

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El poco conocimiento de los jueces sobre de la ponderación de los derechos fundamentales, sus procesos, formas de aplicación y funcionalidad; incide en las decisiones y sentencias emitidas a los acusados, aspecto que desvirtúa el cumplimiento de la legislatura dentro de los Derecho Fundamentales y la aplicación de métodos y ponderación como herramienta de aplicabilidad del derecho.

La protección de los más débiles, son las garantías, el garantismo constitucional da mecanismos de igualdad a los “más débiles”, a quienes no pueden acceder a la educación, a la salud, etc. Los derechos fundamentales tienen estas garantías, algunos autores como los ius naturalistas dicen que incluso estos derechos fundamentales y sus garantías son inherentes al ser humano. La relación de un Estado con otra más fuerte también forma parte de este mundo garantista.

En este nuevo marco jurídico los operadores judiciales, en cambio dejan de ser esa “boca muda” de la ley, y pasan a aplicar la Constitución de la República, y uno de esos mecanismos es la ponderación constitucional, la misma que puede ser entendida desde varias formas, desde aplicaciones de tipo matemático hasta volver aplicar silogismos de subsunción, pero con normas constitucionales luego de operaciones de ponderaciones de derechos fundamentales.

La falta de instrucciones para aplicar este nuevo Derecho Constitucional, del ejercicio de ponderación hace que se presenten muchas dudas por parte de

los abogados, jueces y operadores judiciales. Pero este problema a su vez enmarcado en un sistema democrático, donde existen decisiones formales y de decisiones de mayorías, con dos aporías que tienen que presentarse ante un paradigma democrático.

1.2 CONTEXTUALIZACIÓN

La Asamblea Constituyente del Ecuador, en finales del año 2007 y gran parte del 2008, procedió a elaborar un nuevo texto constitucional. Este texto constitucional, en gran parte fue dictado por la misma ciudadanía a lo largo de los recorridos y mesas constituyentes que realizaron los Asambleístas a lo largo y ancho del territorio ecuatoriano.

Doctrinariamente la nueva Constitución de la República del Ecuador tiene el pensamiento filosófico y marco jurídico dictado por el profesor italiano Luigi Ferrajoli¹ de ahí que incluso en un tema del primer capítulo dedicaré un estudio a esta afirmación.

Ferrajoli, apunta también al activismo del juez, para poder medir si el legislador constituyente, así como el obligado a desarrollar los conceptos constitucionales, han acertado o se ha equivocado.

Los derechos fundamentales entonces son de aplicación técnica, no son solo románticas o líricas, de ahí que esa aplicación corresponde al Juez. Pero aquí no olvidaré el mencionar el positivismo y el garantismo, los pensamientos de Hans Kelsen, que pide se quiten de las Constituciones los derechos fundamentales y tan solo se contemplen las partes orgánicas funcionales del

¹FERRAJOLI, Luigi. Nacido en Florencia Italia en 1946, cinco doctorados honoris causa. Sus textos hablan siempre de Derechos y Garantías. Su máxima obra que en poco será publicada es Principia Iuris, que enmarca a nuestra Constitución como Ferrajoliana total.

Estado, y el hecho del peligro o la parte “insostenible”² de la resolución legal y creación del derecho por el órgano jurisdiccional y no por el legislador.

Pero históricamente el Juez aplicó de manera irrestricta la Ley, y su supremacía ha sido inalienable. Hoy la nueva Constitución no solo porque consagra su supremacía, sino porque el sistema así lo hace, incide en el pensamiento del Juez, para que inaplique incluso la Ley, cuando esta atente a un derecho consagrado en la Constitución.

Por último el Estado de Derecho, el que nació en el año 1789 con la revolución francesa, y que fue bueno para su época, no podía mantenerse hasta el día de hoy. El Derecho es dinámico, cambian muchas cosas, los sistemas de producción no son iguales, la protección a los más débiles tienen que ser tema de principal interés del Estado, la administración de justicia tiene que ser más personalizada por lo que cambia a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como lo menciona el primer artículo de la Constitución de la República del Ecuador. Así se rompe el paradigma de participación democrática, el que se pensaba no poder hacérselo y que tampoco se podía dejar la dependencia de los imperios.

Al decir del Economista Marcelo Villamarín, en su texto del Socialismo del Siglo XXI, los sistemas capitalistas y la derecha ecuatoriana, ha seguido el mismo estilo keynesiano al considerar como factores de producción la tierra, el trabajo y el capital.

Entonces al tomar palabras del doctor Ramiro Ávila, asesor del Ministerio de Justicia del Ecuador, el Derecho también ha estado ligado a proteger de manera primordial los derechos patrimoniales o de “propiedad”, dejando en segundo plano legislaciones sobre la Salud, Justicia, Servicios Básicos,

²KELSEN, Hans. El Control Jurisdiccional de la Constitución.

Trabajo, etc. Los derechos individuales que constan o no en el texto constitucional, nunca fueron importantes en el Estado conservador.

La situación de transición en la que ya está inmerso el Ecuador, hace que se presenten muchas preguntas del **cómo aplicar el Derecho en esta nueva democracia que vivimos**. Cómo hacer valer los derechos, cómo confrontar derechos constitucionales para dar la razón a una parte, en definitiva una nueva justicia Constitucional, con juicios de ponderación al contrario del juicio de subsunción realizado hasta hoy.

El Derecho en el Ecuador sin duda alguna empieza a tomar un giro casi total, luego de que el pueblo ecuatoriano aprobó el texto constitucional elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente, en la ciudad Alfaro, Cantón Montecristi.

Es importante entonces que nos preparemos en el saber cómo hacer valer nuestros derechos constitucionales, cómo pedir a la Función Judicial que aplique correctamente estos derechos. El cambio democrático y la participación ciudadana, en un hito histórico en las decisiones claves de la República del Ecuador, es el marco de este cambio.

El papel preponderante de los operadores judiciales, en los ejercicios y juicios de ponderación, los mismos que se enmarcarán ahora en la Constitución de la República como principal fuente de sus resoluciones, hace que se marque un camino de cambio jurídico en el Ecuador.

Esta investigación está dirigida a entregar mecanismos, desde matemáticos a apreciación estrictos de Derechos fundamentales y sus garantías para que los Jueces, Abogados y operadores judiciales realicen la ponderación de dichos Derechos, en una visión de las democracias conservadoras y liberales del Derecho.

1.3 JUSTIFICACIÓN

La importancia de poner en ejecución esta tesis, es ser uno de los primeros trabajos en tema de ponderación constitucional que seguramente se producen en el Ecuador, luego del giro del Derecho que se dio al aprobarse la nueva Constitución de la República.

Se dará así a los operadores de justicia, alumnos de Derecho e interesados en materia constitucional una herramienta crítica de la vida democrática en la confrontación de Derechos Fundamentales.

Las dudas que de hecho han causado los cambios constitucionales en la aplicación del Derecho y que se han podido ya observar en las sentencias de los jueces frente a los recursos de protección (en Ibarra, procesos de alimentos, resoluciones del Comisario de la Salud, y recursos extraordinarios de protección propuestos), también de Instituciones Jurídicas nuevas introducidas tal como el Derecho Cautelar señalado en el Art. 87 de la Constitución de la República.

Hacen necesario la uniformidad en saber aplicar la Constitución con el juicio de ponderación, como un imperativo jurídico urgente y necesario que seguramente muchos esperan tener en sus manos, con condicionamientos jurídicos ecuatorianos, puesto que en la actualidad solo se aplican doctrinariamente conocimientos o condicionamientos de textos extranjeros.

Por ende si bien los beneficiarios de esta investigación parecerían ser tan solo quienes forman parte de la Función Judicial no es preciso, puesto que estudiosos del Derecho, Abogados y Abogadas, también serán también beneficiados para en sus escritos, en sus estudios poder inducir al Juez a que aplique un Derecho Constitucional que se pretende sea garantizado por la Función Judicial.

La participación democrática de los ciudadanos del Ecuador con la presente investigación dará un giro distinto al que tradicionalmente hemos tenido. Por ello el Derecho, y dentro de estas resoluciones judiciales, por ende no podían estar alejadas de los preceptos legales neo liberales o conservadores.

“El Juez, no pasaba a ser sino la boca muda por donde se pronuncia la Ley”³, tenía que aplicar entonces de manera irrestricta la Ley, sin lugar hacer otro tipo de razonamientos, y en ciertas ocasiones incluso dando una reverencia a la Ley en detrimento de la justicia, de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los preceptos constitucionales sobre todo si no habían sido desarrollados en la Ley.

Los ciudadanos y habitantes del Ecuador, con una Función Judicial que de manera correcta aplique lo que busca la nueva Constitución, creará un bienestar en la búsqueda de justicia.

La presente investigación permitirá conocer la temática a profundidad y propender una capacitación continua en derechos humanos y la aplicación de la ponderación de los mismos para los jueces de Ibarra, Imbabura y de todo el país.

1.4 OBJETIVOS.

1.4.1 OBJETIVO GENERAL:

Analizar la ponderación de Derechos Fundamentales de la nueva Constitución de la República del Ecuador, en un sistema democrático, que garantice el diseño de una guía metodológica y capacite a los funcionarios de la Función Judicial para que dicten resoluciones y sentencias justas.

³MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a)** Sentar las bases teóricas y científicas de la ponderación de derechos fundamentales en el Ecuador
- b)** Establecer la aplicación de la ponderación de derechos fundamentales en Constitución de la República del Ecuador y demás leyes.
- c)** Diagnosticar las medidas implícitas de ponderación de derechos que la Función Judicial de Ibarra actualmente aplica en sus resoluciones y sentencias.
- d)** Diseñar una Guía metodológica de ponderación de los derechos fundamentales con mecanismos técnicos y didácticos.
- e)** Socializar y capacitar los mecanismos de ponderación de derechos a los miembros de la Función Judicial de Ibarra.

1.5 PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN

- a)** ¿Qué concepciones teóricas existen para la ponderación de derechos fundamentales en la Constitución de la República del Ecuador?
- b)** ¿La actual Constitución de la República del Ecuador, aplica los mecanismos de ponderación de derechos fundamentales?
- c)** ¿Qué métodos y mecanismos de ponderación debe utilizar la Función Judicial?

- d) ¿Qué técnicas de ponderación son las más adecuadas para nuestra Función Judicial?.
- e) ¿Cómo se puede socializar las técnicas de ponderación para el personal de la Función Judicial?.

1.6 FACTIBILIDAD

Este proyecto es factible gracias a diversas personas y factores que influyen directamente en el mismo y que son:

Apoyo de la Corte Constitucional del Ecuador.- Por desempeñarme como Coordinador del Tribunal Constitucional, convertido luego en Corte Constitucional del Ecuador, para las Provincias de Esmeraldas, Imbabura y Carchi.

El conocimiento personal del Tema.- Es otro de los factores que han influido en que escoja este tema, puesto que mis estudios en materia Constitucional, así como de mis estudios superiores en materia Constitucional en la Universidad Castilla-La Mancha de Toledo, España, hace que pueda atreverme a presentar un estudio de ponderación de Derechos Fundamentales en el Sistema Democrático Ecuatoriano, siendo uno de los primeros a nivel del Ecuador.

Los Recursos.- El principal recurso con el que cuento para esta investigación es el humano, mi tiempo lo comparto con expertos en materia Constitucional, hacen que el respaldo de tener como principal recurso humano, combinado con mi disponibilidad casi de un 90% de mi tiempo dedicada a la materia Constitucional, y el contar con una biblioteca personal lo suficientemente amplia para justificar doctrinariamente el tema.

Poner a consideración como instrumento dogmático y práctico para los Jueces, Abogados y Operadores Judiciales.- Solo el aspecto político es el que tendría incidencia en el aprovechamiento de esta investigación, sino el del campo judicial, el que incidirá directamente en una herramienta de uso de los jueces, operadores de justicia, abogados y estudiosos del derecho.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 TEORÍA BASE DE LA DEMOCRACIA

2.1.1 FUNDAMENTO FILOSÓFICO

El ser humano es social por naturaleza, y se desarrolla y realiza como individuo en una tupida red de relaciones con otros seres humanos. Por eso ha vivido desde siempre en sociedad.

"La comunidad perfecta de varias aldeas es la ciudad, la cual posee una total autosuficiencia. Surgió por causa de las necesidades de la vida, pero ahora existe para llevar una buena vida. (...) "Es evidente que la ciudad es una cosa natural, y que el ser humano es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza (y no por azar) o es malo o es más que humano (...) La ciudad es anterior al individuo, porque este - ya que separado no se basta a sí mismo - es semejante a la parte con relación al todo. " (Aristóteles. Política, 1,2).

"Es evidente que la ciudad-Estado es una cosa natural y que el ser humano es por naturaleza un animal político o social (...). Y la razón por la que el ser humano es un animal político en mayor grado que cualquier abeja o cualquier animal gregario es algo evidente. La naturaleza, según decimos, no hace nada sin un fin determinado; y el ser humano es el único entre los animales que posee el don del lenguaje. La simple voz, es verdad, puede indicar pena o placer, y, por tanto, la poseen también los demás animales -ya que su naturaleza se ha desarrollado hasta el punto de tener sensaciones de lo que es penoso y agradable y de poder significar esto los unos a los otros; pero el lenguaje tiene el fin de indicar lo provechoso y lo nocivo, y, por consiguiente, también lo justo y lo injusto, ya que es particular propiedad del ser humano, que lo distingue de los demás animales, el ser el único que tiene la percepción del bien y del mal, de lo justo y lo injusto y de las demás cualidades morales, y es la comunidad y la participación en estas cosas lo que hace una familia y una ciudad-Estado" (ARISTÓTELES, Política, I, 1,1253 a).

De acuerdo a las palabras de Aristóteles se determina que el hombre es un ser eminentemente social y necesita estar rodeado de personas para sentirse a sí mismo y como parte de una sociedad, y para poder comunicarse con los demás cuenta con un lenguaje amplio y enriquecido por su cultura e inteligencia.

Es importante pensar que, cuando el ser humano se hizo sedentario y, además de la recolección y la caza, se dedicó a cultivar las tierras, las sociedades humanas se fueron haciendo cada vez más numerosas y sus componentes se fueron especializando poco a poco en trabajos concretos; surgieron grupos de personas con distintas funciones, distinto poder económico y social, distinto prestigio y, como consecuencia de ello, con intereses diferentes; esta situación provocó la aparición, en un principio de personas, y más adelante de instituciones, que se dedicaban a organizar la sociedad y a dar normas para que los intereses divergentes no degeneraran en conflictos destructores. Fue así como hace unos 5.000 años en Oriente Próximo aparecieron las primeras sociedades con Estado, que llevaron a la división entre gobernantes y gobernados. La guerra entre unas sociedades y otras influyó también en la aparición de los Estados, puesto que obligó a configurar estructuras de poder que se consolidaron y constituyeron como poderes centralizados.

Durante el siglo XVII se están construyendo los Estados modernos, las teologizaciones del mundo político dominantes hasta el Renacimiento entran en descrédito y desuso. Cuando no se puede legitimar un Estado, un orden social, sin poder recurrir a una trascendencia ordenadora (Dios) se deben buscar criterios racionales que legitimen el nuevo orden. Hay dos teorías principales que lo intentan explicar:

Teoría del poder absoluto. Defendida por el filósofo inglés **Thomas Hobbes** (1588-1679) Sirve de fundamento racional a las formas de gobierno predominantes hasta la revolución francesa. **Poder absoluto**, Parte de la consideración de la naturaleza humana y no de las virtudes que puede desarrollar sino de las pasiones que le pueden arrastrar y llega a la siguiente conclusión: "**El hombre es un lobo para el hombre**". A diferencia de otros filósofos, Hobbes afirma que el ser humano es un ser individualista por naturaleza. En un estado de naturaleza es egoísta, busca solamente su placer, aquello que puede aumentar su potencia vital, su poder, y nunca está contento ansía siempre más y está dispuesto a todo por ello.

Es, por lo tanto, insaciable e inmoral. Su libertad consiste en poder realizar todo lo que desea sin ningún tipo de cortapisa moral. Su derecho es hasta dónde llegue su poder. Es un ser solitario, incapaz de amar, sentir compasión o piedad, e incapaz de compartir. Hobbes afirma que todos los seres humanos son iguales en cuerpo y mente si hacemos la media de todas sus cualidades, por ello, nadie puede reclamar privilegios manejando que es superior al resto. De ello resulta la igualdad de capacidad y la esperanza ante la consecución de cualquier objetivo. Si dos personas desean una misma cosa y no pueden disfrutarla ambos se vuelven enemigos y tratan de aniquilarse. En la naturaleza del ser humano hay tres causas de discordia:

La competencia. Que les impulsa a atacarse para conseguir un **beneficio**.
La desconfianza. Que les impulsa a atacarse para conseguir **seguridad**.
La gloria. Que les impulsa a atacarse para ganar **reputación**.

Teoría de la soberanía representativa. Defendida por el filósofo francés **Jean Jacques Rousseau** (1712-1778) Sirve de modelo a las formas de gobierno que se derivan o se inspiran en la revolución francesa.

En ambos se continúa el siguiente proceso: Descripción del ser humano en Estado de Naturaleza, Explicación de la Necesidad del Contrato Social, Características del Contrato Características del Poder Constituido.

LA SOBERANÍA REPRESENTATIVA LOCKE John (1632-1704) “no comparte la suposición del *homo homini lupus* de Hobbes, y rechaza la justificación del poder absolut”. Como él, parte de un estado de naturaleza origina que cada uno toma la justicia por su mano, esto produce incertidumbre e inestabilidad, es por ello la necesidad de un pacto por el que los hombres renuncian a ser ejecutores por su cuenta de la ley de la naturaleza. Así, se pasa del estado de naturaleza al de sociedad civil: mediante un acuerdo que hace, que los individuos se unan y formen una comunidad social obedeciendo los poderes que gobiernan la sociedad.

El poder se identifica con el gobierno que es elegido por la mayoría. “*Los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros sin que medie su propio consentimiento. Este se otorga mediante convenio hecho con otros hombres de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad (...) Una vez que un determinado número de hombres ha consentido en constituir una comunidad o gobierno, quedan desde ese mismo momento conjuntados y forman un solo cuerpo político, dentro del cual la mayoría tiene el derecho de regir y de obligar a todos (...) Por consiguiente, debe darse por supuesto que quienes, saliendo del estado de naturaleza, se constituyen en comunidad, entregan todo el poder necesario para las finalidades de esa integración en sociedad a la mayoría de aquella, a no ser que, de una manera expresa, acuerden que deba estar en un número de personas superior al que forma la simple mayoría (...) Tenemos, pues, que lo que inicia y realmente constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de un número cualquiera de hombres libres capaces de formar mayoría para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad. Y eso, y solamente eso, es lo que dio o podría dar principio a un gobierno legítimo*”. (Evans-Pritchard, 1992:15)

De acuerdo a las ideas del párrafo anterior se establece que en este nuevo orden social racional y libre será posible erradicar el mal moral y la injusticia y realizar la perfectibilidad y felicidad del ser humano, su plena realización. Por ello la **voluntad general** es el principio clave que da la unión y sobre el que funciona la sociedad teniendo como meta la búsqueda de aquel interés que es común a todos los miembros de la sociedad.

Así pues, la soberanía popular, puesto que no se puede ejercer directamente, se ejerce de manera representativa a través del Parlamento cuyos representantes son elegidos por sufragio universal (cada ciudadano un voto). El buen funcionamiento de esta forma de gobierno está basado en lo que se denomina la **división de poderes**. El Estado se organiza a partir de tres poderes que deben ser independientes pero que a la vez ejercen mutuo control unos sobre otros.

Este control tiene como función evitar el abuso de poder, vigilar y controlar los excesos. Los tres poderes son: **Poder legislativo**. Tiene como función elaborar las leyes. Esta tarea la realiza el Parlamento que ha sido elegido por el pueblo. **Poder judicial**. Vela para que las normas establecidas por el poder legislativo se cumplan, a la vez arbitra en los conflictos entre particulares y los grupos. Está formado por jueces y magistrados (Administración de Justicia). **Poder ejecutivo**. Tiene como función orientar y dirigir la administración del Estado y representarlo ante la comunidad internacional.

2.1.2 FUNDAMENTO SOCIAL

“El desarrollo y la pervivencia del sistema democrático como forma social de estado no tienen la misma suerte en todos los países. Del análisis de las circunstancias que puedan incidir en su realización, la sociología ha vislumbrado algunas de las estructuras que avalan su progreso; entre ellas se encuentran

la cultura, la honradez de los políticos y la estabilidad económica". (BOTELLA Jorge. 2003:1)

Desde el objeto de la filosofía social, la crítica a la construcción de un sistema de autogobierno del pueblo sólo lo considera propio cuando el objeto es el progreso en la justicia social; por tanto, el sistema democrático no es en sí un fin sino un medio para alcanzar el fin esencial de la sociedad: las relaciones en justicia.

El análisis del desarrollo de la democracia en las diferentes sociedades y culturas ha manifestado como uno de los sustratos más afines a su implantación el de la generalización de las clases medias. Frente a las sociedades socioeconómicas polarizadas, cuya forma propia de poder se resuelve en una aristocracia más o menos velada, en la medida que el nivel social es más homogéneo la democracia alcanza no sólo su mayor estabilidad sino también el máximo de verosimilitud.

Dentro de un sistema social, la estructura de las clases medias viene a ser el reflejo de un sostenido sistema de igualdad de oportunidades y un equilibrio dinámico de participación laboral y política. Una sociedad abierta, que asume la integración sin estratificar niveles de condición social, es una sociedad que favorece, en principio, uno de los elementos más rentables de la justicia social: la autoestima personal.

Clase media es la que teniendo sus necesidades vitales cubiertas, acceso a la promoción y cultura, además, participa de poder económico en la horquilla media de la renta del país. Las clases medias no gozan en los distintos estado del mismo nivel de renta, sino que en cada cual, dependiendo de los recursos, tiene poderes adquisitivos variados; pero, en todos los países, para que pueda hablarse de clases medias, se requiere además del nivel medio de renta la perspectiva de una justa participación social.

La diferencia de nivel de renta entre las clases medias de los distintos estados no representa un índice de percepción de inestabilidad de los respectivos sistemas democráticos, sino que el mismo se aprecia en función inversa al porcentaje de las clases medias dentro de cada país. A mayor porcentaje de clases medias, mayor estabilidad democrática.

El valor de las clases medias como sustrato social de las democracias no es una casualidad, sino la consecuencia de unos equilibrios de justicia en las relaciones sociales. En la medida que la percepción de cada ciudadano evalúa la correspondencia de lo que contribuye y recibe como de equilibrado, su identificación con el sistema se hace más sistemática. Con todas las limitaciones que lo social conlleva por razones de su dimensión, la homogeneidad de clase difunde sensación de justicia.

Con cierta frecuencia se confunden los términos de estabilidad y rentabilidad democrática. La primera es la medida de la estabilidad del sistema, o sea, el grado de identificación de los ciudadanos, y depende mucho del equilibrio de una clase media consolidada. La rentabilidad democrática se corresponde con el grado de progreso social que genera, y no sólo depende de la estratificación de las clases, sino también, del desarrollo cultural.

Los fallos de la democracia como sistema -no como administración- son consecuencia, en la mayoría de sus realizaciones, de inadecuado sustrato social, sobre el cual se pretende establecer una estructura con objetivo de consolidar el sustrato, pero, las más de las veces, el sistema no funciona por la falta de solidez de sus fundamentos. Trabajar por hacer efectivas esas estructuras de justicia social, y que las mismas sean así percibidas por el pueblo, contribuye más a la democracia que cientos de arengas publicitarias.

2.1.3 FUNDAMENTO PSICOLÓGICO

El gobierno efectivo comienza por medio de un individuo que aprende a gobernarse a sí mismo. Mientras más gobierno interno posee una persona, menos gobierno externo necesita. Por consiguiente, mientras más reglas y leyes se requieran para mantener a la gente actuando correctamente es señal de una disminución de la cantidad de auto-gobierno. La historia enseña que el hombre puede controlarse a sí mismo, pero sólo en un grado limitado. Dado que el autogobierno no puede ser impuesto externamente, y que el hombre está limitado en la auto-disciplina personal, tiene que haber otra fuente para el control interno. ***“revela que el hombre puede únicamente ser auto-gobernado verdaderamente si su razón, voluntad y apetito están gobernados por Dios”***. (GROTIUS Hugo.2001:56) La base del auto-control es la obediencia al Creador y a Sus estándares de conducta.

A medida que el pueblo de una nación llega a ser menos auto-gobernado, y renuncia al poder, el gobierno civil (especialmente el gobierno nacional) crecerá cada vez más, haciendo más y más leyes (muchas fuera de su ámbito de jurisdicción) y gastando cada vez más dinero. La falta de auto-gobierno dirige a un mayor gobierno externo y centralizado.

El pueblo de una nación libre no solamente será auto-gobernado sino que también trabajará voluntariamente en unión los unos con los otros para el bien común de toda la nación.

La unión externa de un pueblo resulta de la unidad interna de las ideas y principios que residen en los corazones de la gente. La unión obligatoria, aquella impuesta por la fuerza externa y el temor, nunca durará. La unión no puede ser forzada exteriormente, sino que debe surgir de la unidad interna. Un entendimiento de los principios y el marco de una democracia deben ser

inculcados en los corazones de todo el pueblo para que una nación permanezca junta en unión.

