechos

fundamentales sobre otros, tratando, en el caso de ser necesario, fijar una limitación a un derecho, pero de una manera proporcionada.

Límites de la ponderación

Algunas de las críticas a la ponderación son hiperracionales, y, por tanto, irracionales. Esto se da cuando no se reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites. Se podría decir que la ponderación tiene carácter formal y que, por lo tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez, pero esto no quiere decir que la ponderación sea irracional ni que esté basada únicamente en las apreciaciones subjetivas del juez.

Es evidente que la ponderación no garantiza una objetividad infalible y esto se debe al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede en ningún ámbito normativo alcanzarse y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías. La objetividad perfecta solo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, en el cual las disposiciones determinarían literalmente el contenido de los principios constitucionales. En ese tipo de sistema, la Constitución establecería explícitamente normas individuales que determinarían con exactitud que está ordenado, permitido o prohibido para cada hecho cuya decisión judicial resolutoria debe contener una justificación objetiva.

En la práctica, no existe estado constitucional alguno, que contenga información y acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos que se puedan imaginar y que pudieran surgir para la aplicación de los principios. A esto debe sumarse el hecho de que, si se observa desde el punto de vista de los principios del Estado de constitucional de derechos y justicia, no es conveniente ni creíble que exista un sistema jurídico, que garantice una objetividad perfecta; pues si dentro de la sociedad se contara con un catálogo estático de derechos, se dejaría de proteger las revoluciones y nuevas generaciones y consecuentemente, las existencias de los legisladores no tendrían sentido.

Como consecuencia de lo expuesto, se explica porque resulta imposible imaginar que exista un procedimiento objetivo perfecto para la aplicación de los principios jurídicos y que la indeterminación normativa es necesaria ya que abre las posibilidades a apreciaciones subjetivas del juez que surgen tanto en la ponderación como en cualquier otro método de interpretación.

El tema de ponderación constitucional, se ha concebido como el método de interpretación constitucional más importante en la jurisprudencia de Colombia pues ha sido utilizado desde el año 1992.

La ponderación ha sido aceptada descartando las formas silogísticas. Se reconoce que la ponderación es el modo de argumentación más apropiado para resolver problemas jurídicos relacionados con las limitaciones a los derechos constitucionales; se asocia con lo que se determina “Nuevo Derecho” o “Nuevo Constitucionalismo” y la ponderación es el modo de argumentación mayormente aplicado a los casos difíciles.

Explicando un caso, en donde se encuentren en conflicto derechos fundamentales, encontramos en Colombia las sentencias sobre el aborto, como la C-355-2006, en la que por un lado está el derecho fundamental a la vida del nasciturus y por el otro los derechos fundamentales de autonomía, dignidad, salud, vida, privacidad y libre desarrollo. Con la presencia de estos problemas constitucionales, la Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado la ponderación, la proporcionalidad y el test de razonabilidad en diversos fallos como: T-024/1994, T-411/1994, C-070/1996, T-003/1997, TC-370/2002, T-027/18.

Ahora bien, la pregunta es ¿Cómo ponderar? O ¿Cuáles son los pasos o el procedimiento para una ponderación acertada?, considerando que los pasos de la ponderación contienen valoraciones y tecnicismos especiales, propuestas por Robert Alexy y desarrolladas de mejor manera en las resoluciones de Tribunal Constitucional Colombiano.

Test de Ponderación

La técnica de ponderación desarrollada por Robert Alexy nos explica la necesidad de tener en consideración los tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Esta estructura será desarrollada posteriormente en el presente artículo investigativo.

a) Ley de la Ponderación

Esta se refiere a Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Según esta ley de Ponderación, Robert Alexy, identifica que puede dividirse en tres pasos:

- 1) Definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
- 2) Definir la importancia de la satisfacción del principio de juega en sentido contrario

3) Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

De acuerdo a esta indicación, se visualiza que de producirse la colisión entre derechos fundamentales existe: en primer lugar, la afectación a un derecho, por tanto lo correcto es determinar el grado de afectación o intervención en el principio afectado, en segundo lugar, la satisfacción de un derecho en donde existe la necesidad de determinar la importancia de satisfacer al principio afectante, y; y por último, se debe analizar si esta satisfacción, en realidad vale la pena, determinando si el grado de satisfacción al principio afectante justifica la afectación del principio afectado.