2.2 DIMENSIONES DE LA DEMOCRACIA

“Es fundamental antes de establecer las dimensiones de la democracia tomar en cuenta que “el estado liberal que se vivió en el siglo XIX es un Estado pequeño y cuya función es la tutela de los intereses de la propiedad privada frente a los no propietarios, acentuando en consecuencia, sus perfiles represivos; en cambio el Estado Democrático del siglo XX se convierte en un Estado enorme, donde la mayor parte del cual se dedica a la prestación de servicios a los ciudadanos, como educación, sanidad, previsión social, etc.” (PÉREZ ROYO Javier. 2002:87-88)

De acuerdo a Pérez la democracia del siglo XIX con la del siglo XX tiene una concepción diferente y cuestionadora, en el sentido de la amplitud de sus dimensiones, hace un siglo la democracia defendía la propiedad privada y en el siglo XX se defiende la prestación de servicio, este cambio es eminentemente esencial como elemento de avance y evolución social.

“La democracia como forma de gobierno. Se trata de la dimensión más elemental pero al mismo tiempo fundamental. No sólo nuestra Constitución la entiende como una “forma de vida” (artículo tercero), sino que en la academia pero sobre todo en la política el vocablo tiene múltiples significados” (WOLDENBERG José. 2010:1)

Definir qué se entiende por democracia no debería ser una ardua tarea, ante los innumerables aportes conceptuales planteados desde hace más de 2000 años surgidos desde toda clase de vertiente teórica y perspectiva ideológica; sin embargo, es uno de los conceptos que más divergencias y controversias sigue planteando.

Sin pretender desarrollar un exhaustivo tratado académico reflejamos a continuación los conceptos principales que sustentan el marco teórico del IDD-Lat.

Giovanni SARTORI, es uno de los teóricos que más se detuvo en el análisis de la definición de democracia. Distingue **tres aspectos** que deben considerarse cuando se define a la democracia:

A- La democracia como principio de legitimidad postula que **el poder deriva del pueblo** y se basa en el consenso verificado, no presunto, de los ciudadanos. *“Recuerda que si se apela a las fuentes de autoridad, la connotación más recurrida es la democracia como “gobierno del pueblo”, aunque el órgano gobernante en una democracia no se puede definir en una forma tan amplia”*. (HUNTINGTON Samuel (1731-1796)

SARTORI considera que en la democracia el poder está legitimado, además de condicionado y revocado, por elecciones libres y recurrentes. No se aceptan auto-investiduras, ni tampoco que el poder derive de la fuerza. Puede apelarse a la figura de la **Democracia Participativa**, donde la toma de decisiones prevé la mayor participación posible de los ciudadanos.

Uno de los pilares de la Democracia Participativa es el respeto a derechos considerados básicos de la población: los derechos civiles y políticos.

El respeto a los derechos civiles implica: el respeto del imperio de la ley, a la libertad de tránsito, a libertad de expresión, a la libertad de prensa, entre otros.

El respeto a los derechos políticos implica: elecciones limpias, sufragio universal, respeto al voto, a la división de poderes, etc.

Estos principios de la democracia participativa se expresan en un régimen que define los derechos y deberes de todos los participantes.

B- La democracia como sistema político tiene relación con la titularidad del poder y el ejercicio del poder. Se apela al concepto de la **Democracia Representativa** entendida como **el poder que se transmite por medio de mecanismos representativos.**

Además SARTORI, señala que el hecho de que se añadan algunas instituciones de democracia directa, como el referéndum o plebiscito, no obsta para que las democracias sean indirectas, gobernadas por representantes.

C- La democracia como un ideal. La democracia como es en la realidad, no es **la democracia como debería ser.** Se define a la democracia en cuanto a los fines que persigue. La democracia es ante todo y por encima de todo, un ideal. El elemento ideal o normativo es constitutivo de la democracia y provee una tensión entre lo ideal y lo real que hace que ésta sea perfectible. Cuanto más se democratiza una sociedad, tanta más democracia se tiene.

“Considera útil definir un gobierno democrático en términos de los propósitos u objetivos que éste cumple. Pero los objetivos que se presentan suelen ser generalmente de carácter idealista. Los fines que persigue la democracia pueden ser el Bienestar Humano, la Igualdad, la Justicia, los Derechos Humanos, la Realización del Individuo, la Libertad, el Bien Común, etc., etc. La dificultad de este enfoque es que cada autor presenta su propio listado de fines”.
(HUNTINGTON. 2000: 22)

Las palabras de Huntington hacen reflexionar, porque hoy se considera que la democracia es una condición esencial para promover el desarrollo humano de las sociedades. Se ha señalado que no se concibe el desarrollo económico y

social de la población fuera de contextos democráticos, pero a su vez, no todas las sociedades cuentan con democracias fuertes, estables y desarrolladas.

Consideramos al **desarrollo democrático como un proceso en sí mismo**, no lo consideramos una sumatoria de los conceptos “desarrollo” y “democracia”, sino un concepto que integra y potencia la significación de cada uno de ellos.

Coincidimos con la definición que sostiene el Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático creado por el Parlamento de Canadá.

*“El **desarrollo democrático** considera que la **democracia** engloba a la vez, los aspectos normativos o institucionales del proceso de gobernabilidad y la praxis social, así como la participación efectiva de los ciudadanos en la definición de las prioridades y de las orientaciones que guían las políticas gubernamentales. Por **desarrollo**, entendemos un proceso político de toma de decisiones, tanto por el Estado como por los actores de la sociedad civil, que conduce a una movilización efectiva de los recursos económicos, sociales y culturales en favor de un proceso equitativo de creación y de distribución socialmente negociadas de la riqueza y del poder, proceso que busca respetar el registro completo de los derechos humanos. El ser humano es el sujeto central del desarrollo. En la **expresión "desarrollo democrático"**, se privilegia con frecuencia uno de los términos, en detrimento del otro. Se tiene la tendencia a considerar el desarrollo democrático referido a la estructura y el funcionamiento de las instituciones del gobierno. El desarrollo democrático es más frecuentemente considerado como el reforzamiento del poder de los sectores marginalizados de la sociedad y de su participación en las decisiones económicas que les conciernen. Como ya lo hemos dicho, la preocupación del Centro es privilegiar una acercamiento holístico de los dos términos del concepto, así como los lazos significativos que les unen, como innovación para enriquecer el debate”. (PRATS I CATALÁ Joan. 1999:7)*

Los siguientes seis atributos enunciados permiten hacer un seguimiento tanto de aquello que es propio de las instituciones como de las actividades gubernamentales.

- A. Elecciones libres:** se considera “libre” una elección cuando existe una razonable competencia política y ausencia de fraude electoral.

- B. Sufragio universal:** este derecho no puede ser negado a una minoría y/o sector de la sociedad, es decir, se amplía la posibilidad de participación política a todo el electorado.

- C. Participación plena:** no deben presentarse proscripciones o prohibiciones de candidatos o partidos. Se considera la competencia política que sólo se practica en elecciones libres. Estos tres primeros atributos constituyen una “condición de entorno básico” para la democracia formal, y afectan directamente el comportamiento de los indicadores de la democracia real.

- D. Respeto a las libertades civiles y los derechos políticos:** el respeto a las libertades civiles básicas involucra la libertad de expresión, asamblea y asociación; el respeto a los derechos políticos alcanza también los derechos humanos y de las personas. Se alienta la competencia de la ciudadanía, en cuanto defensora del ejercicio de sus derechos civiles en tanto “ciudadanos” y no sólo en tanto “electores”.

- E. Eficiencia política y calidad institucional:** se establece cuál es el desempeño de las instituciones en cuanto a la calidad de la burocracia estatal, la transparencia en los actos de la administración y la posibilidad de rendición de cuentas. Importa también evaluar la fortaleza de las instituciones ante las distintas expresiones de

preferencias de todos los grupos sociales, incluyendo los más extremos.

F. Ejercicio de poder efectivo para gobernar (por parte de los gobernantes electos): en un proceso de “transición democrática” importa medir el control de autoridades civiles sobre los militares; en procesos de “consolidación democrática” y en “democracias estables” importa la gobernabilidad y los derechos de la administración, entendidos como las políticas que tienden a asegurar bienestar y equidad social, como así también políticas que aseguren eficiencia económica. Esta última mide indirectamente la interacción con el contexto internacional.

Estos tres últimos atributos operacionalizan el concepto de democracia real. En ellos se puede apreciar integralmente la gobernabilidad del régimen (governability) e indirectamente permiten revisar las cuotas de legitimidad o deslegitimación en tanto hay un seguimiento de la acción del gobierno (governing) y la evaluación de su autoridad y liderazgo.

2.2.1 INDICADORES DE CALIDAD DEMOCRÁTICA

“Modelos de Democracia” analiza el desempeño de las democracias a través de indicadores macro que miden “calidad de la democracia”. Sostiene que se encuentra mayor calidad en la democracia cuando las políticas públicas se orientan de manera más benigna y benévola”.(Arend LIJPHART. 2010:7)

De este modo LIJPHART presenta los siguientes indicadores de calidad democrática:

A. Representación de las mujeres (representación parlamentaria femenina, representación femenina en el gabinete). LIJPHART (2010) considera que “estas son medidas importantes de la calidad de la representación democrática por derecho propio y también pueden servir como indicadores indirectos de cómo están representadas las minorías en general”.

Igualdad política, medida a través de la ausencia de grandes desigualdades económicas (medida por medio de la relación ricos-pobres). LIJPHART coincide con DAHL al reconocer una fuerte asociación entre la distribución como medida indirecta de desigualdad, puede considerarse al grado de alfabetismo, “ya que a mayor porcentaje de población alfabetizada, más ampliamente serán distribuidos en la sociedad los recursos intelectuales básicos” (Arend LIJPHART. 2010:7)

B. Participación electoral. Según LIJPHART “muestra hasta qué punto los ciudadanos están interesados en ser representados”.

C. Satisfacción con la democracia. Sólo puede medirse a través de encuestas que consulten a los ciudadanos si están satisfechos con la forma en que funciona democracia en su país, es decir, si hay más proximidad entre las políticas gubernamentales y los deseos de los votantes.

D. Proximidad (o distancia) gobierno-votante. Se mide la distancia entre la posición del gobierno en la escala izquierda-derecha y la posición del votante mediano.

E. Responsabilidad y Transparencia. Se mide a través del índice de corrupción.

F. Requisito del gobierno de la Mayoría. LIJPHART rescata a John Stuart Mill quien “reconoce que el gobierno de la mayoría es el requisito fundamental de la democracia”. Aquí cuenta que el gabinete sea apoyado por la mayoría de los legisladores o que el ejecutivo nacional esté ocupado por un gobernante elegido por la mayoría del voto popular.

El aporte de LIJPHART constituye el primer esfuerzo en cuanto la conceptualización y operacionalización de la calidad democrática. La mayoría de los indicadores, por él propuestos, forman parte del Índice de Desarrollo Democrático que presentamos más adelante.

Creemos que en el Siglo XXI, el desafío tanto para los teóricos de la democracia, como para los gobernantes, es resolver la cuestión de **la valoración de la democracia como un modo de vida, como un fin o ideal que debe buscarse**, entendiéndola como un Sistema Político, con características procedimentales propias, que tiende a fines socialmente consensuados en referencia a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

2.2.2 FORMAS DE DEMOCRACIA

Dentro del posicionamiento Clásico la democracia ha sido dividida en dos grandes formas:

- **Democracia directa:** el pueblo reunido en asamblea o consejo, delibera y toma las decisiones que van a regular la vida en sociedad.
- **Indirecta o representativa:** el pueblo se limita a elegir representantes para que estos deliberen y tomen las decisiones, de forma jerárquica.

Algunos autores también distinguen una tercera categoría intermedia, la democracia, que suele acompañar, atenuándola, a la democracia indirecta. En la democracia semi-directa el pueblo se expresa directamente en ciertas circunstancias particulares, básicamente a través de tres mecanismos:

- **Plebiscito.** El pueblo elige «*por sí o por no*» sobre una propuesta
- **Referéndum.** El pueblo concede o no concede la aprobación final de una norma (constitución, ley, tratado).
- **Iniciativa popular.** Por este mecanismo un grupo de ciudadanos puede proponer la sanción o derogación de una ley.
- **Destitución popular, revocación de mandato o *recall*.** Mediante este procedimiento los ciudadanos pueden destituir a un representante electo antes de finalizado su período.

2.3 NIVELES DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

2.3.1 CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Para KELSEN (2002) *la Constitución en sentido material, está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes conjunto de normas. En sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas*” (KELSEN. 2002: Pág. 19).

De acuerdo a las palabras de Kelsen se determina que es una regulación jurídica sobre las bases de normas y leyes, mismas que la sociedad debe cumplir con la finalidad de disciplinar la conducta de todos y contar con una población justa, equilibrada, cumplidora de sus obligaciones, con sus propios derechos y deberes.

Para CARPIZO (1944) La palabra constitución es multívoca. La constitución de un país es una perpetua adecuación entre un folleto y la vida. La constitución no es un ser ni deber ser, sino es ser beber ser. Contempla la constitución desde dos ángulos:

- **Constitución material.-** Contiene una serie de derechos que el hombre puede oponer al estado y la organización, atribuciones y competencia de éste.
- **Constitución formal.-** Que son las normas que están en el folleto y sólo se modifican a través de de un órgano y en procedimiento especial

2.3.2 DERECHO CONSTITUCIONAL.

Actividad científica que estudia la naturaleza y los principios de la norma constituyente, reguladora de la valides del orden normativo, de las base organizativas del estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad.

La parte de la Constitución que trata de los derechos fundamentales del hombre recibe el nombre de parte dogmática. El segundo principio implica que para realizar el desiderátum de la libertad, no basta con limitar en el exterior el poder del Estado mediante la garantía de los derechos fundamentales del individuo, sino que es preciso circunscribirlo en el interior

por medio de un sistema de competencias. La garantía orgánica contra el abuso del poder está principalmente en la división de poderes. La parte de la Constitución que tiene por objeto organizar el poder público, es la parte orgánica de la Constitución.

2.3.3 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

- 1.- Legitimidad
- 2.- Fundamentalidad
- 3.- Supremacía
- 4.- Rigidez.
- 5.- Inviolabilidad.

2.3.4 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Es el término acuñado por FRIEDRICH Karl y LOEWENSTEIN Karl, (1988) que han difundido este término para referirse a aquellas democracias que se fundan sobre una Constitución con un contenido particular, substancial.

Esto y más, tiene su explicación en que la palabra democracia es utilizada por los más opuestos sectores políticos, por lo que se ha creado una confusión en cuanto a su significado, lo que hace necesario un esfuerzo para precisar su sentido y alcance; de allí surge el concepto elaborado por los autores ya citados.

La Democracia Constitucional tiene las siguientes características o elementos:

- Participación política
- Derechos fundamentales
- Pluralismo político

- Principio mayoritario
- Separación orgánica de funciones
- Representación política

Las características constitucionales para la determinación de un sistema democrático; tiene un raíz socio histórica o simplemente de filosofía de la historia cuando lo de *facto* nunca es de *jure*, sin embargo, la realidad es más que la verdad cuando la verdad no dura ni madura.

En el II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de México en julio de 1980, se da fiel testimonio de nuestro acervo cultural invertido *ipso facto* con constituyentes y constituidos y constituidos y en constituyentes en la dinámica socio-jurídica-ecuménica a nivel académico.

Las constituciones habían sido escritas y consuetudinarias; rígidas y flexibles; dogmáticas u orgánicas; nacionales y extranjeras, sustituibles e insustituibles, románticas y fenicias, federadas y confederadas; desde ahora todas serán universales y fotocopiadas.

La legitimidad y legalidad del Estado; positividad y vigilancia del derecho; ese poder político, jurídico y económico; se ha convertido ahora en económico primero, jurídico segundo y finalmente económico.

Todo del mundo debe tener en su mano derecha la constitución y en la izquierda el código civil, no hay más manos ni más libros que nos indiquen el camino de la polis griega.

2.3.4.1 Características de la democracia constitucional

La democracia constitucional es un paradigma teórico con profundas consecuencias tanto para la ciencia jurídica como para el modelo político del Estado. Para tener una mejor comprensión del paradigma intentaremos contrastarlo con el paradigma del constitucionalismo liberal.

“La naturaleza de la democracia tiene una nueva dimensión. En el constitucionalismo liberal prima la democracia formal. “La democracia es un conjunto de procedimientos que tienen que ser observados para tomar decisiones y para designar a las personas que deciden” ... (FERRAJOLI, Luigi. 2001:35 y 339). En la democracia constitucional, si bien hay que observar los procedimientos, importa más lo sustancial la finalidad de las decisiones. La finalidad de las decisiones no es otra que el respeto y la garantía de los derechos humanos; por ello la justicia no se sacrificará por la sola omisión de formalidades. Una decisión puede ser inconstitucional si irrespete los derechos humanos.

2.3.4.2 Independencia y autonomía

Abordamos la independencia y autonomía judicial desde el punto de vista de los doctrinantes, los jueces y la experiencia de otros países en busca de una verdadera independencia para sus jueces, especialmente en Latinoamérica.

“Se encuentra comunes denominadores, los problemas crónicos que minan la función autónoma del juez la falta de presupuesto, el rango de inferioridad al que se ha relegado a la rama judicial, la injerencia de la clase política y del ejecutivo en la judicatura, la estratificación del poder judicial pero sobre todo una relación íntima entre la Independencia Judicial y la Defensa de los derechos humanos, donde es imposible distinguir la línea que los separa,

porque aún en medio del conflicto más atroz, le corresponde al juez, por mandato de la constitución, la histórica e ineludible misión de convertirse en garante de los derechos civiles fundamentales, en especial del derecho a la vida”. (TOLOZA PINILLOS O. 2000:79) «La época le exige negarse a ser un amanuense de la barbarie para convertirse en un hacedor del Derecho de los derechos humanos.

2.3.5 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.3.5.1 Definición de garantías

La palabra garantía proviene del término anglosajón “warranty” o “warantia”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar. Garantía equivale pues, en sentido amplio un aseguramiento o afianzamiento, pudiendo también denotar protección, respaldo, defensa, salvaguarda o apoyo.

En derecho público, el concepto de garantía ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas preestablecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional.

Desde el punto de vista de la ley fundamental las garantías individuales implican los derechos del gobernado frente al poder público.

2.3.5.2 Elementos de la garantía individual.

A.-Relación jurídica de supra o subordinación entre el gobernador (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujeto pasivo).

B.-Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto).

C.-Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).

D.-Previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental (fuente).

2.3.5.3 Garantía de igualdad

La igualdad jurídica es la posibilidad de que gozan las personas que se encuentran colocadas en un supuesto legal determinado de adquirir los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones, es decir, de ser tratadas de la misma manera.

Es fundamental una necesaria redefinición de la democracia, sobre la base de la redefinición de la soberanía popular, permite concluir que las garantías de los derechos fundamentales son garantías de la democracia. Ésta, por tanto, comprende cuatro dimensiones: las primeras dos “formales”, relacionadas con los derechos-poder de autonomía *política* y *civil*; las otras dos “sustanciales”, relacionadas con los derechos de *libertad* y *sociales*. Las garantías constitucionales se vinculan con la rigidez de la Constitución y consisten en las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas

positivas o negativas normativamente establecidas. Existen pues, de una parte, “*garantías positivas*” y “*garantías negativas*”. De otra parte, cabe distinguir entre “*garantías primarias*” (la suma de las anteriores) y “*garantías secundarias*” (de justiciabilidad, las cuales intervienen en caso de violaciones de la expectativa normativa y de sus garantías primarias).

2.4 DERECHOS FUNDAMENTALES

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.

Se designan con varios nombres: derechos humanos, derechos del hombre, derechos de la persona humana. Se emplea, en fin, el término derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales constituyen para los ciudadanos la garantía de que todo el sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana.

2.4.1 CLASES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

- **Derechos Civiles:**

Son los que afectan de modo más directo a la persona. Se encuentran entre ellos como más importantes el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, a la libertad y a la seguridad, a la dignidad, a la libertad de pensamiento y conciencia, a la libre profesión de una religión y a la inviolabilidad del domicilio.

- **Derechos políticos:**

Son los que se refieren a la intervención del ciudadano en la vida pública. Por ejemplo: la libertad de expresión y de información, libertad de asociación y reunión, libre acceso a la justicia, derecho al sufragio, a participar en el gobierno, a exigir del poder que rinda cuentas de su actividad, etc. Cabe mencionar también otros derechos, que podríamos definir como socio-culturales que englobarían.

2.4.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales poseen las siguientes características:

- **Imprescriptibles:** No les afecta la prescripción.
- **Inalienables:** No son transferibles a otro titular.
- **Irrenunciables:** De modo que el sujeto no puede renunciar a ellos.
- **Universales:** En el sentido de que son poseídos por todos los hombres.

2.4.3 IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la actualidad se vive una etapa de la historia constitucional moderna o contemporánea que está caracterizada por la vertiginosa constitucionalización de las diferentes esferas del Derecho bajo ciertas condiciones como lo advierte Paolo Camanducci, y de la actividad judicial y estatal en general, como manifestación del Estado de Derecho, donde los principios de constitucionalidad y de legalidad informan todo proceso de interpretación y de aplicación del ordenamiento jurídico de una nación, como expresión de la doctrina de las constituciones abiertas, surgida a partir de la Segunda Guerra

Mundial, que tienen una característica de ductibilidad y de ésta forma permiten a los gobernantes forjar una política constitucional expresada en normas de principio que representen la continuidad del pasado hacia el presente y del presente hacia el futuro, conforme bien lo expresa CARBONELL Miguel (2009) y de esta manera se asegura que en América Latina, consoliden sus sistemas políticos democráticos propios de los Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho, que tienen como derrotero asegurar la fuerza normativa de las Constituciones manifestado en: 1) La consagración del derecho internacional de los derechos humanos, 2) La afirmación del derecho a la integración, 3) La consolidación de un proceso de descentralización del poder, 4) La afirmación del control de constitucionalidad, 5) Asegurar Estados Eficaces, tal como lo propone el jurista argentino Antonio M. Hernández.

2.4.4 LA APELACIÓN COMO DERECHO

La **Apelación** “es un *recurso ordinario por el que unas actuaciones judiciales se remiten a un órgano superior con la posibilidad de practicar nuevas pruebas para que revoque la resolución dictada por otro inferior*” (QUISBERT E:1). En otras palabras es el hecho de refutar intentar cambiar una decisión anteriormente tomada por otro juez.

La **apelación** es un recurso procesal a través del cual se busca que un tribunal superior enmiende conforme a Derecho la resolución del inferior.

Dentro del orden jurisdiccional existen diferentes instancias ordenadas de forma jerárquica. Esto significa que la decisión de un órgano jurisdiccional puede ser revisada por uno superior. Cuando un juez o tribunal emite una resolución judicial, es posible que alguna de las partes implicadas no esté de acuerdo con la decisión.

En este caso, habitualmente, la parte puede hacer uso de la *apelación*, a través de la cual se recurre a un órgano jurisdiccional superior para que revise el auto judicial o la sentencia y, si estima que tiene defectos, la corrija en consecuencia.

El equivalente en el orden administrativo suele denominarse *recurso de alzada*, que es la forma en que se solicita al funcionario superior que revise la decisión de un subordinado y que se contrapone al *recurso de reposición* o *reconsideración*, que se dirige al mismo funcionario que dictó la resolución.

Cuando una sentencia jurisdiccional no admite ningún recurso, o ha terminado el plazo para presentarlos, se denomina sentencia firme.

- La apelación es un recurso ordinario, es decir, la ley lo admite por regla general contra toda clase de resoluciones.
- Además, es un recurso constitutivo de instancia, lo que significa que el tribunal superior puede pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y derecho que han sido discutidas en el proceso. En otras palabras, no está limitado sólo a revisar la aplicación correcta de la ley, como sucede en los recursos de casación.
- Aunque normalmente varía en función de la legislación y de la materia, lo normal es que el ámbito del tribunal en la apelación se limite a lo solicitado por las partes (el *petitum*). Es posible que una sentencia no sea completamente favorable a ninguna de las partes, y si sólo una de las partes apela una decisión, el tribunal que revisa el caso no puede perjudicar la situación del apelante y dictar una nueva sentencia que le sea más perjudicial (*reformatio in peius*). En este caso, lo normal es que ambas partes presenten apelaciones, de forma que el órgano judicial tenga un ámbito de actuación mayor.

2.5 PROCESO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

2.5.1 CONSTITUCIÓN

La constitución es la ley fundamental sobre la que se asienta un estado determinado con todo su andamiaje jurídico. Establece la división de poderes con sus alcances, a la vez que garantiza derechos y libertades. (Diccionario Virtual. 2011).

El poder con capacidad para redactar o modificar una constitución se denomina poder constituyente. Este poder no se origina en ninguna norma sino que tiene una naturaleza política con la capacidad de dictar normas; la idea más extendida es que el pueblo es el titular de este poder.

2.5.2 PROCESO PARA ELABORAR LA CONSTITUCIÓN.

Con el actual incremento en los procesos de formulación de constituciones políticas alrededor del mundo, ha aumentado también el interés en cuanto al papel de las asambleas constituyentes. La característica distintiva de una asamblea constituyente en el Ecuador es que esta se establece para redactar una constitución, o al menos esa es su función primordial, siendo esta todavía la modalidad más común para llevar a cabo ese proceso. A diferencia de otras épocas, una constitución no es aceptada ya como una imposición de parte de un grupo victorioso o dominante sobre otros (o una concesión de un monarca o presidente), ni siquiera su promulgación por parte de un régimen militar, aunque ambas situaciones se han presentado durante las últimas dos décadas.

Para el Ecuador es fundamental establecer una diferenciación entre una asamblea constituyente y otros mecanismos de toma de decisiones podría

sugerir que se trata de una "especie" distinta, con sus características generalmente aceptadas. Pero el hecho es que puede tener —y de hecho las ha tenido — enormes diferencias en cuanto a su composición, funciones y modalidades de operación. Estas diferencias tienen un impacto fundamental en la conducción del proceso de formulación constitucional, así como en su orientación y resultado final.

La asamblea constituyente del Ecuador debe verse en el contexto del proceso completo de elaboración de una nueva constitución. En algunos países esa instancia ha tenido a su cargo todo el proceso, mientras que en otros ha compartido esa tarea con otras instituciones, incluso hasta darle fuerza de ley al nuevo documento. Por lo tanto, cuando se toma la decisión de convocar a una asamblea constituyente, resulta importante enfocarse en su relación con otros aspectos del proceso, incluyendo la cuestión fundamental de cómo iniciar el proceso de reforma y cómo desarrollar un consenso en torno a las instituciones y los métodos. En este documento se aborda, por tanto, no solo la mecánica de una asamblea constituyente, sino también el contexto en el que ésta ópera y sus conexiones con el Estado, la sociedad y otros procesos.

El documento constitucional debe abordar no solo la estructura del gobierno, sino también la forma en que las comunidades se relacionan con esa estructura y otros aspectos sociales críticos.

Aunque las negociaciones en torno a la constitución se consideran como el método idóneo para resolver diferencias, el hecho es que el proceso que conduce a su formulación puede ser en sí mismo profundamente divisivo, debido a que hay mucho en juego.

Se trata de un proceso a menudo divisivo porque es profundamente político y es político no solo en el sentido de que involucra un diálogo por el poder político y la deliberación en torno a los valores e instituciones sociales, sino

también en un sentido más crudo, ya que involucra a individuos y grupos que se disputan el poder. Se trata de tácticas y estrategias que pueden incluir el obstruccionismo y el sabotaje.

Históricamente una gran cantidad de procesos no han logrado concluir con un nuevo texto constitucional, lo cual no significa necesariamente que todo el proceso haya fracasado, aunque para hacer tal evaluación resulta importante analizar cuál es el objetivo de formularla.

2.5.3 OBJETIVOS DEL PROCESO DE ELABORACIÓN CONSTITUCIONAL

Objetivos de los procesos de elaboración constitucional, a parte de la producción de un nuevo documento. Constitución del Ecuador (2008)

- *La reconciliación entre los grupos*
- *El fortalecimiento de la unidad nacional*
- *El empoderamiento de la ciudadanía y su preparación para participar en la vida pública, así como para el ejercicio y protección de sus derechos.*
- *La elaboración en torno a los objetivos y valores nacionales*
- *La ampliación de la agenda para el cambio*
- *La promoción del conocimiento y respeto por los principios del constitucionalismo.*
- *El fortalecimiento de la legitimidad de la búsqueda de acuerdos y de la propia constitución.*

Hoy en día una constitución será prácticamente en todos los casos un documento negociado, un pacto entre diversas comunidades y regiones.³ Es necesario que los objetivos y componentes del proceso reconozcan el carácter negociado de la constitución – utilizando la palabra "componentes"

para referirse a los procesos que involucra, más que a las instituciones (tales como la asamblea constituyente) que los llevarán a cabo.

“Si bien la constitución es un producto de importancia crítica dentro del proceso, este cumple con varios objetivos que también son importantes y pueden tener otras funciones, ya sea en forma intencionada o no intencionada”. Documento ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (2008)

En una sociedad en conflicto (y la mayoría de las sociedades que vayan a formular una nueva constitución lo harán debido a algún tipo de conflicto, ya sea pasado presente) el proceso de formulación constitucional debe cumplir la función de promover la reconciliación entre los grupos enfrentados. De hecho, a menos que exista una sensibilidad en torno a este aspecto, cabe el riesgo de que el proceso de formulación constitucional demuestre ser divisivo y por lo tanto contraproducente.

El propio proceso debe estar diseñado e implementarse de forma tal que fortalezca la unidad nacional y el sentido de una identidad nacional en común., lo cual no se logrará si no se trata de un proceso inclusivo en el que todos se sientan involucrados, y no solo las partes activamente involucradas en el conflicto. Esto significa que todos los aspectos de la diversidad nacional deberán reconocerse y quedar reflejados en el proceso, incluyendo las diversidades religiosas y lingüísticas.

El proceso, y la constitución resultante, deben constituir un trampolín hacia el futuro, más que una culminación. Es posible por lo tanto, que haga más que definir el marco de gobierno y que se trate de un proceso de elaboración de los objetivos y valores nacionales y de ampliación de la agenda de cambios, los cuales pueden o no quedar condensados en última instancia en el documento, pero el ejercicio de formulación constitucional en sí mismo puede ser un importante catalizador de este proceso más amplio, en especial si se

diseña de forma tal que contemple debates y discusiones nacionales y que permita determinar los intereses de toda la hace poco tiempo que la participación popular tiene cabida en el proceso de formulación constitucional.

2.6 NEOCONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO DE LA CONSTITUCIÓN

El neoconstitucionalismo como proceso histórico se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del viejo mundo. Estas transformaciones son claramente perceptibles, a partir de la sanción de las constituciones de la posguerra, en países como Alemania, Italia y Francia y, más tardíamente a partir de 1978, España. Es como una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo.

SANTIAGO ALFONSO >(2008) ***“El neoconstitucionalismo también puede ser visto como la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico antes descrito. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones jurídicas que se advierten. Con el neoconstitucionalismo se da un cambio importante en el concepto de derecho, en la teoría de la interpretación y en la metodología jurídica”*** Pág. 3.

CORTE CONSTITUCIONAL (2010) ***“El neoconstitucionalismo reivindica la reinterpretación desde la Constitución del Estado de Derecho”*** Pág. 17

Según CARBONELL Miguel (2010) *El Neoconstitucionalismo, es entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, y cada día tiene más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, y en Latinoamérica: Se trata de un fenómeno escasamente estudiado cuya cabal comprensión determina un largo proceso de estudio*” Pág. 1-2.

El jurista italiano GUASTINI señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

- 1) Incorporación de una constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;
- 2) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;
- 3) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”;
- 4) La “sobreinterpretación” de la Constitución, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;
- 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares;
- 6) La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores;
- 7) Influencia de la Constitución en el debate político.

GUASTINI, Riccardo, (2001) *“Cabe destacar la centralidad que los derechos fundamentales o derechos humanos comienzan a tener en la vida jurídica y política. Pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento político-jurídico del Estado y extienden, también, su influjo a las relaciones privadas”*. (GUASTINI, Riccardo. 2001:48)

La mayor parte de las Constituciones nacidas después de la Segunda guerra mundial poseen algunas características particulares. Por un lado, una neta distinción entre la Constitución y la ley, lo que determina para la reforma constitucional la necesidad de modalidades diferentes con respecto a lo que se requiere para la creación de la ley ordinaria; y, por el otro, la institución de un órgano jurisdiccional (una Corte, un Tribunal constitucional) encargado de vigilar sobre la constitucionalidad de la ley en cualquiera de sus manifestaciones. ***“El neoconstitucionalismo como se le suele llamar, asistimos a un cambio de paradigma jurídico, en cuanto que no sigue rigiendo el principio auctoritas facit legem que, al menos en parte, ha sido sustituido por el principio veritas facit legem”.*** *Derechos fundamentales* (original en italiano *Diritti fondamentali*, en «Teoría política», (FERRAJOLI, L. 1998, 2)

En primer lugar la Constitución se le coloca en una posición jerárquica diferente con respecto a la ley ordinaria, estableciendo obligaciones para su reforma que son diferentes, más complejos y cualificados. En segundo lugar, porque en ella se definen algunos aspectos, diferentes de Constitución a Constitución, cuyo contenido se substraen al legislador, por un lado, y, por el otro, funciona como parámetro de constitucionalidad de todo acto de ley. En tercer lugar, para finalizar la Constitución se constituye un órgano jurisdiccional donde su función es la de vigilar el respeto tanto de la posición sobre ordenada de las normas constitucionales como las eventuales “invasiones” del legislador en el terreno que se le ha substraído: en el límite, según la eficaz fórmula de (GARZÓN VALDÉS Ernesto. 1989:143-164).

Esto determina que el movimiento constitucional, que se extiende a muchos países de América Latina, como algo novedoso en la práctica constitucional es precisamente el hecho de que, a pesar de los precedentes citados (España 1931, Austria 1920) y de que el control jurisdiccional de constitucionalidad existiera ya desde 1804 en la Constitución estadounidense, de cualquier

manera es sólo después de la Segunda guerra que el cambio asume las características de un movimiento constante, de una tendencia cierta.

El neo-constitucionalismo, *“es sobre todo un movimiento, una tendencia práctica del constitucionalismo, más, o mejor dicho, antes que una corriente teórica. Nace y se extiende, primero, el hecho —las nuevas Constituciones— y, después, se generan las ideas que de tales hechos intentan una explicación y una racionalización” teórico del derecho y de la democracia*”, (BOBBIO Norberto. 2010:1)

No hay nada de sorprendente en ello, aunque en verdad en muchas ocasiones se tiende a pensar, con una actitud un tanto optimista, que las ideas tienen la fuerza de orientar la realidad, de hacer que los hechos tomen una dirección en lugar de otra. A veces tal vez esto suceda, y sería deseable que sucediera con mayor frecuencia; pero hay que constatar que las excepciones, aun en buena cantidad, no forman una regla.

Una muestra de que las ideas siguen a los hechos, y también, por desgracia, de que a veces no los perciben perfectamente en sus mutaciones, es que en relación a los cambios que van asumiendo las Constituciones de la posguerra un estudioso cuya agudeza nadie osa poner en duda —me refiero a Norberto Bobbio— no parece percatarse, ni en su obra iusfilosófica ni en su obra filosófico-política, de tales cambios ni de sus repercusiones en la idea de democracia. “en efecto no solo no hace objeto de sus reflexiones el tema de la Constitución sino que, como efecto de ello, sostiene con extrema perseverancia una concepción mínima, meramente formal, de la democracia”. (BOBBIO Norberto 2010:1)

“El garantismo es el movimiento o escuela del derecho constitucional, penal o procesual que asegura la más amplia y efectiva observancia de toda norma, derechos, garantía o principio en defensa de la persona y de su dignidad frente al

Estado y frente a terceros en todos sus posibles roles: como ciudadano, administrado, arrestado, defendido, sumariado, imputado, procesado, acusado, condenado, etc.” (BIDART CAMPOS Germán.1998:286)

Hay que tomar en cuenta que en las Constituciones se individualice un conjunto de prescripciones dirigidas al legislador, que pasan tanto por límites como por vínculos, que se expresan como prohibiciones y como obligaciones. Prohibiciones, por ejemplo, de no conculcar algunos derechos, como los derechos de libertad y los derechos políticos, o de modificar aspectos que el constituyente ha considerado intocables, y, por otro lado, obligaciones de actuar en los preceptos contenidos en normas constitucionales, referidos tanto a instituciones y a estructuras públicas como a determinados derechos —aquellos que necesitan para su garantía no de una abstención sino en una acción—. Es decir que el garantismo es en su conjunto, derechos e instituciones, prohibiciones y obligaciones, obedecen en resumidas cuentas a la intención del constituyente de encontrar puntos de equilibrio entre el poder político y la autonomía privada, tratando de asegurar, por un lado, la eficacia de la acción política y, por el otro, de garantizar la esfera de las libertades personales frente a las intromisiones tanto del poder político como de los poderes económicos y, ¿por qué no?, también de otros individuos.

Entonces, el garantismo en su sentido amplio, o sea en una idea de derecho, claramente normativa, que orienta las instituciones jurídicas y la acción de los poderes públicos a colocarse en una posición que, sin caer en el moralismo ni en el populismo, se podría llamar de servicio. De servicio en cuanto al derecho se le concibe como una estructura no natural sino artificial, creada por la razón humana con objetivos precisos: la garantía de la vida pacífica de los individuos. En tal sentido, sin entrar en el mérito de las teorías contractualistas del nacimiento del Estado, no es incompatible con la función del Derecho pensar que Estado y Derecho son creaciones humanas que responden a la preocupación de los individuos por abandonar un estado de

cosas en el que rige la ley del más fuerte, y donde —como diría Hobbes— el hombre es un lobo para el hombre.

2.6.1 GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN LUIGGI FERRAJOLI

“«Garantía» es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. El sentido originario del término es, sin embargo, más restringido. Por garantía se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano¹, dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales”. FERRAJOLI LUIGGI. 2001)

Justamente en relación con estos derechos, se distinguen dos clases de garantías: las garantías reales, como son la prenda o la hipoteca, mediante las cuales el deudor pone a disposición del acreedor un bien -mueble, en el primer caso; inmueble, en el segundo- con el que resarcirse en caso de incumplimiento; y las garantías personales, como la fianza y el aval, a través de las cuales un tercero se obliga, en caso de incumplimiento de la obligación, a satisfacerla en el lugar del deudor.

La ampliación del significado del término «garantías» y la introducción del neologismo «garantismo» para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales³ son, en cambio, relativamente recientes.

Entiendo por «derechos fundamentales» -en oposición a los «derechos patrimoniales», como la propiedad y el crédito, que son derechos singulares, que adquiere cada individuo con exclusión de los demás- aquellos derechos universales y, por ello, indisponibles e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar ya se trate de derechos negativos, como los

derechos de libertad a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o de derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos.

2.6.1.1 Garantías constitucionales positivas y negativas

“La tesis que intento sostener es que la rigidez de las normas constitucionales impone al legislador ordinario dos clases de garantías constitucionales, conectadas entre sí como las caras de una misma medalla y correspondientes a la doble naturaleza, de aspecto negativo y de aspecto positivo, que — como se ha dicho— revisten, en particular, los derechos fundamentales con ellas establecidos: por un lado, las garantías negativas, consistentes en la prohibición de derogar; por el otro, las garantías positivas, consistentes en la obligación de realizar lo dispuesto por ellas” (FERRAJOLI. 2001:11)

Las ***garantías constitucionales negativas***, es decir, las consistentes en prohibiciones, son las de la inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario, al cual impiden la producción de normas reñidas con ella. Aquéllas son dos:

- a) Las normas sobre la revisión constitucional, que impiden cualquier revisión o que prevén, para la modificación de las normas constitucionales, procedimientos más agravados que aquellos previstos por las leyes ordinarias.
- b) Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos preceptivos reñidos con las normas constitucionales, por comisión o por omisión, por razones de forma o sustancia. En efecto, las normas de esta clase no se identifican con la rigidez, que como he dicho es un rasgo estructural de la Constitución, generada por su ubicación en el vértice de la jerarquía de las fuentes, sino con sus garantías negativas. Precisamente, las normas sobre la revisión son la

garantía negativa primaria, consistente en la prohibición de la producción de normas de ley que violen o deroguen normas constitucionales, esté aquella incondicionada o condicionada a la adopción de un procedimiento legislativo agravado. Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son, en cambio, la **garantía negativa secundaria**, consistente en la anulación o en la inaplicación de las normas de ley reñidas con las normas constitucionales y, por tanto, en violación de su garantía negativa primaria.

Aún más importantes que las garantías constitucionales negativas son las **garantías constitucionales positivas**, extrañamente descuidadas, o — peor— ignoradas por la doctrina, a pesar de que son indispensables, en particular, para la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. *“Aquéllas consisten en la obligación, a la cual está vinculado el legislador en correspondencia con tales derechos, de establecer una legislación de ejecución: en suma, en la obligación de introducir las **garantías primarias y secundarias** correlativas a los derechos fundamentales estipulados; aunque habría finalmente, a despecho de su estipulación constitucional, la inexistencia no sólo de las garantías, sino también de los derechos en sí mismos”* GUASTINI, R., «Tre problemi di definizione», en (FERRAJOLI. 2001:43-48)

Esta singular disolución de los derechos en las garantías es el precio pagado por Kelsen por su concepción imperativista del Derecho, basada sobre la centralidad de la sanción. Se trata, sin embargo, de un precio demasiado alto, que contradice la premisa normativista y iuspositivista de su misma teoría. De aquí se deriva, en efecto, que derechos formalmente puestos o producidos por actos normativos válidos pero privados de garantías serían, simplemente, derechos inexistentes; que inexistentes simples *flatus vocis* serían también las normas que los expresan; que enteros catálogos de derechos gran parte de

los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos por convenciones internacionales serían no-derechos, no-normas, solamente por estar privados de garantías, tanto primarias como secundarias.

Esta obligación de una legislación de ejecución, consistente en la introducción de las garantías primarias y secundarias faltantes la que integra la *garantía constitucional positiva* de los derechos fundamentales establecidos. No es, por tanto, verdad que la carencia de garantías legislativas primarias y secundarias equivale a la carencia de cualquier obligación en cabeza del legislador: de modo que, como escribe GUASTINI, debemos o abandonar la definición de “derecho subjetivo” como expectativa a la que corresponde un deber, o bien negar la existencia del derecho a pesar de hallarse constitucionalmente establecido. Con relación al tema Michelangelo BOVERO, expresa que existe una obligación, y es precisamente la de encuadrar las garantías correspondientes al derecho estipulado. Es en esta obligación de una legislación de ejecución que podemos identificar la garantía constitucional positiva primaria de los derechos constitucionales establecidos. Se trata de una garantía débil en un doble aspecto: en primer lugar, por la dificultad de asegurar la efectividad mediante una garantía constitucional positiva secundaria como sería el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre las lagunas; en segundo lugar, porque aquélla es, por así decir, una meta-garantía, consistente en la obligación de introducir legislativamente la *garantía fuerte* constituida por las garantías primarias y secundarias correspondientes al derecho constitucionalmente establecido.

Por lo demás, todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas como sí sucede con los derechos patrimoniales, en correspondencia con los derechos garantizados. Por ejemplo, si se toma la estipulación constitucional, con el derecho a la vida, o bien con un derecho de libertad como el *habeas corpus*, o bien con un derecho social como el

derecho a la salud. A falta de la prohibición penal del homicidio o de la garantía procesal de la libertad personal o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria, tales derechos son destinados a permanecer en el papel.

Mas, ciertamente, no diremos que ellos no existen porque no existe, como requiere la definición de derecho subjetivo, el deber o la obligación correspondiente. Existe, en efecto, la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes aquélla realiza y satisface, como garantía constitucional positiva, la tesis teórica del nexo de implicación entre derecho y garantía.

“Esta ampliación del significado de la palabra garantía se ha producido en el terreno del derecho penal. Más concretamente, la expresión garantismo, en su sentido estricto, surge, en la cultura jurídica de Italia en la segunda mitad de los años setenta como contestación teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales” (LIZCANO 2006:96). En este sentido, el garantismo aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal. Y se relaciona con la exigencia, típica de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente a ese «terrible poder» que es el poder punitivo, en expresión de Montesquieu.

Se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes -públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional- mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas

privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.»

Por otro lado, la concepción de este tipo del garantismo resulta extensivo, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, sean públicos o privados, estatales o internacionales. En efecto, todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto.

2.6.2 POSITIVISMO Y GARANTÍAS

El **Positivismo** es una corriente o escuela filosófica que afirma que el único conocimiento auténtico es el conocimiento científico, y que tal conocimiento solamente puede surgir de la afirmación positiva de las teorías a través del método científico. En consecuencia, *“dice que "positivismo jurídico" es el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como "derecho" al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre”*. (Kelsen. 2008:7) El positivismo deriva de la epistemología que surge en Francia a inicios del siglo XXI de la mano del pensador francés Augusto Comte y del británico John Stuart Mill y se extiende y desarrolla por el resto de Europa en la segunda mitad de dicho siglo. Según esta escuela, todas las actividades filosóficas y científicas deben efectuarse únicamente en el marco del análisis de los hechos reales verificados por la experiencia.

Para desarrollar el aparato crítico relacionado con el positivismo jurídico en relación a las garantías, se fortalece en lecturas que brinden un modelo de fundamentación iusfilosófica moderada de derechos, ya sea que parta de un iusnaturalismo racionalista o de un iuspositivismo moderado o corregido.

De igual forma, este análisis tiene una base dentro de la corriente neoconstitucionalista (teniendo como origen formal la escuela genovesa de teoría del derecho) que pugna por una visión principialista del derecho y dinámicos controles constitucionales por medio de los cuales se irradie la totalidad del sistema jurídico.

Asimismo, se parte del constitucionalismo discursivo de para explicar el complejo fenómeno de la interpretación y argumentación iusfundamental. **“Se abordarán el principio de proporcionalidad y sus distintos subprincipios, que tienen como finalidad primordial evitar la arbitrariedad en la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales a partir de su adecuación, idoneidad y necesidad de las medidas que empleé la autoridad”**. (ALEXY Robert: 21).

La teoría constitucional ha tenido en los últimos años un avance muy significativo como consecuencia del relevo generacional de una considerable cantidad de ministros y jueces, que han influido en la labor de la magistratura constitucional a través de la implementación de nuevas técnicas en la solución de problemas constitucionales. De esta manera, nuestro este estudio pretende analizar y plantear el fortalecimiento de esa teoría constitucional de los derechos fundamentales.

Las **Garantías** se han identificado con la definición de defensa de la Constitución, es decir, englobando tanto a los medios preventivos como a los represivos, siendo que, se debería referir exclusivamente a estos últimos.

Se entiende por garantía constitucional el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política.

2.6.3 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR

En el TÍTULO III de la Constitución de la República del Ecuador se encuentra las garantías constitucionales, son importantes tomarlas encuentra a la hora de aplicar el trabajo de los jueces.

Capítulo primero

Garantías normativas

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Capítulo segundo

Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana

Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Capítulo tercero

Garantías jurisdiccionales

Sección primera

Disposiciones comunes

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.

2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:

a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.

b) Serán hábiles todos los días y horas.

c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.

d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.

Art. 87.- Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

Sección segunda

Acción de protección

Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando

supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Sección tercera

Acción de hábeas corpus

Art. 89.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad.

La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata.

En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable.

Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia.

Art. 90.- Cuando se desconozca el lugar de la privación de libertad y existan indicios sobre la intervención de algún funcionario público o cualquier otro agente del Estado, o de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, la jueza o juez deberá convocar a audiencia al máximo representante de la Policía Nacional y al ministro competente. Después de escucharlos, se adoptarán las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad.

Sección cuarta

Acción de acceso a la información pública

Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El

carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

Sección quinta

Acción de hábeas data

Art. 92.- Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

Sección sexta

Acción por Incumplimiento

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.

Sección séptima

Acción extraordinaria de protección

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

2.7 LA PONDERACIÓN JURÍDICA

Una de los aspectos más discutidos en la Teoría del Derecho en las dos últimas décadas es la diferencia entre reglas y principios. Es importante mencionar, que tanto unas como otros tienen en común la característica de ser normas jurídicas, definiéndolas como enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas, así mismo presentan significativas diferencias, de acuerdo a su forma de aplicación y al modo en que es posible resolver situaciones de contradicción entre ellas.

La ponderación como herramienta de aplicabilidad del derecho aunque es una temática relativamente nueva en nivel Latinoamérica, España y otros países existe información importante sobre la ponderación de derechos y los juristas que tienen escrito artículos y textos importantes sobre la ponderación jurídica están Robert Alexy traducción de Carlos Bernal Pulido; Miguel Carbonell, Walter Leisner, Rudolf Stammler, Fritz Ossenbuhl, FERRAJOLI Luigi, BIDART CAMPOS Germán entre otros; estos documentos en muchos casos son difíciles de conseguir a no ser de comprarlos en el exterior o mandarlos a traer o comprarlos por internet. Es necesario mencionar que documentos prácticos, didácticos que determinen los procesos de la ponderación, ley de ponderación, bases argumentativas o formula de peso, no existen como material de apoyo en los juzgados al menos del Ecuador que es el presente caso de investigación.

Por otra parte, como señala ZAGREBLESKY ***“por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios”*** (ZAGREBLESKY, Gustavo.1995:109)

No obstante, esta crítica al positivismo jurídico ha sido contestada ampliamente por distintos juristas. Así, como escribe Gregorio PECES- Barba, los valores, **“los principios y los derechos no son Derecho si no se incorporan al sistema jurídico por las puertas por las que entra la moralidad en el Derecho: el Derecho legal y el Derecho judicial”**. (Gregorio PECES- Barba. 1997:1) Por tanto, no es evidente la contradicción entre principios y reglas, ni es necesaria la aproximación iusnaturalista de que existe Derecho al margen de lo que Hart llama la regla de reconocimiento y yo la norma fundada básicamente de identificación de normas.

Por el contrario, aparece en la realidad que los principios, los valores y los derechos, ya no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad.

Ambos, principios y reglas, sólo son relevantes para el Derecho como Derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores jurídicamente habilitados, los incorpora al sistema. Ambos son pues, normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción del mecanismo del Derecho.

“Así se puede hablar de normas principio y de normas regla. No veo que esta interpretación ponga en entredicho el valor de una aproximación positivista. (Peces-Barba Martínez, Gregorio.1997:13).