Los numerales 1 y 2, se refieren a buscar la importancia que posee cada uno de los derechos fundamentales en conflicto. Este valor puede alcanzarse a través de la escala tríadica, con intensidades de afectación calificadas como leve, moderada y grave. No obstante esta escala no es la única variable a considerarse dentro de la ponderación, pues se debe considerar también la variable del peso abstracto de los principios, que pese a que tengan jurídicamente la misma jerarquía, uno va a poseer mayor jerarquía abstracta sobre el otro, valores que se dan de acuerdo a la sociedad, en el que se podría decir que el derecho a la dignidad humana, tiene un peso abstracto mayor, sobre el derecho a la libre expresión y esta afirmación debe ser determinado a través de la argumentación.

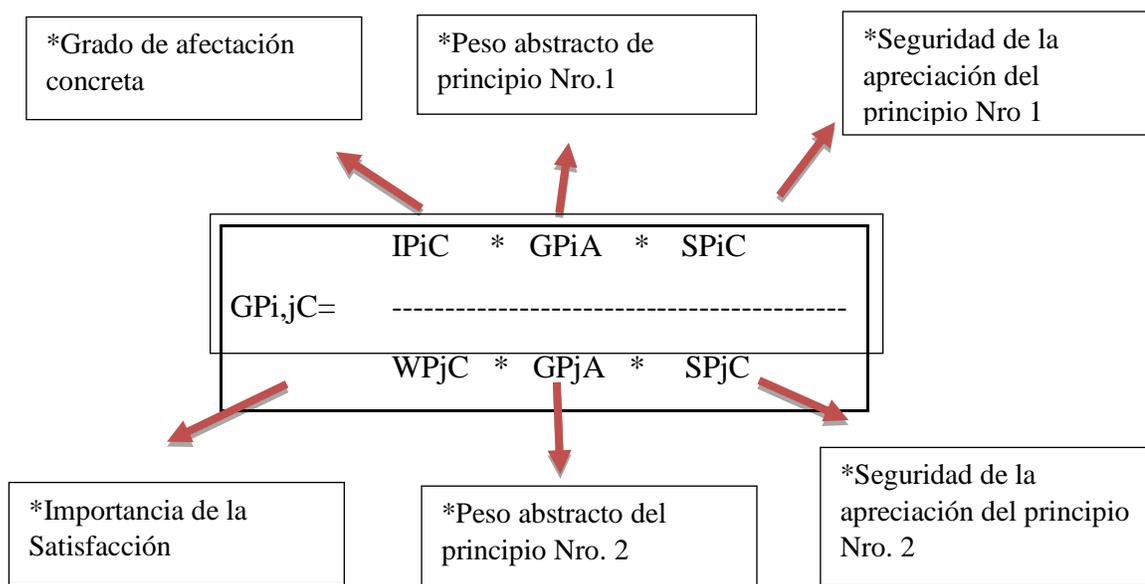
b) Formula del peso

En esta fórmula se trata de otorgar una valoración numérica, para ver de qué manera se está afectando a un derecho y cuál de ellos debe protegerse más que el otro, mediante la construcción de un algoritmo.

La Fórmula del peso, tiene la siguiente estructura

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} * G_{PiA} * S_{PiC}}{W_{PjC} * G_{PjA} * S_{PjC}}$$

Se procede a explicarlo mejor con el siguiente gráfico



En la fórmula del peso se pondrán en relación los valores determinados en base a la escala tríadica. El resultado que sea obtenido a partir de este cociente será el peso concreto de los principios en conflicto dentro de los límites del caso concreto. Para efectos de formalización, el peso resultante en el caso concreto se expresa como: **Gi,j**

Ahora bien, la fórmula del peso pone en relación tres variables respecto a cada uno de los principios contrapuestos.

- Por el lado del principio afectado identificado como **Pi** estas variables son: a) la intensidad de afectación (**I-i**); b) el peso abstracto (**Gi**), y c) la seguridad epistémica respecto de las premisas que justifican la afectación (**Si**).
- Por el lado del principio afectante identificado como **Pj** estas variables son: a) la importancia de satisfacción (**I-i**), el peso abstracto (**Gj**), y; c) la seguridad epistémica respecto a las premisas que justifican la importancia de satisfacción (**Sj**)

Primera variable. Intensidad de afectación vs intensidad de satisfacción

Para determinar la intensidad de afectación de un principio o la importancia de satisfacer al principio afectante en un caso en concreto, presupone necesariamente la utilización de la escala tríadica, que permita ordenar estas intensidades o grados. Para este fin, la ponderación recurre a la

denominada escala de afectación. Según dicha escala, la afectación en un principio se obtiene con la valoración de cuán grave se vería afectado dicho principio de no concedérsele prioridad ante el otro, es decir, si la afectación en este principio fuese simplemente admitida sin mayor consideración

Así mismo, para determinar la importancia de satisfacción del principio afectante, se obtiene de la valoración de cuán importante es cumplir con lo prescrito en este principio en el caso concreto, es decir, cuán grave sería para este principio el no cumplir con su mandato de deber ser.

La escala tríadica es cuantificada de la siguiente manera:

- LEVE $2^0=$ 1
- MODERADA $2^1=$ 2
- GRAVE $2^2=$ 4

Estos valores, sustituirán la primera variable, por ejemplo:

Pi: Derecho a la salud (Principio afectado) **Pj:** Derecho a la educación (Principio afectante)

- **IPij:** Intensidad de afectación del Derecho a la salud frente al Derecho a la educación.

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} * G_{PiA} * S_{PiC}}{W_{PjC} * G_{PjA} * S_{PjC}}$$

¿Cuán grave se vería afectado el derecho a la salud de no concedérsele prioridad ante el derecho a la educación? Entonces la variable “i” será sustituida por el valor 4, pues se puede asumir que la afectación al derecho a la salud trae como consecuencia una afectación grave, contrapuesto con el derecho a la educación, pues para gozar de la educación se debe garantizar y tener salud. Lo que se cuantificaría de la siguiente forma

$$G_{Pi,jC} = \frac{4 * G_{PiA} * S_{PiC}}{W_{PjC} * G_{PjA} * S_{PjC}}$$

- **WPjC:** Importancia de satisfacción del Derecho a la educación frente al Derecho a la salud

$$GP_{i,jC} = \frac{4 * GP_{iA} * SP_{iC}}{WP_{jC} * GP_{jA} * SP_{jC}}$$

¿Cuán importante es cumplir con lo prescrito en la Constitución referente al derecho a la educación y cuán grave sería para este derecho que no se cumpla con su mandato de deber ser? Después del correspondiente análisis, se debe determinar un valor que sustituirá esta variable. Por tanto, considero que, si el Estado no garantiza eficazmente el Derecho a la educación, tiene importancia si, pero no se trata de un caso de vida o muerte como garantizar el derecho a la salud, y lo cuantifico de manera leve, quedando de la siguiente manera:

$$GP_{i,jC} = \frac{4 * GP_{iA} * SP_{iC}}{1 * GP_{jA} * SP_{jC}}$$

Segunda variable: El peso abstracto de los principios en colisión

El peso abstracto de un principio Pi es el peso que se le asigna a Pi en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto

El juzgador, debe otorgar una jerarquía de un derecho sobre otro de manera abstracta, esto debido a que como se ha explicado anteriormente, en un estado constitucional de derechos en cuyo texto constitucional se determine un catálogo de Derechos donde todos se caracterizan por tener el mismo valor jerárquico, y pese a que encontremos casos fáciles en donde la protección de la vida y los derechos fundamentales relacionados de forma directa con los principios de dignidad humana y la democracia deben tener un peso abstracto mayor que otros principios. A pesar de ello, existen casos difíciles, en donde no se tiene respuesta certeza y el rol del juez es justificar argumentativamente el otorgar un peso cuantificado, de acuerdo a la escala tríadica: Leve = 1, Medio = 2, e Intenso = 4 y este valor, sustituirá la variable “G”.

$$GP_{i,jC} = \frac{4 * GP_{iA} * SP_{iC}}{1 * GP_{jA} * SP_{jC}}$$

Consecuentemente, se procede a analizar si el derecho a la salud posee o no un valor jerárquico superior frente al derecho a la educación y viceversa. Se deduce que, es necesario que las políticas del Estado garanticen mayor protección del derecho a la salud que permite a través de este derecho gozar del derecho a la educación, por lo tanto, se le da el valor cuantitativo de esta manera:

$$G_{Pi,jC} = \frac{4 * 4 * SPiC}{1 * 2 * SPjC}$$

El peso abstracto del derecho a la salud es intenso (4), frente al derecho a la educación que es medio (2).