“La evolución histórica de la libertad y demás derechos fundamentales del hombre, derechos que fueron desarrollados a la par con el modelo de Estado, y que lograron finalmente que el Estado cumpla con las condiciones básicas de un Estado garantista de derechos constitucionales y sociales”. (MONTERO LARA Manuel.2009:2)

Lara, además reconoce que existe una influencia del neo constitucionalismo en nuestra Constitución, estableciendo los métodos y técnicas que utiliza el Estado para que sea cumplido el deber máximo de un Estado Garantista.

El Estado Constitucional, que ha ejercido una influencia en la garantía de la aplicación de los llamados derechos sociales, ha sufrido una evolución a la par del modelo de Estado durante los últimos 200 años, que sin los movimientos sociales y los cambios socio-políticos, no se hubieran convertido en factores reales de poder en los modelos de Estado.

En una sociedad como la nuestra aparentemente con una amplia democracia, existen ciertas características básicas en que debemos someternos a la ley y acatar la Constitución dentro de un marco legal debidamente constituido, generándose así el llamado Estado de Derecho. Para ello es importante que todos conozcamos aspectos vinculantes a esta libertad y democracia como es las garantías, derechos y fundamentalmente nuevas formas de aplicar la justicia a través de la ponderación de derechos como nueva esencia de facultativa de los jueces; muchos mantienen formas clásicas de aplicar la justicia que nos lleva más bien a una confusión de normas y principios y en ocasiones cometiendo errores que no dignifican a la justicia.

En este Estado de Derecho la libertad es la base de la vida y se reconocía ésta dentro de un Estado Liberal, girando las garantías alrededor de la libertad, pudiéndose todo aquello que no esté prohibido luego de la Revolución Francesa.

Se afronta en esa época, finales del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, un cambio radical en el sistema político, económico y social en la mayoría de antiguas monarquías absolutas europeas, influenciadas por el viraje que tuvo

la Francia Absolutista hacia un Estado Liberal de Derecho.

A través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se reconocían las mínimas libertades a los individuos, al reconocerlos como tal y cuidar su dignidad al tener la capacidad de elegir y ser elegidos, enmarcados en los derechos civiles y políticos, pero restringidamente.

El Estado Social de Derecho se encarga de proporcionar a los ciudadanos condiciones básicas de vida, luego de los logros por la inclusión de los derechos civiles y políticos originados en la 1ra. Generación de Derechos en el Estado Liberal de Derecho.

No sólo fomentan el marco de las libertades, sino también la aplicación de los nuevos derechos reconocidos por el Estado, siendo entre los principales los derechos económicos, sociales y culturales, que son inherentes de la realidad social y buscan satisfacer las necesidades básicas de salud, educación, alimentación y vivienda.

2.7.1 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

“El significado de la diferenciación entre la regla y los principios resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa. Es te principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios que es de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios. Este principio en sentido estricto se refiere a la optimización relativa de las posibilidades jurídicas, que es el campo de la ponderación”.(CARBONELL Miguel.2002:15)

Con esto se determina que el núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “Ley de ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera, La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos.

El primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. El segundo paso es definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

En el mundo moderno los ordenamientos jurídicos, no están compuesto solo por reglas o normas jurídicas sino también por principios, por lo que solo se conocía era la figura de la subsunción.

La subsunción es una especie de silogismo donde existe una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión en modo de ejemplo serio.

Los principios son normas, pero diferentes ya que posee **mandatos de optimización**, lo que demanda que algo sea realizado de la mayor medida posible como objeto de ejemplo serian los derechos fundamentales; por lo que algunas personas piensan que son reglas por su forma.

- La ponderación = tiene un peso, sobrepasar algún principio por otro hecha por el juez

La ponderación se aplica en los casos y sirve en casos de colisiones estos determinan el peso de los principios que están en colisión.

2.7.2 RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

El concepto de ponderación es objeto de varias discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas emblemáticos es si la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico útil para justificar toda laya de decisiones judiciales. Otro problema es la legitimidad del juez y en especial del Tribunal Constitucional para aplicar los principios mediante la ponderación.

Es importante para este estudio analizar si la ponderación puede concebirse como un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas. Para ello es indispensable conocer porque está en tela de juicio la racionalidad de la ponderación, determinar hasta qué punto puede ser racional la ponderación y como puede ser esto posible y examinar si la formula de peso propuesta por Alexy puede ser considerada como un modelo que soluciona en mayor medida posible los problemas filosóficos y constitucionales relativos a la racionalidad de la ponderación.

“La ponderación es un procedimiento común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en el derecho, sino también en el razonamiento práctico general.

Esta circunstancia atribuye, entonces, sentido a preguntarse, cómo puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios mediante la ponderación. Para contestar este interrogante, es necesario explicar primero qué significa racionalidad y qué exigencias de racionalidad deben ser respetadas en la ponderación”. (BERNAL PULIDO Carlos. 2008:57)

“La ponderación es irracional debido a la indeterminación de la ponderación, a la inconmensurabilidad a la que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados”. CARBONELL Miguel. 2002:45).

Buscar la objetividad del juez se dice que es como utópico, por lo que el juez siempre va a tender a motivar sus ideologías, posturas y conocimientos, esa subjetividad que lleva cada persona se demuestra en la ponderación, como lo es la subsunción por lo que no se puede decir, como dicen algunos tratadistas es reemplazar la subjetividad, la deliberación, siempre que este acorde eso si dentro del margen del estado constitucional, bajo la figura del estado social y democrático de derecho.

Ahora cabe destacar o aclarar que lo que se anhela en una sociedad es la objetividad y no puede llegar al todo de ella, no quiere decir que no busquemos su máxima expresión como valor, por lo que debe de buscar el mayor grado posible de racionalidad y esto es lo que nos da la ponderación cuando se aplican los principios por medios de la subsunción, la racionalidad en sentido teórico, exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claros y estén libres de toda contradicción, la racionalidad en sentido práctico, determina la condiciones que en un acto humano de resumidas cuentas pasa a ser racional.

Se ha dicho que para que sea racional una decisión esta debe ser susceptible de ser fundamentada en derecho en términos claros, consistentes y saturadas (todos son presupuestos de la racionalidad tema que no es de este escrito, por lo que hablaremos posteriormente de este tema en próximos escritos, si el tiempo me lo permite).

Por la ponderación debe de constar de todos los presupuestos de la racionalidad para esta sea precisa y aplicable al caso correctamente.

“Las críticas contra la ponderación deben ser rechazadas por ser hiperracionales y por lo tanto irracionales; muchos autores determinan que la ponderación determina que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. Sin embargo esto no significa que la ponderación sea irracional no que esté basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del juez” (CARBONELL Miguel.2002:47).

Con respecto a las ideas expuestas de la ponderación y al hecho de que la perfecta objetividad sea utópica por naturaleza no significa que deba renunciarse a pretender a alcanzar su valor como un ideal en la mayor medida posible. De ahí que la ponderación es un procesamiento práctico común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en la práctica jurídica sino también la vida cotidiana. Esta circunstancia atribuye entonces a que puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios mediante la ponderación.

Y aunque muchos críticos exigen la racionalidad en la ponderación, también es necesario considerar la falta de precisión conceptual, inconmensurabilidad e imposibilidad de prever resultados. Para superar estas objeciones es necesario determinar un modelo de ponderación que tenga una estructura determinada que esté provista de una medida común para comparar los principios que pueda dar lugar a resultados predecibles de ser fundamentada correctamente en el derecho.

Para ALEXY y PULIDO Bernal siendo el primero el que desarrollo la estructura de la ponderación, dicen que la ponderación debe basarse en tres elementos para poder desarrollarse:

- La ley de la ponderación
- La fórmula del peso
- Las cargas de argumentación

2.7.2.1 La Ley de la ponderación

Esta Ley se refiere a cuanto mayor sea la medida de afectación de un principio, superior debe ser la medida de la satisfacción del otro, por lo que se puede resumir de esta manera esta premisa diciendo de acuerdo a la ley de ponderación que:

1. Hay una afectación de un principio
2. La satisfacción de un principio
3. Si una satisfacción en verdad vale la pena

Por lo que el grado de afectación puede ser en tres formas:

- Intenso
- Medio
- Leve

También habla de peso abstracto se refiere a que a pesar de los principios tengan la misma jerarquía normativa, uno va a tener mayor jerarquía en lo abstracto, de acuerdo con los valores de la sociedad

Otro elemento importante dentro de la ponderación, por lo que esta última parece incompleta, lo cual lo viene a fundamentar la fórmula del peso.

2.7.2.2 La fórmula del peso

Este segundo elemento se tiene en cuenta a la hora de ser de forma abstracta de qué manera se le puede introducir un valor numérico , por lo que se puede ver de qué manera esta se está afectando el principio que puede ser de mayor o menor medida según el caso, por lo que la ley de la ponderación no la contiene , por lo que Alexy introduce la fórmula del peso , por lo que hablamos de peso de tres formas , como dijimos antes, intenso, medio y leve , para poder hacer esta fórmula.

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

2.7.2.3 La carga de la argumentación

Esta carga opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico; es decir:

$$GP_{i,jC} = GP_{j,iC}$$

La carga de argumentación defiende dos formas de superar este tipo de empates, en primera instancia en la Teoría de los derechos fundamentales aduce argumentos que fundamental la carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad

jurídica, y el principio que expresa el significado de la carga de argumentación es “in dubio pro libértate” Otra forma de superar el empate se determina en el Epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales donde del empate que se produzca en razón de la constitucionalidad de una ley , la ley debe considerarse como no desproporcionada y por tanto debe ser declarada constitucional. Ante esto los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia. (ALEXY.1963:607).

De acuerdo a las palabras de ALEXY los empates dentro de un proceso jurídico tienen que definirse a través de una carga de argumentación pensando siempre en la liberta, la igualdad y el derecho a la justicia.

2.8 GUÍA METODOLÓGICA

2.8.1 Definición

Las guías metodológicas son documentos de apoyo pedagógico, que posibilitan la función informativa formativa y orientadora del profesor convencional: motivar, orientar el aprendizaje y aclarar dudas.

“Es preciso aclarar que son varios términos usados con una significación similar; ayudas didácticas, guías didácticas, guías metodológicas, guías de trabajo, guías de Prácticas, recursos didácticos, medios educativos y otros. (SHAFFER. 2007:32)

Las Guías Metodológicas tienen como finalidad, efectivizar la comunicación entre el facilitador y el grupo facilitado, la guía permite tener una idea más clara de lo que se desea representar, y definitivamente aquí juega un papel muy importante el principio de intuición.

Los documentos de apoyo pedagógico como las guías metodológicas, actualmente son una exigencia para el desarrollo de talleres, seminarios, a fin de hacer el conocimiento concreto e intuitivo, y para desempeñar un papel destacado al impartir un conocimiento, realmente la capacitación a todo nivel utilizan documentos de apoyo de diversa índole.

Shaffer, expresa que: Los documentos de apoyo pedagógico de acuerdo a la temática, al nivel para el que son creados, a la función y a los objetivos que desean conseguir se dividen en módulos, guías metodológicas, manuales, folletos, guías de trabajo, documentos informativos, etc. Todos buscan a través de estrategias didácticas de trabajo en el aula la mejor asimilación y aplicación del conocimiento. (SHAFFER C. 2007:32)

La Guía metodológica despierta el interés de los participantes porque se adapta a las necesidades de conocimiento, facilita la actividad del facilitador porque ayuda a estructurar y sistematizar el trabajo y también ayuda a motivar y concienciar el trabajo, y además busca la simplicidad del mismo para el mejor aprendizaje, eliminando porcentajes de riesgo en su manipulación.

“El material de apoyo pedagógico o guías, es en la enseñanza el nexo entre la palabra y la realidad. Lo cual sería que todo aprendizaje debe llevarse a cabo dentro de una situación real de la vida.” (LEZCANO 2005:91).

Lizcano además dice: que “Son documentos pedagógicos auxiliares, como las guías metodológicas fortalecen el trabajo del capacitador, su característica es que a más del conocimiento teórico científico extraído de textos tiene ejemplos y ejercicios, a más de ello cuenta con los objetivos generales y específicos sobre los alcances del documento” (LEZCANO 2005:91).

Además dentro del campo de las ciencias naturales permite planificar y desarrollar proyectos interdisciplinarios, de acuerdo con los intereses y el medio en que se desenvuelven las alumnas. Utilizar organizadores gráficos: mapas conceptuales, cuadros sinópticos, y otros para seleccionar.

“Según como se utilice la guía en los procesos de enseñanza y aprendizaje, los medios didácticos y los recursos educativos o documentos de apoyo pedagógico en general pueden realizar diversa funciones entre la más importante está la de proporcionar información sobre un tema específico, facilitar el trabajo al maestros, facilitar la comprensión al estudiante”.(MORALES T: 2008:63)

“Las guías ayudan a organizar la información, a relacionar conocimientos, a crear nuevos conocimientos y aplicarlos... Motiva, despierta y mantiene el interés. Un buen material didáctico siempre debe resultar motivador para los estudiantes” Morales T 2008:67). Además permite evaluar los conocimientos y las habilidades que se tienen, como lo hacen las preguntas de los libros de texto o los programas informáticos.

2.8.2 Estructura

CUADRO N° 1

Guía didáctica	Introducción general	Introducción
		Justificación
		Objetivo
		Materiales necesarios
	Bloques o tema debe contener:	Contenidos científico
		Explicaciones
		Utilización de organizadores gráficos
		Ejemplo
	Apéndice	Bibliografía

2.8.3 FASES DEL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA GUÍA METODOLÓGICA O DIDÁCTICA.

- **Recopilación de información Científica sobre el contenido teórico de la Guía.**

Se inicia la recopilación de la información con la búsqueda de libros, textos, revistas, folletos, internet y otros, posteriormente realizamos el fichaje de los aspectos más importantes y necesarios.

- **Sistematizar la información.**

Cuando toda la información se encuentra completa se procedió a sistematizarla es decir organizarla de acuerdo a un orden lógico siempre de forma coherente es decir de lo más simple a lo más complejo.

- **Determinar los propósitos, estrategias, actividades y evaluación de la Guía.**

Con la información sistematizadas es necesario establecer los objetivos que se desea lograr con la temática, luego trazamos las estrategias, actividades y la evaluación a realizarse de acuerdo a los contenidos que se van a tratar.

- **Determinar el sistema de tareas, ejercicios de investigación.**

Una de las características más importantes de la Guía Metodológica es la gran cantidad de ejercicios o prácticas en el que los alumnos van a

resolver de forma individual o grupal, generalmente estos ejercicios deben resolverse en el mismo documento.

- **Determinación de sistemas de evaluación.**

La evaluación debe ser tomada en cuenta de forma holística, la Guía Metodológica debe tener una evaluación inicial o diagnóstica, evaluación formativa o de proceso y final o sumativa.

2.8.4 ELEMENTOS A TOMARSE EN CUENTA PARA ELABORAR LA GUÍA METODOLÓGICA.

- **Calidad del material.**

Si bien es cierto en material (papel) para elaborar textos existe una variedad inmensa de calidad y costos, pero es recomendable como son textos que va a utilizar el estudiante, debe ser lo más resistente posible y de menor costo, para que pueda estar acorde con el bolsillo de los hogares.

- **Legibilidad.**

El diccionario de las Ciencias Educativas determina que: La legibilidad hace referencia a las características formales de un texto que facilitan su lectura, como son el diseño adecuado de la caja y márgenes de la hoja, área de percepción visual, distancia entre los trozos (entre letras, vocablos y líneas), tipos de letra, tamaño, norma y ligazón.

Para que un texto sea legible, sus características formales han de estar en función de la madurez lectora de los alumnos, es por ello imprescindible que el texto que se vaya a elaborar cumpla con todas estas condiciones de legibilidad, para garantizar el interés por leer de los alumnos.

- **Organización de contenidos.**

Los contenidos a tomarse en cuenta deben ser lo más organizados y sistematizados posible, para que exista coherencia lógica y secuenciación en el aprendizaje, deben ser lo más actualizados posible y científicamente teorizados, esta información debe poseer una estructura, es decir una configuración organizativa, los procesos de selección, cuantificación, calificación y ordenamiento que la determinan, depende de las estrategias de aprendizaje y del conocimiento de la naturaleza intrínseca de la información.

- **Ilustraciones.**

Las ilustraciones dentro de su valor didáctico son esquemas, fotos, o pinturas que pueden imprimirse en negro o a colores naturales. Todo material impreso como libros, cuadernos, fichas, es el principio más atractivo y estimulante que otro, que sólo contenga texto. La función principal de la imagen que acompaña al texto es añadir información al mensaje; la coordinación de imagen-texto ofrece la posibilidad de la doble codificación del mensaje simbólico-verbal y gráfico-icónico.

El valor pedagógico de estos documentos es de por sí, útil e imprescindible lo que si debemos tener cuidado es en su elección y

tratamiento. La cantidad de ilustraciones que va a contener el material impreso lo determina los objetivos del material, para quienes va dirigido el documento y de qué materia se trate.

- **Ejemplificación y ejercitación.**

El contar con ejemplos prácticos de la experiencia diaria de los alumnos es importante en la elaboración de estos documentos, además permite que el conocimiento pueda ser asimilado más fácilmente y tiene el alumno la idea de cómo realizar por sí solo otros ejemplos que se relacionen al primero.

Las leyes de uso y desuso indican que la repetición de una conexión entre dos experiencias tiende a reforzarlas, mientras que el desuso las debilita. De ahí la importancia que en los documentos o materiales a elaborarse contengan ejemplificaciones y ejercitaciones o ejercicios.

- **Índice.**

Es un marco estructural donde se ubica en forma sistemáticamente ordenada los aspectos que constan el texto incluyendo número de página. Según el Diccionario Océano (Diccionario Ciencias Educativas 1990) índice es una lista ordenada de capítulos, epígrafes, etc., que contiene un libro, lista alfabética de las referencias nominales.

- **Referencias bibliográficas.**

Todo texto debe tener referencias bibliográficas puesto que de ellas se ha obtenido toda la información necesaria para su elaboración. Estas

referencias constituyen el primer paso de acercamiento a las fuentes de información. Dada la atomización bibliográfica, para facilitar su manejo se las ubica al final del texto y sirven de guía para el lector si desea obtener mayor información sobre los temas.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Esta investigación es de tipo: Exploratoria, por cuanto busca examina el problema y se apoyó en material teórico y científico. Además el tipo de investigación que se aplicó en esta investigación es de carácter **descriptivo**, porque se describen los procesos de ponderación que se utilizan en casos judiciales. Explorar

También es una investigación **propositiva** por cuanto se propone una solución al problema planteado a través de la guía metodológica de ponderación de derechos fundamentales, documento que podrá ser utilizado por los jueces de la ciudad de Ibarra.

Además, en esta investigación se utilizó datos documentales y bibliográficos obtenidos de casos resueltos en los juzgados donde se aplicó el método de ponderación, así como fuentes bibliográficas como libros, periódicos, informes, revistas, u otro tipo de documentos específicos pero debidamente analizados, interpretados y comentados.

3.2 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación se basa en un diseño no experimental cuali-cuantitativo; cualitativo porque se identifica y analiza un fenómeno jurídico que tiene un trasfondo social, de carácter filosófico humanista y es una investigación cuantitativa porque se recoge información de los involucrados en la investigación, que en este caso son los jueces del Cantón Ibarra; estos datos

fueron tabulados, graficados e interpretados para establecer la validez y correspondencia del problema con la solución del mismo.

3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA

Para definir de la investigación se tomó en cuenta como Universo poblacional 16 jueces de la ciudad de Ibarra en los civil, penal, laboral y de tránsito y al considerarse un número reducido de personas se aplicó la investigación a todos.

3.4 VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

CUADRO N° 2

VARIABLE INDEPENDIENTE	VARIABLE DEPENDIENTE
Ponderación de los derechos fundamentales de la Constitución del Ecuador	Elaboración de una guía

3.4.1 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

CUADRO N° 3

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	FUENTE	TÉCNICAS
<p>Ponderación de los derechos fundamentales. La ponderación es un procedimiento común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en el derecho, sino también en el razonamiento práctico general.</p>	Derechos fundamentales	Civiles Políticos Constitucionales	Primaria y secundaria	Encuesta Entrevista Bibliográfica
	Ley de ponderación	Funcionalidad Aplicabilidad Conocimiento Satisfacción	Primaria y secundaria	Encuesta Entrevista Bibliográfica
	Formula de peso	Funcionalidad Aplicabilidad Conocimiento Satisfacción	Primaria	Encuesta Entrevista Bibliográfica
	Carga de argumentación	Funcionalidad Aplicabilidad Conocimiento Satisfacción	Primaria y secundaria	Encuesta Entrevista Bibliográfica
	Métodos	Interpretación Argumentación Proporcionalidad Presión lógica Razón suficiente	Primaria y secundaria	Encuesta Entrevista Bibliográfica
	Garantías constitucionales	Derechos civiles y políticos Derechos sociales y económicos Constitución	Primaria y secundaria	Encuesta Entrevista Bibliográfica
<p>Guía Metodológica Las guías metodológicas son documentos de apoyo pedagógico, que posibilitan la función informativa formativa y orientadora del profesor convencional: motivar, orientar el aprendizaje y aclarar dudas.</p>	Guía Metodológica	Conceptos	Segundaria	Bibliográfica
		Estructura de la guía		
		Elementos de una guía		

3.5 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.

La metodología utilizada para la presente investigación se basa en métodos de investigación científica como:

3.5.1 MÉTODOS GENERALES

MÉTODO CIENTÍFICO.- El presente método está ligado al desenvolvimiento social, determinado como un conjunto de reglas generales en las diferentes áreas del conocimiento humano, mismas que regulan la investigación; este método se lo utilizó en todo proceso investigativo, tanto en la descripción del problema, fundamentación teórico científica y estrategias para la solución al problema.

MÉTODO INDUCTIVO.- Este método permite estudiar los hechos, realidades, causas y consecuencias relativas a la aplicación y funcionalidad del método de ponderación jurídica en los juzgados del cantón Ibarra; para posteriormente hacer un análisis exhaustivo para llegar a establecer el verdadero problema de la investigación y la posible solución al mismo.

MÉTODO DEDUCTIVO.- Este método al partir de un principio o ley general ya establecido, define el estudio y análisis de los componentes, principios y normas relativas a la aplicación del método de ponderación.

EL MÉTODO ANALÍTICO: El análisis ayuda a separar algunos componentes del problema, para definir parámetros de las formas de aplicar la ponderación y los resultados de esta aplicación.

EL MÉTODO SINTÉTICO: Ayudó a obtener una visión globalizadora del problema, para establecer una síntesis de su funcionalidad.

MÉTODO EXEGÉTICO: A este método también se lo conoce como interpretativo, determinando las bases de la interpretación de la ley y como aplicarla en la ponderación jurídica.

3.4.2 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

TÉCNICA DE GABINETE: Permite recabar información científica y experimental de libros, enciclopedias, revistas, periódicos, y otros documentos de los juzgados; información que es colocada en fichas bibliográficas y nemotécnicas.

LA ENTREVISTA: Se la aplicó a un experto en el tema.

LA ENCUESTA: Las encuestas se aplicó a los jueces del cantón Ibarra, con la finalidad de obtener fundamentos reales del problema y a la funcionalidad de la ponderación en los diferentes casos que se presentan en los juzgados.

3.6 PROCESO DE INVESTIGACIÓN

El proceso de investigación, utilizado es:

- Estudio previo o sondeo del lugar, contexto, recurso humano, etc.
- Diseño de la población y muestra.
- Preparación de los materiales de recolección de datos.
- Equipo de trabajo necesario: grabadoras, cámaras fotográficas, etc.
- Recolección de datos, ya sea primarios o secundarios.
- Procesamiento de datos.
- Análisis e interpretación de resultados
- Elaboración del informe del trabajo de campo.

3.7 PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LA PROPUESTA

Para definir el proceso para la construcción se toma en cuenta el esquema de Fraga R. (2008).

- Búsqueda de la información científica actualizada
- Determinación de la estructura.
- Seleccionar las directrices.
- Desarrollo de la propuesta con bases técnicas.
- Presentación de ejemplos prácticos.
- Validación de la propuesta con expertos.
- Socialización y aplicar la guía propuesta para los operadores de justicia o jueces de la ciudad de Ibarra.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

En el presente capítulo se analiza los resultados del diagnóstico que determinan las causas y consecuencias del problema y definen además aspectos importantes sobre el tema de investigación.

El proceso de análisis de la información recopilada por medio de instrumentos de recolección de datos, para lo cual se siguió el siguiente proceso:

- Tabular los resultados de cada pregunta.
- Estos datos fueron distribuidos en cuadro de frecuencias estadísticas.
- Con los datos de los cuadros estadísticos se procedió a la construcción de gráficos para objetivar y visualizar de mejor forma sus resultados.
- La interpretación de los resultados se ejecutó instituyendo bases de correlación entre los resultados de las tablas estadísticas y los contenidos del marco teórico.
- Se describió los resultados cuantitativos de las tablas.
- Se realizó la discusión de resultados obtenidos con bases teóricas de la investigación dando conclusiones parciales de cada uno de los ítems.
- Finalmente se realizó el contraste de las preguntas de la investigación con los resultados obtenidos.

4.1 ANÁLISIS, TABULACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS ENCUESTAS APLICADAS A LOS JUECES DEL CANTÓN IBARRA

Ponderación de los derechos fundamentales.