Tercera variable: Seguridad de las premisas epistémicas

Esta variable, tiene referencia con la seguridad epistémica (conocimiento, justificación y opinión fundada) que se tiene en relación con la afectación del principio Pi y la satisfacción del principio Pj. Esta se obtiene a través de otra ley de ponderación indicada por Robert Alexy, quien indica que cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención. La importancia de los principios, desde el punto de vista empírico varía de acuerdo a la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración.

Las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión tienen un grado de certeza y depende de ello el valor mayor o menos con el que se les cuantifique en el momento de elaborar la fórmula del peso. En así que la seguridad de las premisas se traduce a la certeza que se tiene sobre los hechos ocurridos, calificándolos con niveles de certeza:

- Cierto $2^0 = 1$ (se está seguro de los hechos)
- Plausible $2^{-1} = 1/2$ (los hechos se generan dudosos)
- Evidentemente falso $2^{-2} = 1/4$ (No se tiene certeza o no ocurrió el hecho)

Con esta indicación, se procede a cuantificar la variable “S”.

$$G_{Pi,jC} = \frac{4 * 4 * SPiC}{1 * 2 * SPjC}$$

Para cuantificar la seguridad de las premisas, en el ejemplo que se ha venido trabajando, partiremos de lo siguiente. Uno de los derechos fundamentales más importantes (de manera abstracta) es el derecho a la vida. De ella dependen la realización y goce de los otros derechos, por tanto, cabe preguntarse ¿Una persona puede morir si se le afecta su derecho a la salud? Y ¿Puede una persona morir si se le afecta su derecho a la educación?

Con ello se procede a dar el valor a la variable S del Pi (Derecho a la salud), cuya respuesta es evidente, el grado es Cierto igual a 1.

$$G_{Pi,jC} = \frac{4 * 4 * 1}{1 * 2 * SPjC}$$

Seguidamente, se otorga un valor a la variable S del Pj (Derecho a la educación), se procede a cuantificarlo con un grado: Plausible (dudoso)

$$G_{Pi,jC} = \frac{4 * 4 * 1}{1 * 2 * 1/2}$$

Como resultado final, la fórmula queda estructurada de la siguiente manera:

$$G_{Pi,jC} = \frac{IPiC * GPIA * SPiC}{WPjC * GPjA * SPjC}$$

$$G_{Pi,jC} = \frac{4 * 4 * 1}{1 * 2 * 0.5}$$

Es así que, se procede a resolver:

$$G_{P_i,jC} = \frac{4 * 4 * 1}{1 * 2 * 0.5} = \frac{16}{1} = 16$$

Este es el resultado de la fórmula del peso aplicado al Derecho a la salud, visualizando que el resultado “16” es la calificación del grado a la afectación del Derecho a la salud.

Ahora, se debe obtener el resultado de la satisfacción al derecho de la educación, para ello se realiza la siguiente operación:

$$G_{P_j,iC} = \frac{1 * 2 * 0.5}{4 * 4 * 1} = \frac{1}{16} = 0.0625$$

Este es el resultado de la fórmula del peso, aplicado al Derecho a la educación para identificar el grado de satisfacción.

Con ello se determina que la protección al derecho a la educación no justifica la intervención en los derechos a la salud.

c) La carga argumentativa

Las cargas de la argumentación es el último elemento que se debe ser considerado en la estructura de la ponderación. La misma opera cuando, una vez realizada la fórmula del peso, se obtiene el mismo resultado para los derechos en conflicto, por tanto se debe superar este tipo de “empate” a través de la carga argumentativa.

Esta carga argumentativa exige la fundamentación y una razón justificable en favor del respeto de un derecho sobre el otro. Para ello, Carlos Bernal Pulido indica:

Los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental (Bernal Pulido, 2014, pág. 789)

Es así que se exige que, en el caso de existir casos análogos, si no hay elementos suficientes que justifican una distinta solución, estos deben ser resueltos de la misma manera, conforme a la regla

originada en una ponderación previa. Generándose un aspecto dinámico y estático. El aspecto dinámico se refiere a la posibilidad de intervenir en el ámbito de protección de los principios o derechos fundamentales a través de los argumentos suficientes que no impliquen una desproporción. Por otro lado, el aspecto estático, se refiere a la formación de una fuerza estabilizadora de las decisiones judiciales considerando que quien quiera apartarse de un precedente, tiene la carga argumentativa en su contra. (Alexy, 2007)

Estos pasos de la ponderación, se tornan un tanto difíciles por el silogismo que debe manejarse, empero, el jurista colombiano Manuel José Cepeda Espinosa, ha realizado un test de ponderación es un esquema básico, utilizado en varias sentencias de la Corte Constitucional Colombiana

Tabla N. 1 Análisis de caso. Sentencia C-355-2006 Corte Constitucional de Colombia

FICHA DE SENTENCIA NRO. C-355-06	
NRO DE PROCESO	C-355-06
TIPO DE ACCION	ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD
DEMANDANTES	Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.
JUECES PONENTES	Dr. Jaime Araújo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Elaborado por: Ximena Carrasco **Fuente:** Corte Constitucional Colombia (pág. Web)

Solicitud de los Demandantes:

Comparecen los demandantes Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana para mediante acción pública de inconstitucional, presentar demanda en contra los artículos 122, 123, 124 y 32 numeral 7 del Código Penal, Ley 599 de 2000.

Tabla N. 2 Pretensiones de los Demandantes

NORMAS DEMANDADAS	CUERPO LEGAL QUE LAS CONTIENE
<p>ART. 32. —Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. Del aborto ART. 122. —Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior. ART. 123. —Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años. ART. 124. —Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. PAR. —En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.</p>	<p>LEY NÚMERO 599 DE 2000, Por la cual se expide el Código Penal</p>
<p>Elaborado por: Ximena Carrasco</p>	<p>Fuente: Corte Constitucional Colombia (pág. Web)</p>

Argumentos de los Demandantes

Los demandantes solicitan se declare inconstitucionales las normas que han demandado por violar los siguientes derechos:

- Derecho a la dignidad
- Derecho a la autonomía reproductiva
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Derecho a la igualdad y a la libre determinación
- Derecho a la vida, salud e integridad
- Derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes

Argumentos en contra de los Demandantes

Comparece el defensor del pueblo y fundamenta que:

El estado con el deber de proteger la vida de todas las personas sin distinción, comprende el amparo de la vida en desarrollo, así como en la protección especial a la madre durante el embarazo y con posterioridad a él, así como también se deriva de las previsiones del derecho internacional de los derechos humanos (Corte Constitucional de Colombia, 2006, pág. 54)

Así mismo, alegó que la penalización del aborto no vulnera el derecho de la pareja a determinar el número de hijos y que es menester tener en consideración que debe primar la protección de vida del nasciturus.

Comparece Luis Miguel Benítez Gómez, actuando en nombre propio, intervino en defensa de la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto, bajo el argumento de que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación, por lo que desde ese instante la vida se torna inviolable y surge la obligación constitucional de protegerla

Comparece Marta Sáiz De Rueda, actuando en nombre propio, en defensa de la declaratoria de exequibilidad de las normas del Código Penal que tipifican el aborto. Básicamente, con apoyo en un informe de Human Life International, esta interviniente asegura que el aborto viola el mandato constitucional de protección a la vida humana y, además, no produce una mejora en la salud de la mujer que realiza esta práctica sino que por el contrario le genera daños físicos y psicológicos.

Tensiones a resolver consideradas por la Corte

La primera de las tensiones que plantea el precepto acusado, se da entre la autonomía de la mujer sobre su proyecto de vida, sobre su cuerpo; expresión de valores jurídicos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el derecho a la honra, en algunos de los cuales se hallan implícitos otros derechos de orden jerárquico inferior como el de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, de una parte, y de otra, la protección estatal al embrión como potencialidad de una personalidad; potencialidad que no se realiza cuando ocurre la interrupción, voluntaria o no, del embarazo.