TABLA N° 1

No.	INDICADORES	f	%
1	SI	15	93.7
2	NO	0	0
3	EN PARTE	1	6.2
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Considerando que los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. Y tomando en cuenta que la ponderación es la manera de aplicar los principios y resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios y razones que juegan en sentido contrario.

Los jueces en la interrogante establecen casi la totalidad que tienen un amplio conocimiento sobre la ponderación de los derechos fundamentales, ya que como parte de su formación profesional se profundiza su estudio; con esta respuesta se podría juzgar que la ponderación se lo aplica dentro de los pasos que se encuentran en trámite en los juzgados.

La ponderación tiene bases teóricas.

TABLA N° 2

No.	INDICADORES	f	%
1	Racionalidad	15	93.7
2	Irracionalidad	0	0
3	Ninguna	1	6.2
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Carlos Bernal Pulido y Robert Alexy definen que la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas; y para que esta sea racional la decisión debe ser susceptible de ser fundamentada en derecho en términos claros, consistentes y saturados.

Con estos antecedentes los resultados obtenidos en esta interrogante determinan que los jueces interrogados definen a la ponderación como un acto racional y que tiene bases sólidas dentro de la racionalidad jurídica; aunque yendo a la realidad jurídica y a las bases científicas la ponderación tiene base de racionalidad e irracionalidad.

Existe muy buenas bases teóricas científicas emitidas por juristas de renombre y que hacen un análisis muy serio y minucioso sobre el tema y se los debería tomar en cuenta al momento de hablar sobre Ponderación de Derechos.

Art. de Ley donde habla de la ponderación

TABLA N° 3

No.	INDICADORES	f	%
1	Ley Orgánica de Garantías Constitucionales	2	12,5
2	Ninguna respuesta	14	87,5
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Es importante tomar en cuenta la respuesta de las personas encuestadas ya que de las 16 personas a penas 2 nos contesta que en la Ley de Orgánica de Garantías Constitucionales, en el Art. 3 se habla de la ponderación.

Los resultados son preocupantes porque los jueces deberían tener claro este tipo de bases legales que fundamentan la aplicación de la ponderación como derecho constitucional. Ya que la esta ley expresa que se debe establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada.

Cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio tanto mayor tienen que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Los jueces y fiscales aplican la ponderación.

TABLA N° 4

No.	INDICADORES	f	%
1	SI	2	12.5
2	NO	3	18.7
3	EN PARTE	11	68.7
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Interpretación:

Las incompatibilidades son impedimentos o prohibiciones morales, legales o de convivencia y en el caso jurídico la ponderación es un mecanismo para resolver la incompatibilidad entre normas constitucionales del mismo rango.

Tomando en cuenta esta base teórica y relacionándola con las respuestas de los jueces involucrados en la investigación se determina que más de la mitad de ellos aplican en parte la ponderación como un mecanismo para resolver la incompatibilidad entre normas constitucionales del mismo rango, el 18,7% dicen que no lo hacen y el 12,5% determina que sí lo hacen.

De acuerdo a los resultados se define que los jueces en parte aplican la ponderación, resultado que se contrapone a la primera interrogante que determinan que si conocen sobre el tema.

Frecuencia con que se aplica la ponderación de derechos.

TABLA N° 5

No.	INDICADORES	F	%
1	Siempre	2	12.5
2	A veces	14	87.5
3	Nunca	0	0
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

De los jueces encuestados la gran mayoría contestan que a veces se aplica la ponderación de derechos en los casos que se presentan en los juzgados, estos debido a que los demandados y demandantes no entienden este tipo de procesos contemporáneos que ayudan a visualizar de mejor manera la justicia y no como antes era, la norma por la norma. Muy pocos jueces dicen que siempre se aplica la ponderación, aunque no detallas que métodos aplican.

De acuerdo a estos resultados se determina que la ponderación aunque los profesionales la conocen y saben de su importancia en el derecho contemporáneo no es ampliamente aplicada.

Por lo que es penoso que este conocimiento que únicamente en la mente de los jueces, y en las teorías jurídicas científicas sin ser utilizadas como herramientas de verdadera justicia.

Niveles de apelaciones en los juzgados.

TABLA N° 6

No.	INDICADORES	f	%
1	Alta	6	37.5
2	Media	1	6.2
3	Baja	6	37.5
4	Ninguna	3	18.7
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Considerando que la apelación es un recurso ordinario por el que unas actuaciones judiciales se remiten a un órgano superior con la posibilidad de practicar nuevas pruebas para que revoque la resolución dictada por otro inferior.

La respuesta de los jueces ante la interrogante es que casi la tercera parte de los encuestados establecen que el nivel de apelaciones después de que el Juez aplica la ponderación en los juzgados es alto, otra tercera parte es bajo, pocos en cambio dicen que no existe ningún tipo de apelación, y poquísimos expresan que es media.

De acuerdo a los resultados se debería tomar conciencia de que la justicia en el Ecuador está viciada de, sentencias-apelaciones, ratificación de sentencias-apelaciones y así sucesivamente, si se considerara la ponderación como elemento fundamental al momento de emitir sentencias los acusados inclusive se quedarían más tranquilos con la decisión tomada.

Apelaciones con mayor frecuencia en los juzgados.

TABLA N° 7

No.	INDICADORES	f	%
1	Recurso Ordinario	4	25
2	Recurso Constitutivo	10	62
3	Recurso de cesación	2	13
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Los resultados obtenidos establece que las apelaciones más frecuentes en los juzgados no solo en Ibarra sino a nivel nacional son los del recursos constitutivo, lo que significa que el tribunal superior o instancia superior puede pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y derecho que han sido discutidas en el proceso en cualquier juzgado.

Este es el caso al cual se apega la mayoría de personas que deciden apelar su caso. El solicitar apelación al Recurso Constitutivo, garantiza al acusado a que se revea su sentencia, se analice su caso y tendría la oportunidad de que se le cambie la sentencia a su favor.

Tres momentos de la estructura de la ponderación que los principios en colisión.

TABLA N° 8

No.	INDICADORES	f	%
1	Ley de ponderación	8	50
2	Formula de peso	3	18.5
3	La carga de argumentación	5	31.2
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

La ley de ponderación es la que define la importancia del principio de colisión donde se determina el alcance de conmensurabilidad de acuerdo a intensidades leve, moderada y grave, y en función de esto se determina la sentencia del juez.

De los jueces que participaron en la investigación la mitad de ellos dicen que de los tres momentos de la estructura de la ponderación, la ley de ponderación es la más importante de los principios en colisión; la tercera parte de ellos dicen que la importancia está en la carga de argumentación y el pocos establecen que la importancia está en la fórmula de peso.

De acuerdo a estos resultados se establecen que los profesionales pese que dicen conocer la ponderación existen errores de apreciación.

Bases legales para aplicar la ponderación de derechos

TABLA N° 9

No.	INDICADORES	f	%
1	Código orgánico de la función judicial	4	25
2	Ley de garantías jurisdiccionales	4	25
3	Instrumentos internacionales de derechos humanos	2	12,5
4	Constitución de la república	6	37,5
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

La tercera parte de los jueces expresan que la base legal en que amparan para aplicar la ponderación de derechos fundamentales es la Constitución de la República, la cuarta parte dice que son la Ley de Garantías jurisdiccionales, otra cuarta parte expresa que es el código orgánico de la función judicial y pocos determina que se basan en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

De acuerdo a estos resultados se establece que la aplicación de la ponderación tiene fundamentos legales dentro de la normativa ecuatoriana, e inclusive dentro de los derechos universales.

Tomando en cuenta este argumento que define esta base legal en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009, en el inciso segundo del antes mentado artículo se manifiesta: [...]

Momento en que se aplica la carga de argumentación

TABLA N° 10

No.	INDICADORES	f	%
1	Cuando inicia el proceso	6	37.5
2	Cuando existe un empate	6	37.5
3	Cuando hay causales grandes	4	25
TOTAL			100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Interpretación:

Más de la tercera parte de los jueces encuestados definen que la carga de argumentación se aplica al inicio del proceso, otra tercera parte que se lo aplica cuando existe un empate y una cuarta parte de ellos dicen que su aplicación es cuando hay causales grandes.

Los resultados no son muy halagadores ya que el resultado correcto es que se aplica esta carga cuando existe un empate en el proceso.

Entonces se define que existen errores de apreciación de los profesionales, con respecto al tema.

Y dado el caso de ser aplicado en los juicios del juzgado podría haber errores al momento de definir sentencias. Lo que desvirtúa la verdadera esencia de la Ponderación y fundamentalmente se estaría trasgrediendo la Ley.

Modelos de ponderación que se utiliza.

TABLA N° 11

No.	INDICADORES	f	%
1	No hay modelos	6	37,5
2	De argumentación	3	18,5
3	Yendo de más a menos	1	6,3
4	Fórmula de peso	3	18,5
5	Sobre libertad y alimentos	3	18,5
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Interpretación:

La tercera parte de los jueces expresan que no hay modelos definidos, pocos dicen que hay modelo de argumentación, otros pocos jueces dicen que es la fórmula de peso, y otros pocos determina que se la libertad y alimentos y finalmente poquísimos dicen que va de lo más a menos.

De acuerdo a los resultados definitivamente los encuestados deben leer más sobre el tema y fundamentar de forma científica y técnica la aplicación de la ponderación ya que existe confusiones en las respuestas.

El desconocimiento de los jueces sobre ponderación es evidente, y sobretodo preocupante porque en las manos de estos jueces se encuentra los procesos de tantas personas acusadas que podrían tener una sentencia más justa.

Aplicación de algún modelo de ponderación en Ibarra.

TABLA N° 12

No.	INDICADORES	f	%
1	SI	5	31.2
2	NO	4	25
3	EN PARTE	7	43.7
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Casi la mitad de las personas encuestadas determinan que en parte el modelo de ponderación que aplica en los juzgados tiene funcionalidad, en la tercera parte dicen que si funciona y una cuarta parte de ellos expresan que no funciona.

De acuerdo a los datos casi la mitad de los encuestados dicen que en parte funciona porque existe mucha gente inconforme, porque que apela las decisiones de los jueces.

Y ese es el motivo por el que los jueces se limitan a aplicar la ponderación de los derechos fundamentales como una herramienta importante que orienta la toma de decisiones del juez.

La independencia y autonomía en el sistema democrático del Ecuador.

TABLA N° 13

No.	INDICADORES	f	%
1	Aspecto moral	2	13
2	Aspecto personal	4	25
3	Aspecto social	10	62
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

De acuerdo a los datos obtenidos se determina que en cuanto a la independencia y autonomía el aspecto social es el que más prevalece dentro de un sistema democrático ya que en función social los derechos se compactan y tienen mayor fuerza que un aspecto personal, individual o moral, tan es el caso de que cuando una comunidad se ve afectada por algún problemas que genera malestar social, es la esencia ante la circunstancia personal de alguien.

Muy poca tendencia de aplicación tiene el aspecto moral y personal en virtud de que se debe trabajar en función del bienestar de un grupo social y de una comunidad que requiere vivir en sociedad igualitaria que garantice su tranquilidad.

Existencia de documento sobre ponderación en los juzgados.

TABLA N° 14

No.	INDICADORES	f	%
1	SI	1	6,5
2	NO	15	93.5
TOTAL		16	100

Fuente: Encuesta realizada a los jueces del cantón Ibarra
Elaboración. Dr. Diego Andrade

Casi la totalidad de las personas encuestadas dicen que el Juzgado no cuenta con algún documento con información necesaria para la aplicación de los modelos de ponderación. Y poquísimos en cambio determina que si existe y que son los casos similares resueltos con anterioridad.

Son caso que se han resuelto dentro de este juzgado y además a nivel nacional también existe aplicaciones de la ponderación aunque muy pocos, sin embargo de ello es importante tomarlo en cuenta al igual que otros países, como herramienta para aplicar de forma adecuada la justicia.

De acuerdo a estos datos vemos que no hay material de oriente la aplicación de modelos de ponderación en los juzgados. Y ese es una de los problemas por lo que los jueces desconocen la temática; la función judicial debe estar pendiente de la capacitación a los operadores de justicia sobre la ponderación de derechos, emitir documentos informativos, didácticos y ejemplificados sobre el tema.

4.2 INFORME DE LA ENTREVISTA REALIZADA AL MSC. CHRISTIAN MASAPANTA, PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONARIO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Entrevistado: Dr. Christian Masapanta Gallegos, MsC.

Entrevistador: Dr. Diego Andrade Armas

Fecha: 08 de febrero de 2011

DESARROLLO

1.- ¿Existe bases teóricas y científicas que sustente la ponderación?

Casi siempre, los conflictos normativos se han resuelto mediante la aplicación de los clásicos criterios de solución de antinomias: jerarquía, cronología y especialidad. Pero cuando las normas en colisión pertenecen al mismo cuerpo normativo como la Constitución. Este es el caso de las llamadas antinomias en concreto que se observan en la plataforma de aplicación de los derechos fundamentales, cuyo sistema no se compadece con la jerarquización abstracta de aquellos. Obligados a abandonar un razonamiento subsuntivo, y en base sustentos teóricos del problema, posteriormente se trazan los principales caracteres del test de proporcionalidad o juicio de ponderación, técnica que se viene erigiendo en las jurisdicciones constitucionales como la más depurada forma de resolver la mentada cuestión en favor de la razonabilidad jurídica. Con ello se demuestra las bases científicas tanto filosóficas, sociológicas y psicológicas de la ponderación.

2.- ¿Cómo se maneja la ponderación de derechos fundamentales en los juzgados del Ecuador?

De la experiencia como capacitador en la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura; como expositor en diversas Cortes Provinciales del

país y como funcionario de la Corte Constitucional he podido evidenciar que gran parte de operadores de justicia en el país desconoce los métodos y reglas de interpretación constitucional, y en la especie el método de ponderación de derechos; de ahí que la mayoría de actores judiciales continúan empleando los métodos denominados clásicos de interpretación constitucional, y los pocos operadores judiciales que realizan un ejercicio de ponderación lo hacen de una manera enunciativa sin que argumenten el motivo por el cual emplean aquel método de interpretación, valorando discrecionalmente derechos constitucionales.

2.- ¿En qué tipos de casos tiene aplicabilidad la ponderación de los derechos fundamentales?

La ponderación de derechos tiene aplicabilidad en las denominadas garantías jurisdiccionales, ya que bajo el principio de axiología móvil, dependiendo las peculiaridades de cada caso en concreto se deberá sopesar un derecho por sobre otro; ante lo cual este método de interpretación es propio de acciones por garantías jurisdiccionales, las mismas que conforme lo determina la constitución de la república son: la acción de protección, habeas corpus, habeas data, acción por incumplimiento, y acción extraordinaria de protección.

3.- ¿Cuales son los fundamentos legales que garanticen la aplicación de la ponderación?.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009, en el inciso segundo del antes mentado artículo se manifiesta: [...] 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 [...] y en la especie el numeral 3 determina el empleo del método de la ponderación; al respecto manifiesta: “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”.

4.- ¿Como es el proceso de aplicación de la ponderación de los derechos fundamentales?.

Se debe partir de un presupuesto el mismo que se encuentra dado por la “axiología móvil”, bajo este criterio el método de ponderación debe ser empleado atendiendo las peculiaridades de cada caso en concreto; es decir,, dependiendo los elementos fácticos de cada caso en análisis del juez, aquel debe sopesar los derechos en conflicto.

Para aquello en primer lugar debe identificar los derechos en conflicto; cabe previamente realizar una distinción en valores, principios y reglas, ya que los derechos pueden verse expresados a través de estas categorías normativas; por tanto la ponderación debe realizársela respecto a una categoría normativa paritaria.

Una vez que se han identificado los derechos en conflictos se debe determinar cómo se hará uso del método de la ponderación, pudiendo el juez emplear entre otros: la denominada fórmula de peso, el test de proporcionalidad, los cuales dependiendo las circunstancias del caso pueden a su vez clasificarse en leves, medios, profundos; o sin emplear aquellos argumentar jurídicamente el motivo por el cual sopesó un derecho por sobre

otro. Debiendo el operador judicial decidir la forma en que va a argumentar jurídicamente la ponderación.

5.- ¿Cuentan las instituciones con instructivos específicos para la aplicación de modelos de ponderación?.

Las instituciones y especialmente los operadores judiciales no cuentan con un instructivo para el empleo del método de ponderación; quizá el único referente se encuentra en los fallos emitidos por la Corte Constitucional, en donde indistintamente se han empleado varios métodos de interpretación constitucional, entre los cuales se destaca el de ponderación. Cabe destacar que el desconocimiento respecto a la aplicación de este método ha conllevado que el mismo no sea empleado por los operadores judiciales; o a su vez quienes dicen emplearlo en muchas resoluciones solo lo enuncian y continúan resolviendo con clivajes positivistas y con los métodos clásicos de interpretación.

4.2.1 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

El entrevistado de acuerdo a su experiencia como capacitador en la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura; como expositor en diversas Cortes Provinciales del país y como funcionario de la Corte Constitucional determina que los jueces a nivel de todos el Ecuador desconocen los procesos de los métodos de interpretación constitucional y menos aún los métodos de ponderación; y es por ello que los jueces siguen utilizando la tradicional forma de definir un caso sobre únicamente la base normativa; y si algún pretenden expresar que utiliza la ponderación , lo hacen sólo de forma enunciativa ya que no existe la argumentación de los casos.

Un aspecto importante que determina el entrevistado es la determinación de la aplicación de la ponderación fundamentalmente en las garantías jurisdiccionales, especificando cada caso y las características del mismo, esto ayudará a balancear cual es el derecho que más peso tiene sobre otros. Esta aplicabilidad es tomada en cuenta por la Constitución de 2008 como esencialidades de protección de derechos, habeas corpus, habeas data, acción por incumplimiento, y acción extraordinaria de protección.

La ponderación en el Ecuador tiene fundamentos legales principalmente en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009, en el inciso segundo del antes mentado artículo se manifiesta: [...] 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 [...] y dentro de este se nombra al método de la ponderación en el numeral 3 donde se finiquita una relación de preferencia entre los principios y normas, de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

La persona entrevistada define que para aplicar la ponderación se debe partir una “axiología móvil”, dependiendo los elementos fácticos de cada caso el juez debe analizar y ponderar los derechos los derechos en conflicto.

Con los datos expresados en la entrevista se define que la ponderación es aplicable en la justicia de cualquier parte, tiene bases legales y fundamentos metodológicos, pero lamentablemente en nuestro medio no se la aplica por falta de conocimiento.

4.3 DISCUSION DE RESULTADOS

4.3.1 ANÁLISIS DE LAS PREGUNTAS SELECCIONADAS DE LAS ENCUESTAS

El análisis comparativo entre los datos obtenidos de las encuestas, con las bases científicas determinadas en el Marco Teórico, se lo realiza a través de la selección de interrogantes de mayor relevancia que fundamentan el tema de investigación. La base estadística definida en la investigación corresponde a un universo poblacional de los jueces de la ciudad de Ibarra que corresponden a 16 tanto a nivel penal, civil, de tránsito y otros.

- La encuesta evidencia que el 93,7% de los jueces encuestados expresan que sí conocen sobre la ponderación de los derechos fundamentales, el 6,2% en cambio determinan que lo conocen en parte. De acuerdo a las expresiones de Montero en una sociedad como la nuestra aparentemente con una amplia democracia, existen ciertas características básicas en que debemos someternos a la ley y acatar la Constitución dentro de un marco legal debidamente constituido, generándose así el llamado Estado de Derecho.

Para ello es importante que todos conozcamos aspectos vinculantes a esta libertad y democracia como es las garantías, derechos y fundamentalmente nuevas formas de aplicar la justicia a través de la ponderación de derechos como nueva esencia de facultativa de los jueces; muchos mantienen formas clásicas de aplicar la justicia que nos lleva más bien a una confusión de normas y principios y en ocasiones cometiendo errores que no dignifican a la justicia.

Tomando en cuenta las respuestas de la interrogante que casi todos los jueces conocen sobre la ponderación, existe una base dicotómica

que Montero definen como un problema ya que en nuestra sociedad se debe hacer conocer estos aspectos vinculantes, esto quiere decir que se reconoce que hace falta que los jueces y demás personas que aplican las leyes conozcan sobre el tema.

- De los jueces encuestados el 93,7% considera que la ponderación tiene bases teóricas de racionalidad, nadie dice que es irracional y el 6,2% expresa que no tiene ninguna de las dos. Ahora cabe destacar o aclarar que lo que se anhela en una sociedad es la objetividad y no puede llegar al todo de ella, no quiere decir que no busquemos su máxima expresión como valor, por lo que debe de buscar el mayor grado posible de racionalidad y esto es lo que nos da la ponderación cuando se aplican los principios por medios de la subsunción, la racionalidad en sentido teórico, exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claros y estén libres de toda contradicción, la racionalidad en sentido práctico, determina la condiciones que en un acto humano de resumidas cuentas pasa a ser racional. CARBONELL también expresa que La ponderación es irracional no a su esencia de insensatez sino debido a la indeterminación de la ponderación, a la inconmensurabilidad a la que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados.
- Los resultados determinan que el 87,5% de las personas encuestadas no pudieron contestar la pregunta dejándola en blanco; este resultado establece una situación dicotómica con la primera pregunta donde se determina si se conoce la ponderación, pero con la respuesta de esta interrogante se confinar que pueden conocer lo que es la ponderación pero no conocen en que parte de la base legal de establece aspecto muy preocupante ya que los jueces deben dominar estos principios

fundamentales para la aplicación de su ejercicio.

- En cuanto a la interrogante de que los jueces y fiscales aplican la ponderación como un mecanismo para resolver la incompatibilidad entre normas constitucionales del mismo rango. El 68,7% de los jueces dicen que en parte los jueces y fiscales aplican la ponderación como un mecanismo para resolver la incompatibilidad entre normas constitucionales del mismo rango, el 18,7% dicen que no lo hacen y el 12,5% determina que si lo hacen. En el Ecuador de acuerdo a los datos de un artículo del diario el Comercio del 1 de septiembre del 2009 se establece que en el Ecuador definitivamente no se aplica la ponderación como herramienta para la aplicación de la verdadera justicia; las pocas aplicaciones existentes se lo hacen referencia en varios casos importantes como:

Fue precisamente eso lo que sucedió en el caso concreto, el Señor Procurador General del Estado, en tanto intérprete legal y constitucional, de conformidad con sus atribuciones previstas en el Artículo 216 de la Constitución Política de 1998 (vigente en ese entonces), y de los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (objeto de una inconstitucionalidad reductora), emitió un dictamen vinculante relacionado a la consulta solicitada por el Director Nacional del Consejo Nacional de Discapacidades respecto a la aplicabilidad del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades. En dicho dictamen, determinó en primer lugar, la presencia de antinomias entre el contenido de cuatro disposiciones legales: el Artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades (ordinaria); Artículo 27 literal i) de la Ley Orgánica de Aduanas; Artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres; y Artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz. Mientras la regla prevista en el Artículo 23 de la Ley sobre

Discapacidades autorizaba de manera expresa la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos, nuevos o de hasta tres años de fabricación libre de impuestos a favor de la población discapacitada, el Artículo 27 de la Ley Orgánica de Aduanas, 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y 6 del Convenio de Complementación Automotriz, prohibían la importación de vehículos no ortopédicos y usados a favor de este grupo de atención prioritaria. Una vez detectada dicha antinomia, el señor Procurador a partir de la utilización de un método tradicional jerárquico, y siendo que la Ley sobre Discapacidades es una ley ordinaria, determinó su inaplicabilidad y por tanto, prohibió la importación de vehículos no ortopédicos de hasta tres años de fabricación en beneficio de la población discapacitada. Cabe señalar en este punto, que la justificación práctica para la autorización de importación de vehículos no ortopédicos libre de impuestos, encuentra razón de ser en aquellos casos en que producto de un alto grado de discapacidad, la persona se encuentre imposibilitada de conducir por sus propios medios, aún cuando se tratare de un automóvil ortopédico. Como consecuencia de ello, y para garantizar su movilidad, el Artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades, contemplaba la posibilidad de que previo a la autorización respectiva del CONADIS, la persona discapacitada pueda designar un conductor para el automóvil, aspecto que abría la posibilidad para la importación libre de impuestos de vehículos no ortopédicos. Es evidente, que la decisión adoptada por el señor 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 ley⁴. No obstante, bajo la lógica del Estado Constitucional, semejante proceder no podía encontrar sustento alguno. En efecto, lo primero que debe

⁴ Gustavo Zagrebelsky, "Del Estado de Derecho al Estado Constitucional", en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 33.

advertirse, es que si bien el método de interpretación jerárquico resulta un criterio idóneo para la solución de antinomias, no lo es menos, que la elección del mismo para el caso de colisión implícita de derechos constitucionales, o ante la restricción de uno de ellos, resulta insuficiente. Así por ejemplo, en el caso concreto, cada una de las reglas infraconstitucionales que entraron en colisión, hallaban detrás, un contenido axiológico plasmado en un derecho constitucional,

- De los encuestados el 87,5% dicen que a veces se aplica la ponderación de derechos en los casos que se presentan en los juzgados, el 12,5 % dice que siempre se aplica este método. De acuerdo a los resultados y correlacionando con la base teórica se puede definir un ejemplo de ponderación de derechos. *CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE IMBABURA.- TRIBUNAL PRIMERO DE GARANTIAS PENALES Constituido el Tribunal Primero de Garantías Penales de Imbabura en audiencia pública para resolver la situación jurídica de FEDERICO FRACCARO, contra quien el Juez Primero de Garantías Penales de Imbabura, ha dictado auto de llamamiento a juicio, como presunto autor de la infracción tipificada y reprimida en el Art.62 de la Ley Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; y, encontrándose la causa en estado de resolver para hacerlo.*

Dentro del proceso colisionan varios derechos. Esto es el de la Salud pública, que en la presente audiencia no se ha probado, puesto que la cantidad de 119 gramas de marihuana encontrados en la maleta del procesado y que el acepta ser suyo, en ningún momento ha sido explicada o vendida; por otro lado el de la salud del propio procesado y el de la presunción de inocencia. Al realizar el examen psicosomático la Doctora Graciela Vizcaíno, manifestó claramente su estado de adicción crónica, estimando que en esos niveles se puede hablar de un

aprovisionamiento para tres días si se considera que el consumo diario puede llegarse hasta 30 gramos, dosis sobre la cual podría darse una sobre dosis y con ello ocasionarse incluso hasta la muerte, pero además, también anota que su consumo no sólo obedece a su adicción sino para soportar los dolores que provoca esta enfermedad catastrófica y conforme se puede percibir en base al principio de inmediatez, no está en condiciones de proveerse un tratamiento, razón obvia para su uso. Bajo estas condiciones en razón de lo que determina la Constitución de la República en su Art. 364 dice “las condiciones son un problema de salud pública. Al estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamientos y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. Estas personas serán consideradas enfermas y sometidas a tratamiento de rehabilitación. Esta norma, por ser de carácter especial, tendrá efecto retroactivo. Por los que se ha confirmado ser un consumidor crónico y sumado a su fase Terminal del SIDA, sensibles de dignidad Humana, también es su derecho MORIR CON DOGNIDAD, esto es en libertad.

*Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Primero de Garantías Penales de Imbabura, de conformidad con los Arts. 250 y 304-A, del Código de Procedimiento Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara que **FEDERICO FRACCARO**, de nacionalidad italiano, de 46 años de edad, estado civil soltero, de ocupación instructor de Ski, domiciliado temporalmente esta ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura se **CONFIRMA LA INOCENCIA** del procesado, disponiéndose su inmediata libertad, de conformidad con lo que disponen los Arts. 77 numeral 10 de la Constitución de la República y*

319 del Código de Procedimiento Penal. Conforme a lo determinado en el Art.122 de la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, consúltese esta sentencia ante la Corte Provincial de Justicia de este Distrito.- Ejecutoriada que sea la misma, procédase a la destrucción de la muestra testigo, entréguese el pasaporte personal de Federico Fraccaro, así como la cámara fotográfica marca NIKON justificadamente, notifíquese a la Intendencia General de Policía de esta Provincia para el trámite de deportación del sentenciado.

- El 37,5% de los encuestados establecen que el nivel de apelaciones después de que el Juez aplica la ponderación en los juzgados es alto, otro 37,5% es bajo, el 6,2% expresan que es media, y el 18,7% en cambio dicen que no existe ningún tipo de apelación. En los juzgados cuentan con una base estadísticas de datos sobre las apelaciones realizadas, como una reclamación formulada por quien se cree perjudicado o agraviado por la resolución de un Juez o tribunal, ante el mismo Juez o superior inmediato, con el fin de que se reforme o se revoque.
- En la interrogante siete se establece que la mayor parte de apelaciones se acogen a la apelación como un recurso constitutivo de acuerdo al 62% de los jueces, lo que les permite realmente que su caso sea revisado, analizado, discutido y juzgado por una instancia superior, es decir que todo lo que se determino en el juzgado es inválido.
- De los jueces que participaron en la investigación el 50% dicen que de los tres momentos de la estructura de la ponderación la ley de ponderación es la más importante de los principios en colisión; el 31,2% dice que la importancia está en la carga de argumentación y el 18,5% establece que la importancia está en la fórmula de peso. La

base teórica explica que la **carga de la argumentación** opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico. ***defiende dos formas de superar este tipo de empates, en primera instancia en la Teoría de los derechos fundamentales aduce argumentos que fundamental la carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica, y el principio que expresa el significado de la carga de argumentación es “in dubio pro libértate” (ALEXY 1963:193)*** Otra forma de superar el empate se determina en el Epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales donde del empate que se produzca en razón de la constitucionalidad de una Ley, la ley debe considerarse como no desproporcionada y por tanto debe ser declarada constitucional. Ante esto los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia.

- El 37,5% de los jueces expresan que la base legal en que amparan para aplicar la ponderación de derechos fundamentales es la Constitución de la República, el 25% dice que son la Ley de Garantías jurisdiccionales, otro 25% expresa que es el código orgánico de la función judicial y el 12,5% determina que se basan en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009, en el inciso segundo del antes mentado artículo se manifiesta: [...] 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 [...] y en la especie el numeral 3 determina el empleo del método de la ponderación; al respecto manifiesta: “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”.

- El 37,5% de los encuestados definen que la carga de argumentación se aplica al inicio del proceso, el otro 37,5% dice que se lo aplica cuando existe un empate y el 25% dice que su aplicación es cuando hay causales grandes. ALEXY (1963) *defiende dos formas de superar este tipo de empates, en primera instancia en la Teoría de los derechos fundamentales aduce argumentos que fundamental la carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica, y el principio que expresa el significado de la carga de argumentación es “in dubio pro libértate” Otra forma de superar el empate se determina en el Epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales donde del empate que se produzca en razón de la constitucionalidad de una ley , la ley debe considerarse como no desproporcionada y por tanto debe ser declarada constitucional. Ante esto los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia.*
- El 37,5% de los jueces expresan que no hay modelos definidos que se aplica los jueces de Ibarra, el 18,5% dicen que hay modelo de argumentación, otro 18,5% dice que es la fórmula de peso, y otro 18,5% determina que se la libertad y alimentos y finalmente el 6.3% dice que va de lo más a menos. Esta ley de ponderación se refiere a cuanto mayor sea la medida de afectación de un principio, superior debe ser la medida de la satisfacción del otro, por lo que se puede resumir de esta manera esta premisa diciendo de acuerdo a la ley de

ponderación que: 1) Hay una afectación de un principio; 2) La satisfacción de un principio, 3) Si una satisfacción en verdad vale la pena. Por lo que el grado de afectación puede ser en tres formas: Intenso, medio y leve

También habla de peso abstracto se refiere a que a pesar de los principios tengan la misma jerarquía normativa, uno va a tener mayor jerarquía en lo abstracto, de acuerdo con los valores de la sociedad

- El 43,7% de las personas encuestadas determinan que en parte el modelo de ponderación que aplica en los juzgados a nivel nacional e internacional tiene funcionalidad, el 31% dicen que si funciona y el 25% expresa que no funciona. El hecho de la poca funcionalidad podría deberse a que existen críticas contra la ponderación para ello aclara ***“Las críticas contra la ponderación deben ser rechazadas por ser hiperracionales y por lo tanto irracionales; muchos autores determinan que la ponderación determina que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. Sin embargo esto no significa que la ponderación sea irracional no que esté basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del juez”*** (CARBONELL Miguel 2002:47).

Con respecto a las ideas expuestas de la ponderación y al hecho de que la perfecta objetividad sea utópica por naturaleza no significa que deba renunciarse a pretender a alcanzar su valor como un ideal en la mayor medida posible. De ahí que la ponderación es un procesamiento práctico común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en la práctica jurídica sino también la vida cotidiana. Esta circunstancia atribuye entonces a que

puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios mediante la ponderación.

- En la interrogante trece en función de la independencia y autonomía que se da en el sistema democrático ecuatoriano los jueces establecen en un 62% que el aspecto social y la afectación de una comunidad es lo que más pesa ante un aspecto personal o moral, ya que los derechos de un gran grupo de personas llega a ser más compacto y pesa más que en función de el reclamo de una persona.
- Otro aspecto fundamental es conocer si existe material informativo sobre el tema y se visualiza que el 93,5% de las personas encuestadas dicen que el Juzgado no cuenta con algún documento con información necesaria para la aplicación de los modelos de ponderación. Y el 6,5% en cambio determina que si existe y que son los casos similares resueltos con anterioridad. A nivel Latinoamérica, España y otros países existe información importante sobre la ponderación de derechos y los juristas que tienen escrito artículos y textos importantes sobre la ponderación jurídica están Robert Alexy traducción de Carlos Bernal Pulido; Miguel Carbonell, Walter Leisner, Rudolf Stammler, Fritz Ossenbuhl, FERRAJOLI Luigi, BIDART CAMPOS Germán entre otros; estos documentos en muchos casos son difíciles de conseguir a no ser de comprarlos en el exterior o mandarlos a traer o comprarlos por internet. Es importante mencionar que documentos prácticos, didácticos que determinen los procesos de la ponderación no existen como material de apoyo en los juzgados; razón por lo cual los jueces justifican el desconocimiento de los procesos de aplicación de la ley de ponderación, bases argumentativas o formula de peso.

4.3.2 CONTRASTE DE LAS PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN Y RESULTADOS

a) Qué concepciones teóricas existen para la ponderación de derechos fundamentales en la Constitución de la República del Ecuador.

Doctrinariamente la nueva Constitución de la República del Ecuador tiene el pensamiento filosófico y marco jurídico dictado por el profesor italiano Luigi Ferrajoli de ahí que incluso en un tema del primer capítulo dedicaré un estudio a esta afirmación en cuanto a la ponderación de derechos.

El Derecho en el Ecuador sin duda alguna empieza a tomar un giro casi total, luego de que el pueblo ecuatoriano aprobó el texto constitucional elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente, en la ciudad Alfaro, Cantón Montecristi.

En primer lugar la Constitución se le coloca en una posición jerárquica diferente con respecto a la ley ordinaria, estableciendo obligaciones para su reforma que son diferentes, más complejos y cualificados. En segundo lugar, porque en ella se definen algunos aspectos, diferentes de Constitución a Constitución, cuyo contenido se substraerá al legislador, por un lado, y, por el otro, funciona como parámetro de constitucionalidad de todo acto de ley. En tercer lugar, para finalizar la Constitución se constituye un órgano jurisdiccional donde su función es la de vigilar el respeto tanto de la posición.

b) La actual Constitución de la República del Ecuador, aplica los mecanismos de ponderación de derechos fundamentales?.

De acuerdo a la investigación la Constitución de la República del Ecuador, si

aplica los mecanismos de derechos fundamentales en el Art. 1, 11, Capítulo de las garantías jurisdiccionales en concordancia con el Art. 3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde se establece varios aspectos que garantizan medidas legales para la defensa de los derechos fundamentales.

Estrictamente la Constitución no menciona la ponderación de derechos como tal pero las pautas para el ejercicio de este método de interpretación que si está completamente consagrado en el Art. 3 de Garantías Jurisdiccionales. Entendiéndose garantía constitucional el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política

c) Qué métodos y mecanismos de ponderación existen y deben ser utilizados por la Función Judicial?.

De acuerdo a la investigación para ALEXY y PULIDO Bernal siendo el primero el que desarrollo la estructura de la ponderación, dicen que la ponderación tiene dos tipos de métodos:

- Tradicionales como: Exegético, histórico, sistemático y teleológico

- Modernos (adecuados): Interpretación tópica y racional
 - Interpretación tópica.- Lugares comunes que convergen en el proceso de interpretación jurídica
 - Interpretación racional.- El método racional de interpretación de la Constitución se basa en la Construcción de Argumentos racionales que permitan explicar la norma en sus diversos contextos.

d) Qué técnicas de ponderación son las más adecuadas para nuestra Función Judicial?.

El Art. 1. De la Constitución expresa que 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.

Esto ha definido la elaboración de la nueva Constitución del Ecuador. La pertinencia de su enfoque y la sofisticación en la formulación teórica de determinadas técnicas de interpretación constitucional, como la ponderación y la proporcionalidad que se aplican con su realidad socio-cultural y también con los valores, justicia y bien común, objetivos ineludibles del derecho.

La técnica jurídica fina y depurada que plantea el neoconstitucionalismo, es necesaria en cuanto a racionalidad, argumentación, proporcionalidad, pero debe ser el producto del desarrollo integral de los profesionales del derecho. Se debe llegar a ella sí, pero desde una formación que se fundamente en: la identidad y fusión profunda con la realidad social ecuatoriana y con la búsqueda vital de los valores que sustentan al derecho.

Dentro de las técnicas más usadas a nivel latinoamericano y que se puede utilizar en el Ecuador es:

- La ley de la ponderación.- Esta ley se refiere a cuanto mayor sea la medida de afectación de un principio, superior debe ser la medida de la satisfacción del otro,
- La fórmula del peso.- Este segundo elemento se tiene en cuenta a la hora de ser de forma abstracta de qué manera se le puede introducir un valor numérico

- Las cargas de argumentación.- Esta carga opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico

Hay que recordar que los derechos sociales se enmarcan en esta nueva temática del Estado Constitucional de Derechos, porque como el más alto deber del Estado es la garantía efectiva de aplicación de derechos incluidos de forma progresiva en la Constitución, además de las políticas para la protección de los ciudadanos afectados en caso de vulneración de los derechos positivados.

e) Cómo se puede socializar las técnicas de ponderación para el personal de la Función Judicial?.

De acuerdo a la investigación de define que la socialización de las técnicas de ponderación de derechos se puede hacer efectiva a través de la capacitación sobre el tema a los jueces de la ciudad de Ibarra y del país y para ello es fundamental contar con un material informativo a través de una guía metodológica; misma que debe ser elaborada de forma técnica y didáctica; para que sea de fácil asimilación y aplicación.

CAPITULO V

PROPUESTA



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

GUÍA METODOLÓGICA DE PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES



La justicia no es ciega, analiza, interpreta, razona los argumentos para definir y defender los derechos fundamentales del ser humano.

DIRIGIDA A LOS OPERADORES DE JUSTICIA

AUTOR: Dr. Diego Andrade

Ibarra - Ecuador
2010-1011

5. 1 INTRODUCCIÓN

En el mundo jurídico universal se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios.

Se entiende por principio, un mandato de optimización que ordena que algo sea cumplido en la mayor medida posible dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas. Son supuestos de hecho cuya consecuencia no está explícitamente formulada, es decir, son normas que admiten varias formas de aplicación cuya explicación es más concisa si se diferencian con las normas tipo regla cuyo supuesto de hecho y consecuencia jurídica son claras.

Las reglas son normas que admiten una única medida de cumplimiento, pueden cumplirse o no cumplirse, es decir, son mandatos definitivos, de todo o nada. Se debe aclarar que las reglas no derivan de los principios y su diferencia principal es la forma en que se resuelven sus conflictos, que es de hecho, nuestro objetivo a explicar. De esta forma, en cuanto a las reglas, para la resolución de sus conflictos usamos los métodos tradicionales de validez: especialidad (ley especial deroga general), jerarquía (ley superior deroga ley inferior) y temporalidad (ley posterior deroga ley anterior) y en cuanto a los principios usamos la ponderación.

Los principios se conocen por el enunciado, ordenan que algo sea cumplido en gran medida sin enunciar un supuesto de hecho claro, es decir, admiten varias interpretaciones. Cuando usamos la ponderación enfrentamos dos normas tipo principio, pero no para derrotar a una sobre la otra como ocurriría con las reglas sino para restringir una en favor de otra, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto.

Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos como es la subsunción y la ponderación, hay que tomar en cuenta las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación.

Por estos aspectos la ponderación en la actualidad se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica principalmente de los derechos fundamentales. Esto debido a que la ponderación se la concibe como un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas, y aunque muchos puedan ponerla en tela de juicio por sus indeterminación, inconmensurabilidad e imposibilidad de predecir sus resultados; la ponderación tiene un carácter formal y permite al juez ser objetivo en sus apreciaciones. Realmente la ponderación dentro del campo jurídico representa el mecanismo para resolver la incompatibilidad entre normas.

5. 2 JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

La presente propuesta de una Guía Metodológica de Ponderación de los Derechos Fundamentales es de gran importancia para los procesos judiciales en Imbabura, proporcionando a los magistrados una serie de bases teórico científicas sobre la ponderación y su aplicabilidad en la justicia, así como el ejercicio dentro de casos prácticos que se han dado en el Ecuador, para que fundamenten su ejercicio profesional dentro de un campo moderno y constitucional.

Es fundamental que los jueces de la Provincia de Imbabura y en particular de la ciudad de Ibarra para quienes está dirigida esta investigación se encuentren preparados para asumir el nuevo reto de la legislatura frente a la universalización de la ponderación de los derechos fundamentales, tomando

en cuenta bases metodológicas modernas como la interpretación tópica, interpretación racional bajo la teoría de la argumentación.

Los beneficiarios directos de la presente propuesta son los magistrados que podrán ampliar sus conocimientos sobre la ponderación y su aplicación en la legislatura ecuatoriana, otros beneficiarios directos son los acusados de uno u otro caso donde realmente se requiera un análisis profundo de las argumentaciones de cada caso para poder emitir un juicio.

En nuestro país con respecto a la ponderación la Corte Constitucional del Ecuador, consciente de una nueva realidad jurídica – política, y con el fin de aportar al necesario proceso de transformación y socialización de los contenidos previstos en la Carta Fundamental vigente, ha impulsado y apoyado la realización y capacitación sobre aspectos de la ponderación de derechos fundamentales en distintos foros,, seminarios, talleres, y principalmente, ha hecho de sus sentencias una auténtica fuente del derecho.

De ahí el Ecuador está iniciando cambios sustanciales, no solo respecto a las decisiones de fondo que se han adoptado desde que la Corte Constitucional sino incluso, desde su estructura misma, que de ser identificadas en el pasado – *en su mayoría*- como exegéticas, subsuntivas, típicas y estimatorias -*acordes con un modelo de Estado de características legalistas y administrativistas*, pasaron a ser ampliamente argumentativas y didácticas y más aún cuando se mira a la ponderación como un elemento fundamental en los procesos judiciales.

5.3 OBJETIVO

Proporcionar a los jueces de los juzgados de Ibarra material teórico científico sobre la ponderación de los derechos fundamentales y su aplicabilidad en los

procesos judiciales, mediante una guía metodológica que permita la comprensión del tema.

5.4 DESARROLLO DE GUÍA

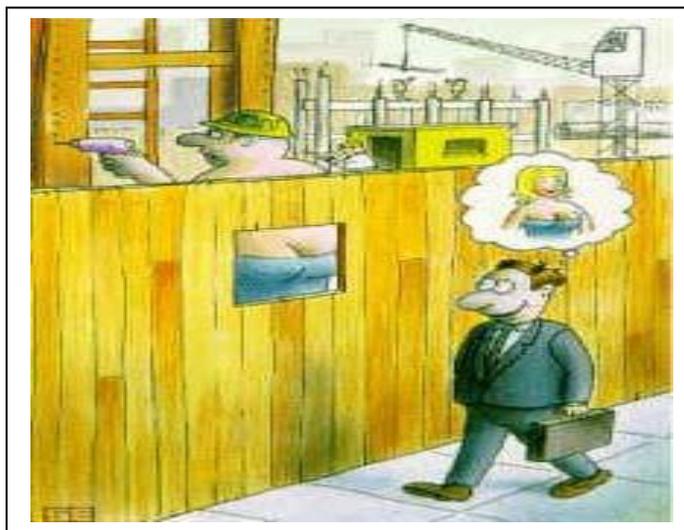
Antes de enfocar al análisis de la ponderación como derechos fundamentales es importante tomar en cuenta los métodos de interpretación como un elemento fundamental en el proceso jurídico.

5.4.1 LA INTERPRETACIÓN

La interpretación de la ley consiste en fijar su verdadero sentido y alcance, pero además incluye el conjunto de actividades indispensables para aplicar el derecho.

Alessandri señala: “es la determinación del significado, alcance, sentido o valor de la ley frente a situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse”

Ilustración No. 1 (Interpretación)



Interpretación es la acción de interpretar. Etimológicamente hablando, el verbo "Interpretar" proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*. El Diccionario de la Lengua española, en el sentido que nos interesa recalcar, define la voz "interpretar" como: explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de textos poco claros. Explicar, acertadamente o no, acciones, palabras o sucesos que pueden ser entendidos de varias formas.

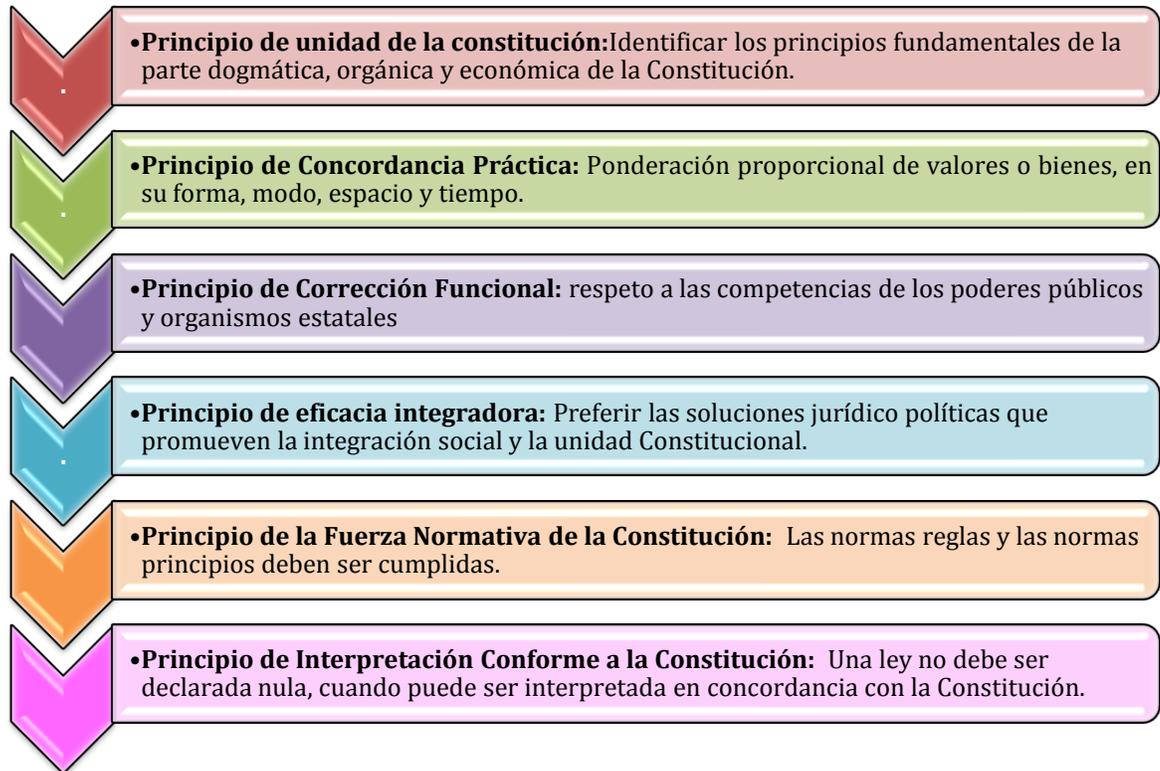
El objeto de una ciencia, materia o disciplina es aquello de lo que se ocupa o sobre lo que recae. Así, dado que la Interpretación se ocupa o recae sobre el derecho, resulta obvio que es el derecho el objeto de la Interpretación. El Derecho que es objeto de la interpretación, a su vez, puede provenir bien de una norma jurídica, de la Costumbre o de los Principios Generales del Derecho; en cualquiera de estos casos la labor interpretativa estará presente, aunque en el este trabajo nos ocupamos sólo del primer caso.

El propósito u objetivo de la Interpretación (fin inmediato) es desentrañar el sentido y significado del Derecho. Ludwig Enneccerus lo dice de la manera siguiente: "El objetivo de la Interpretación es el esclarecimiento del sentido propio de una proposición jurídica." (sic). El tema de la meta de la interpretación ha enfrentado a los partidarios del intelectualismo y a los del voluntarismo. Los "intelectualistas" propugnan que la Interpretación es un acto de razonamiento, una operación lógico mental destinada a revelar el significado o sentido de la norma jurídica (interpretación propiamente dicha).