La tensión entre el valor jurídico de la protección al embrión o eventualmente al feto, según el momento en que se realice la interrupción y el derecho a la autonomía de la mujer para decidir

sobre una situación que compromete su cuerpo y su integridad psíquica y que, por tanto, concierne al libre desarrollo de su personalidad y a su libertad de conciencia, debe ser resuelto, a nuestro juicio, a la luz de un principio que justifica en sí mismo, incluso el derecho fundamental a la vida: el principio de la dignidad humana.

El deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

De esta revisión, se colige que no encontramos frente a una colisión de derechos fundamentales. Por un lado los derechos constitucionales otorgados a la madre, como: Derecho al libre desarrollo, al proyecto de vida, autonomía sobre su cuerpo. En el otro lado, se tiene los derechos del nasciturus y el deber estatal, de protección, por sobre todas las cosas del Derecho a la vida. Indudablemente, el juzgador no puede acudir a los métodos comunes de interpretación constitucional y dar una respuesta al conflicto con el simple método de subsunción, no va a satisfacer jurídicamente a ninguna de las partes interesadas. Al no tener respuesta ante este hecho, se lo va a calificar como un caso trágico, y el método a utilizar, de acuerdo a lo estudiado y por así manifestarlo los magistrados de la Corte Constitucional, debe ser a través del método de ponderación, ya que esta ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

Adicional a ello se resalta que la acción presentada, no implica una solicitud al juzgador constitucional de actuar como legislador y realizar una sentencia modificatoria a las condiciones del tipo penal del aborto, sino se refiere más a realizar el ejercicio de ponderación de derecho y deberes constitucionales y establecer así los límites dentro de los cuales el legislador debe reformular el tratamiento de esta problemática.

Las consideraciones que realizó la Corte Constitucional es aplicar el método de ponderación conjuntamente con los elementos de Test de igualdad y proporcionalidad que fueron desarrolladas en las 600 páginas de la Sentencia.

Si bien no se detalla con exactitud el uso de la fórmula de peso diseñada por Robert Alexy, varios de sus elementos son considerados para darle valor a la afectación y jerarquización a los derechos de la madre frente a los derechos del nasciturus, es así que manifiestan:

Todos los derechos merecen protección del Estado pero cuando se presenta un conflicto entre ellos, debe entenderse que ningún derecho es absoluto y por tanto puede ser ponderado frente a otros. En el caso de las circunstancias en que se atenúa la pena de aborto, no se trata del desconocimiento del derecho a la vida sino de revisar en qué consiste tal protección y si ella resulta adecuada constitucionalmente, en la ponderación con otros derechos. (Corte Constitucional de Colombia, 2006)

Los magistrados colombianos proceden a luego de otorgarles los valores de afectación, satisfacción y tener los valores de certeza, decidir qué derecho debe subsistir frente al otro. Se concibe en su resolución que realizaron la carga normativa pues, al identificar que se trataba de un caso difícil o y trágico, jerarquizaron al derecho fundamental mejor protegido a través de extensa y suficiente doctrina y jurisprudencia internacional que unida a su experiencia permitieron tomar una decisión. Con ello detallan:

Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada la Corte concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito tres hipótesis (...) (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

Con el estudio del caso en concreto, la Corte Constitucional Colombiana emitió su decisión, basándose en que no podría existir una prohibición total al aborto, por tanto declararon que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;

Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto.

Método

De acuerdo al desarrollo de la investigación la metodología utilizada fue basada en el enfoque cualitativo, debido a que nació la problemática y para lograr analizar los diversos fallos y teorías de la ponderación, siendo una investigación exploratoria, pues durante el desarrollo del artículo investigativo se estudia la realidad constitucional y sus diversos problemas en los casos trágicos, explorando los datos que están a disposición del investigador, (Baelo Alvarez & Haz Gómez, 2019, pág. 59)

El método abordado fue el analítico relacionado con el sistema lógico, enfocándose en el estudio de aspectos particulares, escrutados en el análisis de contenido desarrollado en los manuscritos (Bernal-Torres, 2006), así lo analítico-sintético, consistió en la desmembración o descomposición del todo, es un proceso que permite separar o dividir el objeto en los aspectos o cualidades que lo componen. (Rojas Soriano, 2010, pág. 151). La síntesis, por el contrario, es el proceso que permite la integración para obtener una comprensión general. (Villabella Armengol, 2014, pág. 936).

Para este trabajo de investigación se ha utilizado el método inductivo deductivo. Por cuanto al método inductivo permite partir de aspectos, condiciones, análisis o resultados particulares para llegar a generalizaciones, es decir, de lo particular a lo general, por el contrario, el método deductivo parte de aspectos, condiciones, análisis o resultados generales para aplicarlos a situaciones particulares. (Salinas, 2013).

Dentro de esta investigación también se aplicaron el método histórico, a través del cual es posible indagar en los antecedentes de determinado fenómeno para lograr su comprensión mismo se combina con el comparativo, creando el método histórico comparativo, mismo que permite esclarecer fenómenos culturales, estableciendo semejanzas y parentesco de su origen común. (Mora Delgado & Alvarado Cervantes, 2010, pág. 12)

La consideración en la aplicación de los métodos mencionados permitió analizar teorías, leyes, bibliografía, generándose mediante el análisis documental jurídico, extrayendo aspectos necesarios en el campo del derecho constitucional (Erazo-Álvarez & Narváez-Zurita, 2020).

Propuesta

La Constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008 dispone en su artículo 427 referente a la interpretación de las normas

constitucionales que esta se realizará en sentido que más se ajuste a su integralidad y que en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos y conforme con los principios generales de interpretación constitucional.

En esta disposición constitucional se verifica que en la Constitución de la República del Ecuador, no existe un sistema con prioridades o preferencias entre derechos, por lo que resulta difícil al juez constitucional aplicar una jerarquización, pues todos los derechos constitucionales se caracterizan por tener el mismo valor, permanecen en el mismo cuerpo constitucional y tienen la misma permanencia

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento 52 del 22 de octubre del 2009, en su artículo 3 numeral 3 referente a la ponderación establece que 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.

En estas disposiciones normativas (constitucional y legal) en el Ecuador, existe una deficiencia en la comprensión del juzgador constitucional para aplicar un método de ponderación de derechos constitucionales, por lo que es indispensable la creación de una política constitucional encaminada a determinar cómo y de qué manera deben ponderar sus fallos los jueces para cuando exista conflicto de derechos fundamentales especialmente en los casos trágicos que se encuentren en colisión. Es decir, en donde dos derechos fundamentales de la misma categoría se colisionen y en donde la solución al problema que se presenta implica, necesariamente el quebranto de uno de ellos.

Cuando se presenta el dilema antes especificado, es el juez constitucional quien tiene la obligación de decidir qué hacer, utilizando la razón, sentimientos, experiencia y capacidad argumentativa para hacer una justicia real y efectiva, resolviendo el caso trágico escogiendo no absolutamente lo bueno sino lo mejor posible, suponiéndose que para lograrlo, se debe garantizar un derecho fundamental en detrimento de otro, lo que se lograría a través de la Ponderación Constitucional. Entonces, los casos trágicos deben ser resueltos a través de la ponderación, buscando así la armonización entre los Derechos y la garantía del Derecho más afectado.

El artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: “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. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”.

En vista a las atribuciones que tiene la Corte Constitucional en el Ecuador, mediante Resolución del pleno a fin de guiar a la justicia constitucional y a los operadores de justicia constitucional, se propone que la misma desarrolle doctrina vinculante que permita aplicar el método de ponderación constitucional, mediante una política constitucional, la misma que servirá de guía argumentativa a los jueces para resolver la contraposición de derechos fundamentales en los casos difíciles y trágicos