Los "voluntaristas", en cambio, entienden que la Interpretación no se queda en lo que esta palabra podría denotar, sino que dicha tarea llega a involucrar una labor mucho más acabada, mucho más compleja, una labor de creación en la que el juez podrá actuar con considerables parámetros de libertad. Entre los voluntaristas destaca Hans Kelsen, quien explica que la interpretación de la norma es un acto de creación de una norma individual, el cual es, a su vez, un acto de voluntad en la medida que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

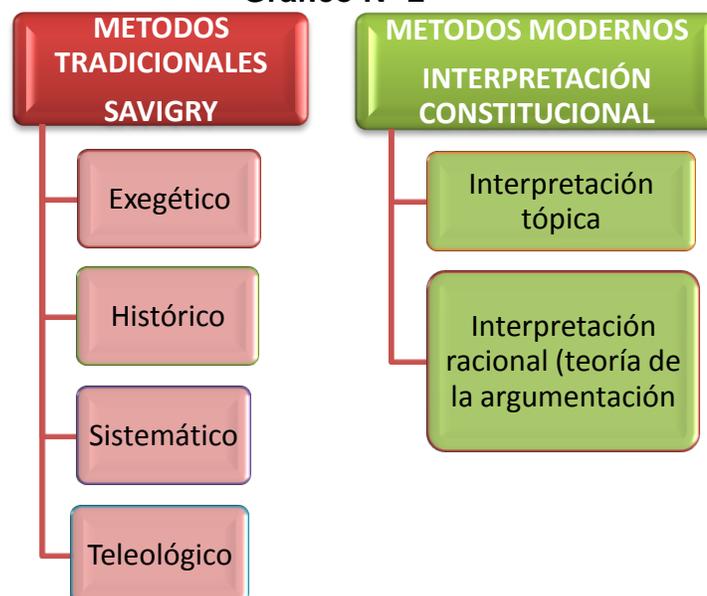
5.4.2 PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN

Gráfico No. 1



5.4.3 MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Gráfico N° 2

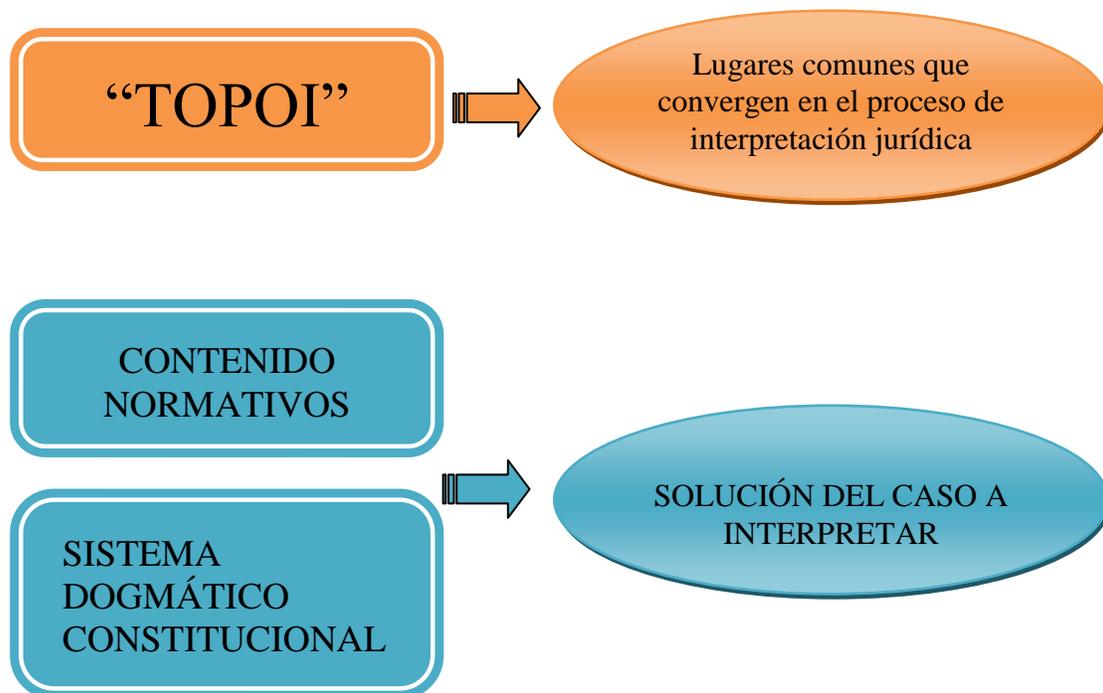


MÉTODOS TRADICIONALES	MÉTODOS MODERNOS
Persigue revelar la voluntad (objetiva) de la norma o la voluntad (subjetiva) del legislador mediante el análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes, así como, finalmente, del sentido y la finalidad (la “ratio” y el “telos”) de la norma.	Existen también métodos modernos que formaron teorías o doctrinas sobre la Interpretación enfocada a un mayor análisis racional de los argumentos, estos métodos están cambiando la visualización del proceso jurídico en los juzgados.

5.4.4 MÉTODOS MODERNOS

5.4.4.1 Interpretación tópica

Gráfico N° 3



Fuente: Dr. Percy C. Castillo Torres

5.4.4.2 Interpretación racional

¡LA INTERPRETACIÓN NO SÓLO ES CONOCIMIENTO SINO VALORACIÓN Y PONDERACIÓN!

El método racional de interpretación de la Constitución se basa en la Construcción de Argumentos racionales que permitan explicar la norma en sus diversos contextos.

Los estudios del Derecho de las últimas décadas han sido lo suficientemente generosos en abordar distintos aspectos relacionados con la actividad y el oficio de los juristas. Buena parte de estos estudios han concentrado su atención en presentar, explicar o evaluar la manera en que distintos casos fueron o han debido ser resueltos por sus respectivos jueces, cuáles son o han debido ser los criterios racionales, interpretativos, metodológicos o de otra índole que han utilizado o han debido utilizar, o por qué dos o más jueces llegan o han podido llegar a resultados enteramente contradictorios (o a resultados similares pero utilizando criterios racionales opuestos) en dichos casos

Aarnio, no se propone construir una teoría de la argumentación como tal, sino realizar un estudio comprensivo de la interpretación jurídica, en el que quedan combinados elementos analíticos y normativos con la finalidad de esclarecer los requerimientos que implica la idea de justificación, en donde se debe indagar la corrección del resultado de la interpretación.

El trabajo de Aarnio revaloriza la contribución teórica que brinda la disciplina filosófica para la comprensión de la tarea del jurista dentro de la interpretación racional, de manera que su estudio armoniza tres planteos filosóficos diversos, la filosofía del lenguaje del último Wittgenstein, la teoría de Habermas y la Nueva retórica de Perelman. El objetivo principal de la interpretación racional consiste en llevar a cabo un estudio acerca de los supuestos, fundamentos, justificabilidad, etc. de las razones empleadas por

los jueces, los criterios, exigencias y condiciones de los casos; de ahí que de la razonabilidad jurídica implica la solución de casos concretos.

TEST DE RAZONAMIENTO

Gráfico N° 4



ILUSTRACIÓN N° 2 (Justicia)



EL TEST DE RACIONABILIDAD LLEVA AL JUCIO DE RACIONALIDAD

1. Aislar el acto o norma que comportan el presunto trato desigual
2. Ubicar el fin que persigue el trato diferenciado y analizar su licitud constitucional (argumentos de quienes defienden el trato diferenciado)
3. Determinar el alcance del elemento común (sexo, edad, preparación técnica, etc.) por el que se demanda un trato igual analizando si resulta o no razonable una diferencia.
4. Establecer si existe un nexo de conexión pertinente, lógico y además proporcionado entre aquel fin y la regulación diferenciada.

La RACIONALIDAD, de acuerdo a Bernal, es un sucedáneo de la objetividad y como quiera que esta es un ideal que difícilmente se alcanza en el Derecho Constitucional dada la natural indeterminación de la Constitución se recurre a los criterios de racionalidad, a saber:

Gráfico N° 5



- 1) Claridad y consistencia conceptual: El primero implica que la sentencia pueda ser comprendida por las partes que intervienen en el proceso y la comunidad jurídica y política. Lo segundo hace referencia a que la Corte debe atribuir a los mismos conceptos siempre los mismos significados (los diversos interlocutores no pueden usar una misma expresión con distintos significados).
- 2) Consistencia normativa: se es más racional tanto más se funden en argumentos que justifiquen iguales resultados cuando se aplican a iguales o similares hechos.

- 3) Saturación: todo argumento debe ser completo, debe contener todas las aristas y premisas que le sean propias.
- 4) Respeto por la lógica deductiva.
- 5) Respeto de la carga de la argumentación: propia del control de la constitucionalidad de la ley, como por ejemplo la duda se aplica a favor de la libertad.
- 6) Consistencia argumentativa: ausencia de contradicciones entre las proposiciones que componen los argumentos de la Corte.
- 7) Coherencia: las proposiciones que utiliza la Corte deben sustentarse en los valores comunes o en los principios generales.

5.5 PONDERACIÓN (Definición)

El principio de ponderación de derechos se lo aplica a través de la utilización de sus elementos que son la ley de ponderación, formula de peso y carga de argumentación.

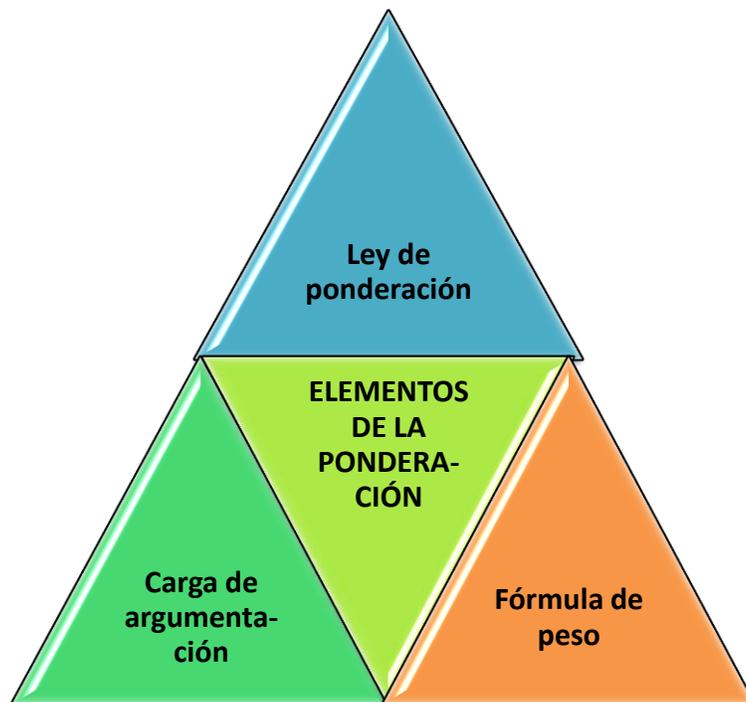
Se refiere a cuanto mayor sea la medida de afectación de un principio, mayor debe ser la medida de la satisfacción del otro.

La ponderación = tiene un peso, sobrepasar algún principio por otro hecha por el juez

La ponderación se aplica en los casos y sirve en casos de colisiones estos determinan el peso de los principios que están en colisión. Para Alexy y Bernal Pulido siendo el primero el que desarrollo la estructura de la ponderación, dicen que la ponderación debe basarse en tres elementos para poder desarrollarse:

5.5.1 ELEMENTOS DE LA PONDERACIÓN

Gráfico N° 6



5.5.2 LEY DE PONDERACIÓN

Se refiere a cuanto mayor sea la medida de afectación de un principio, mayor debe ser la medida de la satisfacción del otro

El principal resultado que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación es el fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre dos principios (o dos derechos), surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad. No obstante, como señala Prieto Sanchís, por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas.

En este punto es importante destacar que, al efectuar la ponderación debe tenerse también presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocida en Sentencias del más variado contenido tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan estas de normas o resoluciones singulares.

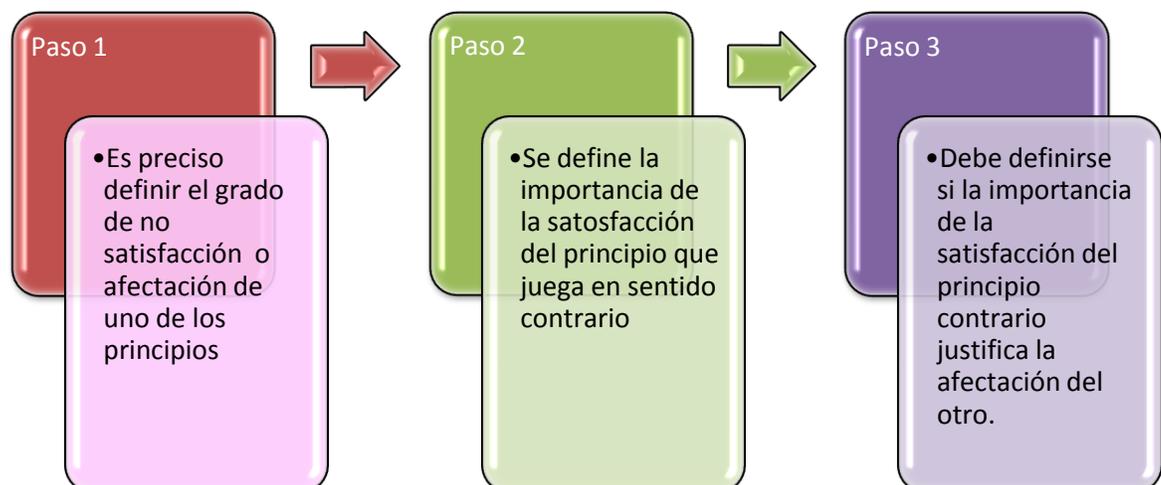
Para Alexy, un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios radica en que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.

Es decir, los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–. En cambio, las reglas, serían “mandatos definitivos” o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

Todo esto demuestra que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Ahora bien, la distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios y de conflicto de reglas. En ambos casos, cada una de las normas implicadas, si se aplican independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios; sin embargo, existen diferencias en la forma como se soluciona el conflicto

5.5.2.1 Estructura de la Ley de ponderación

Gráfico N° 7



Cuando existe un conflicto entre reglas, hay dos formas de solucionarlo. La primera es introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto.

La segunda es declarando inválida por lo menos una de las reglas, a través de reglas tales como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*, aunque también es posible proceder con la importancia de las reglas en conflicto. En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas.

El conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. En este sentido, el autor habla de que bajo ciertas circunstancias, un principio *precede* a otro. A esto Alexy llama la *ley de colisión*.

Esta *ley de colisión* es de fundamental importancia en la *Teoría* de Alexy, ya que refleja que los principios en primer lugar, son mandatos de optimización entre los cuales no existen relaciones absolutas de precedencia y en segundo lugar, que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.

La ponderación no se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización. Por otra parte, la *ley de ponderación* en cuanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudiera ser resuelta los casos. Sin embargo, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la *ley de ponderación* con la teoría de la argumentación jurídica racional.

La *ley de ponderación* dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente, y por tanto, para Alexy, no se trata de una fórmula vacía o que no diga nada.

5.5.3 FÓRMULA DE PESO

Este segundo elemento se tiene en cuenta a la hora de ser de forma abstracta de qué manera se le puede introducir un valor numérico , por lo que se puede ver de qué manera esta se está afectando el principio que puede ser de mayor o menor medida según el caso, por lo que la ley de la ponderación no la contiene , por lo que Alexy introduce la fórmula del peso , por lo que hablamos de peso de tres formas , como dijimos antes, intenso, medio y leve , para poder hacer esta fórmula

Esta fórmula tiene la siguiente estructura¹⁴:

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

De acuerdo a esta fórmula se determina que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en los sucesos del caso concreto, lo que resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio P_i en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P_j en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación.

Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala tríadica, de la siguiente manera: leve 20, o sea 1;

medio 2¹, o sea 2; e intenso 2², es decir 4¹⁵. Carlos Bernal Pulido* *Universidad Externado de Colombia Pág. 229.*

En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2⁰, o sea, 1; plausible 2⁻¹, o sea.; y no evidentemente falso 2⁻².

5.5.3.1 Ejemplo práctico de la aplicación de la fórmula de peso

De este modo, por ejemplo, el peso del derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa (IPiC = 4), al igual que su peso abstracto (!se trata de la vida!) (GPiA = 4) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte) (SPiC = 1). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media (WPjC = 2), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse) (GPjA = 2) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) (SPjC =1)¹⁶. Carlos Bernal Pulido* *Universidad Externado de Colombia Pág. 229.*

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

$$GPI_{jC} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

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

Así llegaría entonces a establecerse que la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres – satisfechos solo en 0.25– no justifica la intervención en los derechos a la vida y la salud de la niña –afectados en 4–. Estos últimos derechos tendrían que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que esta ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.

5.5.4. LAS CARGAS DE ARGUMENTACIÓN

El tercer elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación¹⁷. Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($GP_{i,jC} = GP_{j,iC}$)

De acuerdo a las palabras de Robert Alexy defiende dos posiciones, una en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales*, y otra en el *epilogo* a dicha teoría, escrito quince años después, que podrían resultar incompatibles entre sí en algunos casos.

De acuerdo con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor *“razones más fuertes”* Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., pp. 549 y ss.

En un empate, sostiene, la decisión que se enjuicia aparece como *“no desproporcionada”* por tanto, debe ser declarada constitucional. Es decir, los empates jugarían a favor del acto que se enjuicia, acto que en el control de constitucionalidad de las leyes es precisamente la ley. Cfr. Robert Alexy, *“Epilogo...”*, op. cit., pp. 44 y ss.

En otros términos, de acuerdo con el Alexy del *epilogo*, los empates no jugarían a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino a favor del legislador y del principio democrático.

- Argumento es una razón que sirve para justificar una afirmación (tesis).
- Definiciones:
 - * *“razones que hacen fe de una cosa dudosa*
Cicerón.
 - * *“es lo que convence a la mente a asentir*
cualquier cosa” Tomás de Aquino.

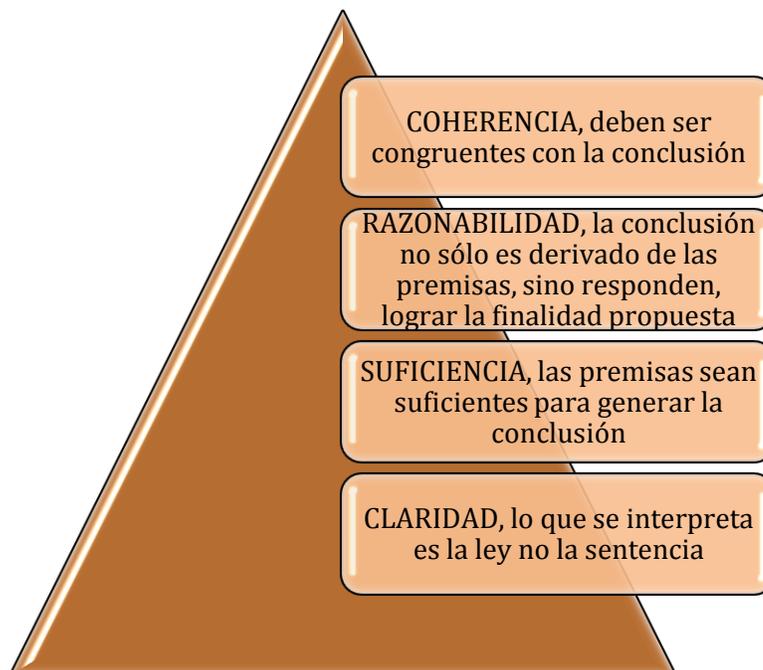
5.5.4.1 Fases en el proceso de argumentación ponderada según la doctrina. de Pietro

Gráfico N° 8



5.5.4.2 Características de la argumentación

Gráfico N° 9



5.5.4.3 Objetivo del argumento

Gráfico N° 10



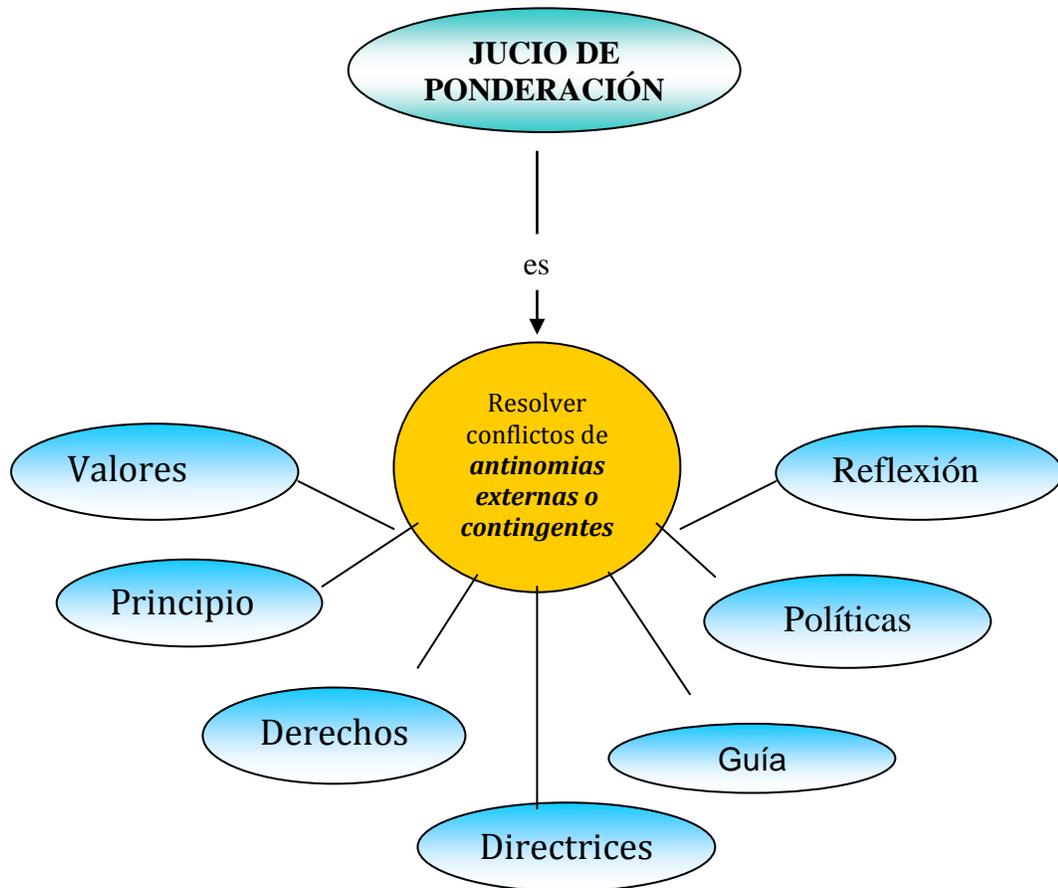
5.5.4.4 Principios de la argumentación

Gráfico N° 11



5.6 EL JUICIO DE LA PONDERACIÓN

Gráfico N° 12



PRIETO sostiene que el juicio de ponderación es también el juicio de proporcionalidad: *“La ponderación, en efecto, conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto”*²⁸.

Con el juicio de ponderación solo se da una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso, entonces se puede decir que la ponderación es el método alternativo de la subsunción; el problema en pugnar es vital por lo que para el autor la ponderación le parece

alternativo de la subsunción, ni mucho menos, porque hay casos donde no se utiliza la ponderación, por lo que se recurre a la subsunción, y en caso contrario al utilizar los principios de la subsunción quedan arrinconadas, pero sería útil ante que en un caso sea ponderado sea primero subsumido , por ejemplo piénsese si en determinado caso la pena es desproporcionada, por lo que hay que subsumir, las veces que sea necesaria, la ponderación no elimina a la subsunción sino que contribuye a construirla a la regla o la premisa mayor que la hace posible, la ponderación es una tarea judicial, el legislador no puede decir que el principio constitucional debe prevalecer sobre otro no podrá reglamentarlo jerárquicamente, porque esto es , repito una tarea judicial.

Con la ponderación ocurre, resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios, se habla del legislador sobrevenidamente "adelanta" en efecto una ley puede decidir que el principio constitucional se debe aplicar para tales casos, por lo que el juez debe de subsumir explícitamente, lo implícito reconocido por el legislador.

Se habla entonces de la ponderación hecho por el legislador, que si desplaza a la ponderación elaborada por el juez, (la puede hacer sin que pueda cancelarse definitivamente en abstracto lo que solo puede resolverse en concreto, todo esto de que se pueda hacer la ponderación del legislador se puede hacer argumentar el autor desde el punto de vista de condición de aplicación descrito en la ley.

En conclusión para el autor, entre mayor sea las condiciones fácticas, con la condición de aplicación más fácil resulta la ponderación por parte del tribunal constitucional, la ponderación ha sido objeto de trabajo, doctrina y jurisprudencia en España, por lo que ninguna sentencia se ha fijado con nitidez las exigencias que comprende la ponderación.

5.7 LIMITACIONES DE LA PONDERACIÓN

La contradicción entre cargas de la argumentación no es el único límite de racionalidad que tiene la ponderación, por lo menos cuando se entiende con la estructura que la presenta Robert Alexy. Aquí nos referiremos a los límites que se encuentran en la ley de ponderación y en las cargas de la argumentación.

1. LOS LIMITES RACIONALES DE LA LEY DE PONDERACIÓN	2. LOS LIMITES DE RACIONALIDAD EN LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACIÓN
<p>Sobre LOS LIMITES RACIONALES DE LA LEY DE PONDERACIÓN conviene señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación.</p>	<p>La contradicción entre las cargas de argumentación <i>in dubio pro libértate</i> e <i>in dubio pro legislature</i> también constituye un límite a la racionalidad de la ponderación, que depara al intérprete un margen de subjetividad. La aplicación de una u otra carga depende de la postura ideológica del juez. Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático, operara siempre con el <i>in dubio pro legislature</i> y, de este modo, concederá al Parlamento la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto mediante un empate entre sus pesos específicos.</p>

5.8 RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES EN LA APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN DE DERECHOS

Por su parte, en cuanto a su estructura, Carlos Bernal Pulido sostiene que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha. La responsabilidad de los jueces es conocer los elementos de la ponderación dando un camino obligatoria para que ellos realicen una aplicación dependiendo del caso que se ajusta a los tres elementos.