Consideraciones Finales

- a) Con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, el estado pasó a ser un estado constitucional de derechos y justicia, cuyo texto constitucional garantiza los derechos ahí contemplados a todas las personas, comunidades, pueblos, colectivos, etc.
- b) La Constitución de la República del Ecuador, establece que las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución
- c) El Ecuador al concebirse como estado Neo Constitucionalista posee conflictos en donde se encuentran en confrontación derechos fundamentales, estos, deben ser clasificados de acuerdo a la doctrina, y en aquellos en donde no se tenga respuesta sobre la decisión judicial efectiva, se los debe identificar como casos trágicos y así utilizar otros métodos de interpretación constitucional, como la ponderación
- d) El método ponderación constitucional, desarrollando y estudiado ampliamente en doctrina de otros países, ejemplo de ellos Colombia. Sin embargo este método no ha sido aplicado, estudiado ni desarrollado en la política judicial del Ecuador.
- e) En la política judicial ecuatoriana, no se han realizado estudios a profundidad para determinar diferencias entre casos fáciles, difíciles y trágicos lo que no ha permitido el estudio de la aplicación de la ponderación constitucional y poca experiencia en aplicar la fórmula del peso que nos permite valorar qué principio tiene mayor peso concreto en los casos trágicos que se presenten en la administración de justicia del Ecuador.

Financiamiento

No monetario.

Agradecimiento

A la Universidad Católica de Cuenca y su distinguido cuerpo de Docentes.

A mi madre, por ser mi inspiración. Gracias a su sacrificio y ejemplo de lucha. A mi padre por su apoyo.

A mi esposo, por su comprensión, ayuda y soporte incondicional.

A mis hijos Emily y Mateo, mi razón de ser.

Referencias

1. Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, traducción de Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32.
2. Alexy, R. (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y teoría de los principios. En C. Bernal Pulido, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y teoría de los principios traducción* (pág. 21). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
3. Alexy, R. (2007). La fórmula del peso. En R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (págs. 349-374). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
4. Asamblea Nacional. (2008). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.
5. Atienza, M. (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
6. Atienza, M. (1997). Los límites de la interpretación constitucional. *De nuevo sobre los casos trágicos. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 7-30.
7. Baelo Alvarez, M., & Haz Gómez, F. E. (2019). *Metodología de la investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*. Valencia: Tirant humanidades.
8. Benavides, J. (2012). *Los Derechos Humanos como Norma y Decisión* . Quito: Centro de Estudios y Difusión.

9. Bernal Pulido, C. (2005). El Derecho de los Derechos. Escritos sobre aplicación de los Derechos Fundamentales. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia.
10. Bernal Pulido, C. (2014). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
11. Cano Jaramillo, C. (2009). El Texto Jurídico. Redacción y Oralidad. Conflicto, argumentación y convivencia. Bogotá: Linotipia Bolívar y Cía S en C.
12. Cepeda Espinosa, M. (2008). Polémicas Constitucionales. Bogotá: Legis Editores.
13. Constitución de la República del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Ediciones Legales EDLE S.A.
14. Corte Constitucional de Colombia, C-355-06 (Sala de la Corte Constitucional 10 de Mayo de 2006).
15. Elster, J. (1999). Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión. En C. Gardini. Barcelona: Gedisa.
16. Erazo-Álvarez, J. C., & Narváez-Zurita, C. I. (2020). Medición y gestión del capital intelectual en la industria del cuero - calzado en Ecuador. Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía, 437-467.
17. Ferrajoli, L. (2002). Derechos y Garantías. En A. Ibañez, Derechos y Garantías, la Ley del mas Débil (pág. 37). Madrid: Trotta.
18. Guastini, R. (2007). Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principio constitucionales. Palestra del Tribunal Costitucional, 631-637.
19. Hans, K. (1999). Ilusión de la certeza jurídica. En N. Moises, Teoría pura del derecho. Traducción de Moises Nilve (pág. 134). Buenos Aires: Eudeba.
20. Hernandez Sampieri, R. (2014). Metodología de la investigación. México: Mc Graw Hil.
21. Mora Delgado, G., & Alvarado Cervantes, D. (2010). Métodos de investigación. México: Pearson.
22. Perez Luño, A. (2005). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos.
23. Prieto Sanchís, L. (2005). Apuntes de Teoría del Derecho. Madrid: Trotta.
24. Rojas Soriano, R. (2010). El proceso de la investigación científica. México: Trillas.
25. Salinas, P. J. (2013). Metodología de la Investigación científica. Mérida: Universidad de los Andes.

26. Tomas y Valiente, F. (2004). La Constitución. España.
27. Villabella Armengol. (2014). Los métodos en la investigación jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado(141), 923-953.
28. Zavala Egas, J. (2002). Derecho Constitucional. Guayaquil: Edino.

©2020 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).