5.9 EJEMPLO DE APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN EN EL ECUADOR CON CIERTOS ERRORES QUE SE DEBEN SERCORREGIDOS EN CASOS FUTUROS

DR. JOSE IGNACIO CRUZ ARBOLEDA, JUEZ PONENTE

REPÚBLICA DEL ECUADOR

EN SU NOMBRE

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE IMBABURA.- TRIBUNAL PRIMERO DE GARANTIAS PENALES.- Ibarra, martes 15 de febrero del 2011, las 14h24. **VISTOS:** *Constituido el Tribunal Primero de Garantías Penales de Imbabura en audiencia pública para resolver la situación jurídica de **FEDERICO FRACCARO**, contra quien el Juez Primero de Garantías Penales de Imbabura, ha dictado auto de llamamiento a juicio, como presunto autor de la infracción tipificada y reprimida en el Art.62 de la Ley Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; y, encontrándose la causa en estado de resolver para hacerlo considera:*

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 167 y 178 de la Constitución de la República; 7, 150 y 156 del Código Orgánico de la Función Judicial; 16, 17, 19 y 28 del Código de Procedimiento Penal; y, 5 del Código Penal, tomando en cuenta que los hechos atribuidos al procesado, han sido perpetrados en el control integrado de Mascarilla, ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura, en razón del sorteo de ley, el Tribunal Primero de Garantías Penales de Imbabura, es competente para el conocimiento de la presente causa en razón de la persona, tiempo, territorio y materia.

II. VALIDEZ PROCESAL

Revisadas las piezas procesales y actuaciones en la audiencia del juicio, no se encuentra que se haya vulnerado garantía alguna del debido proceso, por lo que se declara su validez.

III. TEORÍA DEL CASO DEL FISCAL.

III.1.- El Fiscal Abogado Geen Rea, indica que, el día domingo 3 de octubre del 2010, a las 12h30 aproximadamente, personal de antinarcóticos que ha estado realizando trabajo de rutina en el control Integrado de Mascarilla, han detenido la marcha del bus de pasajeros N.06, de la Cooperativa Express Tulcán, procedido a la revisión en su interior con ayuda del can Manolo, quien ha dado alerta positivo para estupefacientes a una maleta negra con tomate conteniendo una funda plástica roja con azul y en el interior de esta, otra funda plástica negra con una hierba verde posible marihuana, que ha pertenecido al pasajero de nacionalidad Italiana Federico Fraccaro, por lo que se ha dispuesto la aprehensión y trasladado del procesado y las evidencias a la Jefatura de Antinarcóticos, donde se ha practicado la prueba preliminar de campo dando positivo para marihuana, con un peso aproximado de 119 gramos.

III.2.-TEORÍA DEL CASO DE LA DEFENSA.

La Defensora Pública de la Unidad Transitoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Doctora Cristina Garzón, indica que, su patrocinado se ha encontrado de paso por nuestro país que su destino era Argentina, llevando consigo para su consumo personal y adicción una pequeña cantidad de marihuana, para calmar las dolencias que le produce la enfermedad del SIDA, indicando que se trata de una persona enferma como probará en esta audiencia.

IV. PRUEBA DE LA FISCALIA

De conformidad al Art.79 del Código de Procedimiento Penal, la prueba se practica ante el Tribunal de Garantías Penales

El Fiscal Abogado Geen Rhea, presenta los siguientes medios probatorios:

IV.1.- Como prueba documental, los acuerdos probatorios:

Del Informe pericial químico No. M-10-1883, suscrito por la Doctora Guillermina Gallo Zea y Mariana Torres Salazar, quienes luego de varias operaciones realizadas, como ensayo de duquenois, ensayo con la sal azul sólido B, observación al microscopio, cromatografía capa delgada y cromatografía gas líquido para marihuana, han concluido que la muestra de fragmentos vegetales secos corresponden a marihuana; actas suscritas por el Sargento José Paspuezan Torres manual de prueba preliminar homologada, que utilizando la prueba duquenois, ha dado positivo para posible marihuana, con un peso de 119 gramos; acta de verificación y pesaje de la droga 119 gramos y una maleta negra con tomate en su interior una funda plástica roja con azul, logotipo DUTY FREE, conteniendo una funda negra, con una hierba verde, posible marihuana con un peso de 119 gramos; informe técnico pericial

de reconocimiento del lugar de los hechos y evidencias, suscrito por la Cabo Alejandra Ron Romero, describiendo como una escena “abierta”, ubicada en el norte de la ciudad de Ibarra, Panamericana Norte, Control Integrado de Mascarilla, vía de primer orden, sin alumbrado público, normal afluencia vehicular, y poca peatonal, como evidencias, una maleta grande de nylon negra con tomate, con logotipo que se lee “THE NORTH FACE WALKABOUT ND60”, una funda de 2 caras la una roja y la otra azul con logotipo “DUTY FREE”, una funda plástica negra en mal estado, 2 fundas pequeñas plásticas verdes en mal estado; y, actas suscritas por el Doctor Ulysses Romeo Flores Albuja, de entrega recepción de posibles estupefacientes para depósito en el CONSEP- Imbabura, una maleta de viaje negra con tomate con logotipo THE NORTH FACE WALKABOUT ND 60, en su interior una funda de plástico rojo con azul con logotipo DUTY FREE, con otra funda plástica negra con una hierba color verde, con un peso bruto de 119 gramos, peso neto 100 y peso destruido 99 gramos; acta de entrega recepción de bienes que se reciben en el CONSEP-Imbabura, una cámara fotográfica marca NIKON, con su estuche negro, con logotipo NIKON, en mal estado; acta de entrega recepción de una muestra fragmentos vegetales para análisis químico, en el laboratorio de Criminalística de Pichincha;

Además que se recepcen los testimonios de:

IV.2.- *Cabo Juan Pablo Janeta López, indica que, el domingo 3 de octubre del 2010, a eso de las 12h30, encontrándose en servicio de antinarcóticos en el Control Integrado de Mascarilla, han procedido a parar la marcha del bus de pasajeros N.06 de la Cooperativa Express Tulcán, y revisado en su interior con la ayuda del can Manolo que ha dado la alerta positiva de estupefacientes ha una maleta negra con tomate junto al pasajero italiano Federico Fraccaro quien sin poner resistencia y voluntariamente ha reconocido ser suya, donde al revisarle ha contenido ropa, una funda plástica roja con azul y otra de color negro con una hierba verde posible marihuana, indicado que le han regalado*

en Colombia, que es para su consumo para calmar los dolores que le producen la enfermedad del SIDA, que su destino era Argentina, que estaba de paso por el Ecuador, por lo que le han aprehendido, informado al Fiscal, quien ha dispuesto su detención, y traslado con las evidencias a las oficinas de antinarcóticos, donde se ha practicado la prueba preliminar de campo dando positivo para marihuana con un peso de 119 gramos, que han informado por teléfono a la Embajada de Italia Informando de la detención del referido ciudadano, a través de la traductora de la Embajada Italiana Bianca Ottolenghi, se ratifica en el parte suscrito indicando que han adjuntado el pasaporte del extranjero detenido.

IV.3.- *Cabo Elvis Giovanny Colimba Altamirano, indica que, encontrándose de servicio en el control integrado de Mascarilla, 3 de octubre del 2010, a eso de las 12h30, han procedido a parar la marcha del bus de pasajeros N.06 de la Cooperativa Express Tulcán, y revisado en su interior con la ayuda del can Manolo que ha dado la alerta positiva de estupefacientes ha una maleta negra con tomate junto al pasajero italiano Federico Fraccaro quien sin poner resistencia y voluntariamente ha reconocido ser suya, donde al revisarle ha contenido ropa, una funda plástica roja con azul y otra de color negra con una hierba verde posible marihuana, indicado que le han regalado en Colombia, que es para su consumo para calmar los dolores que le producen la enfermedad del SIDA, que su destino era Argentina, que estaba de paso por el Ecuador, por lo que le han aprehendido, informado al Fiscal, quien ha dispuesto su detención, y traslado con las evidencias a las oficinas de antinarcóticos, donde se ha practicado la prueba preliminar de campo dando positivo para marihuana con un peso de 119 gramos, que han informado por teléfono a la Embajada de Italia Informando de la detención del referido ciudadano, a través de la traductora de la Embajada de Italia Bianca Ottolenghi, indica que han adjuntado al parte un pasaporte perteneciente al extranjero referido, ratificándose en el parte de detención..*

IV.4.- Doctor Ulises Romeo Flores Albuja, indica y reconoce las actas por el suscritas y entre ellas el acta de pesaje, toma de muestra y destrucción de la sustancia sujeta a fiscalización, concluye que la muestra tomada para el análisis corresponde ha marihuana, con un peso bruto de 119 gramos, peso neto 100 gramos; y, peso destruido 99 gramos; acta de entrega recepción de bienes que se reciben en el CONSEP-Imbabura identificando una cámara fotográfica marca NIKON, con su estuche negro, con logotipo NIKON, en mal estado, exhibe una muestra testigo y la cámara fotográfica.

IV.5.- Doctora Graciela Jaqueline Vizcaíno Chinchuña quien indica haber realizado y suscrito el informe Psicosomático en el paciente Federico Fraccaro, quien le ha referido ser consumidor cocaína, heroína; y, marihuana desde los 14 años, que actualmente consume seis a siete veces marihuana, afirmando ser portador del VIH (SIDA) desde hace unos 20 años, para lo cual toma medicación y consume droga para estar relajado y olvidarse de su problema; en el examen físico externo caquético, consiente, lúcido, orientado en tiempo y espacio, aspecto personal, descuidado, pupilas dilatadas poco reactivas a la luz acomodación, conjuntivas oculares congestivas, reflejos ligeramente disminuidos, fosas nasales congestivas deshidratada, temblores presentes; presión arterial 130/90, frecuencia cardíaca aumentada, pulmones murmullo vesicular conservado, campos pulmonares se encuentra estertores leves, abdomen con ruidos hidroaereos conservados, mucosas orales deshidratadas cianóticas; miembros inferiores normales, presencia de coloración amarillenta muy marcada a nivel de los pulpejos; clínicamente considera que se trata de un consumidor de droga crónico, y que de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS) la fármaco dependencia es una enfermedad; considera 100 gramos de marihuana excesiva para el consumo inmediato, estimando que más de 30 gramos diarios, se constituye como una sobre dosis, que podría acarrear a un consumidor hasta la muerte, recomendando en este caso un tratamiento pertinente en una comunidad terapéutica a efectos de su abstinencia y rehabilitación.

V.- DECLARACIÓN DEL PROCESADO

Con fundamento en el Art. 295 del Código de Procedimiento Penal comparece el procesado de nacionalidad italiana FEDERICO FRACCARO, acompañado de Sharhy Viviana Betancourt Meneses, quien bajo juramento indica, ser verdad lo relatado por los policías que le han detenido y que han declarado en esta audiencia, que no se ha resistido, y que le han comunicado de inmediato con el consulado de su país, que venía desde Colombia donde le han regalado la marihuana para su consumo en el viaje que llevaba junto con su ropa en la maleta que ha comprado en Tailandia, que en otros países es permitido consumir esta droga, que se encontraba de paso como turista en Ecuador, que su destino era Argentina, dice no ser delincuente ni traficante, que es enfermo del SIDA, que tiene receta médica para tomar la medicación, pero no autorización para el consumo marihuana, que también esta droga consume para sentirse bien y calmar sus dolencias por la enfermedad que padece.

VI.- PRUEBA DEL PROCESADO.

La Doctora Cristina Garzón, presenta los siguientes medios probatorios.

Como prueba documental:

VI.1.- *Los Certificados conferidos por los Tribunales Penales de Imbabura, sobre su no reincidencia y del Centro de Rehabilitación Social de Ibarra, sobre su buena conducta*

VI. 2.- *Que se considere a favor de su patrocinado, el testimonio rendido bajo juramento por el procesado Federico Fraccaro en esta audiencia, por ser verdadero y real.*

VI.3.- El testimonio rendido por la Doctora Graciela Vizcaíno Chinchuña, quien en lo principal ha indicado de que se trata de un consumidor crónico de marihuana, y que en esa calidad necesita de un tratamiento terapéutico para su abstinencia, más aún si padece del VIH.

Además que se recepte el testimonio de:

VI.4.- Doctor Juan Francisco Vaca Oña, indica que como líder Clínico del SIDA del Ministerio de Salud Pública, en el Hospital San Vicente de Paúl ha atendido al Paciente Italiano Federico Fraccaro, confirmando el diagnóstico de su país confirmando que tiene un diagnóstico de VIH desde hace 10 años, que se encuentra en tratamiento anti retroviral con trisivir medicación que no tiene el programa nacional, que el paciente se niega ha ingresar al programa aduciendo que el recibe medicación de su país, concluye que por la condición clínica del paciente no debe encontrarse en asinamiento, ya que esa condición podría predisponer a que adquiriera una enfermedad como tuberculosis lo que pondría en riesgo su estado de salud e incluso su vida, el estado físico que se encuentra el paciente, podría estimarse un tiempo de vida de un año, si se mantiene en el consumo de la droga, pudiendo revertirse su enfermedad asintomática (sin síntoma) dejando dicho consumo.

VII. ALEGATOS.

VII.1.- El Fiscal Abogado Geen Rhea dice, con la prueba actuada y practicada, se ha probado la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado, solicita se les sancione por el delito de tenencia determinado en el Art.62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, dejándose a salvo las atenuantes de estimarse del caso.

VII.2.- La defensa por su parte, dice, las pruebas aportadas en esta audiencia son determinantes que se trata de un consumidor crónico de marihuana, y

que padece de una enfermedad catastrófica el SIDA, que la Constitución, la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; y, El Código Penal refieren sobre la despenalización en casos de esta naturaleza, pidiendo se confirme la inocencia de Federico Fraccaro.

VIII. FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL

El Art. 424 de la Constitución de la República, indica su supremacía sobre las demás normas del ordenamiento jurídico. En este sentido, es menester analizar en primer lugar las disposiciones constitucionales referentes al presente caso. Así, el Art. 1 de la misma norma suprema dice que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, significando que se tiene que administrar justicia con apego y respeto a la dignidad de la persona. El Art. 76.7.L, ibídem, manda que todas las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas. El Art. 76 de la Ley suprema, establece que en todo proceso donde se determine derechos y obligaciones, se asegurará el derecho al debido proceso, mismo que comprende varias garantías como entre otros el derecho a la defensa, que también implica a su vez varias garantías, contempladas en el Art. 76.7 antes referido. Por su parte el Art. 77 de la misma norma rectora, dice que en los procesos donde se haya privado de la libertad a una persona se observarán varias garantías básicas como el hecho de haberle informado el motivo de su detención, el derecho de mantenerse en silencio, etc. Por su parte, el Art. 168.6 de la misma Constitución, nos indica que en la sustanciación de todos los procesos, se sustanciará conforme al sistema oral acusatorio, en base a los principios de concentración, contradicción y dispositivo, mismos que durante la etapa del juicio han sido observados de manera irrestricta; de igual forma se ha observado los principios de uniformidad, inmediación y celeridad, previstos en el Art. 169, tomando en cuenta que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.

IX.- ANALISIS PROBATORIO

Conforme a los Arts. 85 y 250 del Código de Procedimiento Penal, la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.

El Art.86 del Código de Procedimiento Penal, indica, la prueba será apreciada por el Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica; que ha decir de Couture, son las reglas del correcto entendimiento humano, valorando la prueba en un campo lógico, psíquico y experimental, en base del conocimiento.

Las presunciones obtenidas en el juicio deben estar basadas en indicios probados. Además deben ser graves, precisos y concordantes, encontrando el nexo causal entre la infracción y su responsable, acatando los requisitos señalados en los Arts.87 y 88 ibídem

X.- Existencia de la infracción.- *La existencia de la infracción se encuentra probada conforme a derecho, con las siguientes diligencias:*

X.1.-*Con los acuerdos Probatorios sobre el informe pericial químico suscrito por la Doctora Guillermina Gallo y Bioquímica Rocío Villa Cuji, concluyen que la muestra de fragmentos vegetales secos corresponden a marihuana; manual de prueba preliminar homologada, suscrita por el Sargento José Paspuezan, con la prueba duquenois, ha dado positivo posible marihuana, con un peso bruto 119 gramos; acta de verificación y pesaje de la droga maleta negra con tomate conteniendo una funda plástica roja con azul, y una funda negra, con una hierba verde, posible marihuana peso de 119 gramos; informe técnico pericial de reconocimiento del lugar de los hechos y evidencias, suscrito por la Cabo Alejandra Ron, describiendo como una escena “abierta”, ubicada en el norte de la ciudad de Ibarra, Panamericana*

Norte, Control Integrado de Mascarilla, como evidencias, una maleta de nylon negra con tomate, una funda de 2 caras la una roja y la otra azul, una funda plástica negra en mal estado, 2 fundas pequeñas plásticas verdes en mal estado; y, actas suscritas por el Doctor Ulysses Flores, de entrega recepción de posibles estupefacientes para depósito en el CONSEP- Imbabura, una maleta de viaje negra con tomate, otra funda plástica negra con una hierba color verde, con un peso bruto de 119 gramos, peso neto 100 y peso destruido 99 gramos; acta de entrega recepción de bienes que se reciben en el CONSEP-Imbabura, una cámara fotográfica, en mal estado; acta de entrega recepción de la muestra de fragmentos vegetales secos.

X.2.- Con los testimonios de los Cabos Juan Pablo Janeta López, Elvis Giovanny Colimba Altamirano y del procesado, los mismos que son unívocos y concordantes al indicar que la droga fue encontrada en la maleta de propiedad de Federico Fraccaro, en el bus de pasajeros de la Cooperativa Express Tulcán, No.06 el día domingo 3 de octubre del 2010, a las 12h30.

La existencia de la infracción se encuentra probada de conformidad con los Arts.91 y 145, Código de Procedimiento Penal, prueba testimonial y documental.

X.3.- La responsabilidad del Procesado. *En cuanto a la responsabilidad del procesado **FEDERICO FRACCARO**, no se ha probada conforme a derecho, pese a que el procesado ha admitido ser propietario de los 119 gramos de marihuana encontrados en su maleta cuando viajaba como pasajero de un bus, y con la explicación de que era para su consumo personal ha fin de soportar su enfermedad catastrófica como es el SIDA, enfermedad que ha sido probada legalmente con forme consta del testimonio y certificado médico emitido por el Doctor Juan Francisco Vaca, médico internista del Hospital San Vicente de Paúl, el testimonio de la Doctora Graciela Vizcaíno Chinchuña que en el presente caso, confirma la adicción*

crónica del procesado que tiene múltiples vulnerabilidades, que para el caso son su estado de adicción y una enfermedad catastrófica como Terminal, que hace que la teoría fáctica por la que acusa el Fiscal del delito de tenencia de estupefacientes, colisionen varios derechos. Esto es el de la Salud Pública, que en la presente audiencia no se ha probado, puesto que la cantidad de 119 gramos de marihuana encontrados en la maleta del procesado y que el acepta ser suyo, en ningún momento ha sido expedida o vendida; por otro lado el de la salud del propio procesado y el de la presunción de inocencia. Al realizar el examen psicosomático la Doctora Graciela Vizcaíno, manifestó claramente su estado de adicción crónica, estimando que en esos niveles se puede hablar de un aprovisionamiento para tres días si se considera que el consumo diario puede llegarse hasta 30 gramos, dosis sobre la cual podría darse una sobre dosis y con ello ocasionarse incluso hasta la muerte, pero además, también anota que su consumo no solo obedece a su adicción sino para soportar los dolores que provoca esta enfermedad catastrófica y conforme se puede percibir en base al principio de inmediación, no esta en condiciones de proveerse un tratamiento, razón obvia para su uso. Bajo estas condiciones en razón de lo que determina la Constitución de la República en su Art.364 dice “Las adicciones son un problema de salud pública. Al estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.” No puede responsabilizarse de ningún hecho al procesado. En la misma forme el Art. 103 inciso segundo de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en lo que respecta a la aprehensión dice “Esta norma legal no comprende a los narcodependientes o consumidores que hubieren sido capturados en posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas destinadas para su propio consumo. Estas personas serán consideradas enfermas y sometidas a tratamiento de rehabilitación. Esta

norma, por ser de carácter especial, tendrá efecto retroactivo.” Por lo que se ha confirmado ser un consumidor crónico, y sumado su fase Terminal del SIDA, sensibles a los principios de dignidad Humana, también es su derecho MORIR CON DIGNIDAD, esto es en libertad.

XI.- CONCLUSIÓN

*Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Primero de Garantías Penales de Imbabura, de conformidad con los Arts. 250 y 304-A, del Código de Procedimiento Penal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA**, declara que **FEDERICO FRACCARO**, de nacionalidad italiano, de 46 años de edad, estado civil soltero, de ocupación instructor de Ski, domiciliado temporalmente esta ciudad de Ibarra, provincia de Imbabura se **CONFIRMA LA INOCENCIA** del procesado, disponiéndose su inmediata libertad, de conformidad con lo que disponen los Arts. 77 numeral 10 de la Constitución de la República y 319 del Código de Procedimiento Penal. Conforme a lo determinado en el Art.122 de la ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, consúltese esta sentencia ante la Corte Provincial de Justicia de este Distrito.- Ejecutoriada que sea la misma, procédase a la destrucción de la muestra testigo, entréguese el pasaporte personal de Federico Fraccaro, así como la cámara fotográfica marca NIKON justificadamente, notifíquese a la Intendencia General de Policía de esta Provincia para el trámite de deportación del sentenciado.- NOTIFÍQUESE. Fs. Drs. María D. Echeverría, Presidenta, Olavo Hernández H., Juez Temporal, José Ignacio Cruz A., Juez Ponente.*

Ibarra, 15 de febrero del 2011

Certifico:

El Secretario:

Dr. Lenin Cruz Ruales

5.10 EJEMPLO DE APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN EN EL ECUADOR CON ACIERTOS IMPORTANTES

Derechos de los grupos de atención prioritaria

Pablo Alarcón Peña*

Resumen

La sentencia objeto del presente estudio, se constituyó en la fundadora de la novedosa garantía jurisdiccional de derechos reconocida en la Constitución de la República: la acción por incumplimiento. Por otro lado, la garantía citada, interpuesta por parte de un grupo de atención prioritaria, permitió a la Corte Constitucional ejercer por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, el control de oficio de constitucionalidad de normas conexas. Finalmente, la sentencia demuestra la utilización de una serie de métodos de interpretación constitucional que merecen ser analizados y discutidos.

Palabras clave

Grupos de atención prioritaria, acción por incumplimiento, inconstitucionalidad de normas conexas, ponderación, proporcionalidad, argumentación jurídica, igualdad, idoneidad, necesidad, razonabilidad, silogismo, justicia material, fórmula del peso, modulación.

Introducción

¿Una nueva visión de la ciencia jurídica?, ¿nuevas técnicas de interpretación?, ¿qué es ponderar?, ¿se han incorporado nuevas garantías

* Baccalaureus Artium en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, Diploma Superior en Derecho, mención Derecho Constitucional y Magíster en Derecho, mención derecho constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Actualmente, Coordinador del Grupo Técnico de Revisión de la Corte Constitucional del Ecuador; Docente Universidad Andina Simón Bolívar y Universidad de Especialidades Espíritu Santo. palarconpe@gmail.com

jurisdiccionales en el texto constitucional?, ¿cuáles son las competencias de la nueva Corte Constitucional del Ecuador?, ¿cuál es el nuevo rol que se ve obligado a desempeñar el juez constitucional?, ¿qué es la justicia material? entre otras, son interrogantes frecuentes que se han generado a partir de la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador de 20 de octubre de 2008. En efecto, la incorporación de un nuevo modelo de Estado en el Artículo 1 de la Constitución, el Estado constitucional de derechos, ha irradiado respecto al ordenamiento jurídico ecuatoriano una serie de efectos, que por su novedad y trascendencia, merecen ser profundizados, desarrollados, y finalmente difundidos.

En atención a ello, la Corte Constitucional del Ecuador, consciente de una nueva realidad jurídico – política, y con el fin de aportar al necesario proceso de transformación y socialización de los contenidos previstos en la Carta Fundamental vigente, ha impulsado la realización y apertura de distintos foros, entre ellos, seminarios, talleres, y principalmente, ha hecho de sus sentencias una auténtica fuente del derecho. En esa línea, se pueden evidenciar cambios sustanciales, no solo respecto a las decisiones de fondo que se han adoptado desde que la Corte Constitucional asumió las funciones previstas en la Carta Fundamental vigente, sino incluso, desde su estructura, que de ser identificadas en el pasado – en su mayoría- como exegéticas, subsuntivas, típicas y estimatorias -acordes con un modelo de Estado de características legalistas y administrativistas-, pasaron a ser ampliamente argumentativas y didácticas.

Tan importante ha sido la transformación que ha venido promoviendo la Corte Constitucional del Ecuador a través de sus fallos, que constitucionalistas prestigiosos, nacionales como extranjeros, entre ellos, Manuel Atienza, Luís Fernando Torres, Alí Lozada , han dedicado su tiempo a la elaboración de estudios relacionados con las sentencias que ha promulgado el órgano rector de la Justicia Constitucional del Ecuador. Así

también, desde el ámbito de la academia, connotadas Universidades del país, como la Universidad Andina Simón Bolívar, han incluido en sus programas de posgrado, análisis relacionados a los avances y deficiencias que han podido identificar en las sentencias de la Corte ecuatoriana.

Sin duda, más allá de ser objeto de críticas o halagos, aspectos comprensibles si tomamos en cuenta que la Corte ha iniciado un proceso de transformación, las sentencias de la Corte Constitucional han permitido que se difundan a nivel nacional e internacional, los avances doctrinarios inmersos en el constitucionalismo contemporáneo ecuatoriano, y lo más importante, la forma de aplicarlos en casos concretos.

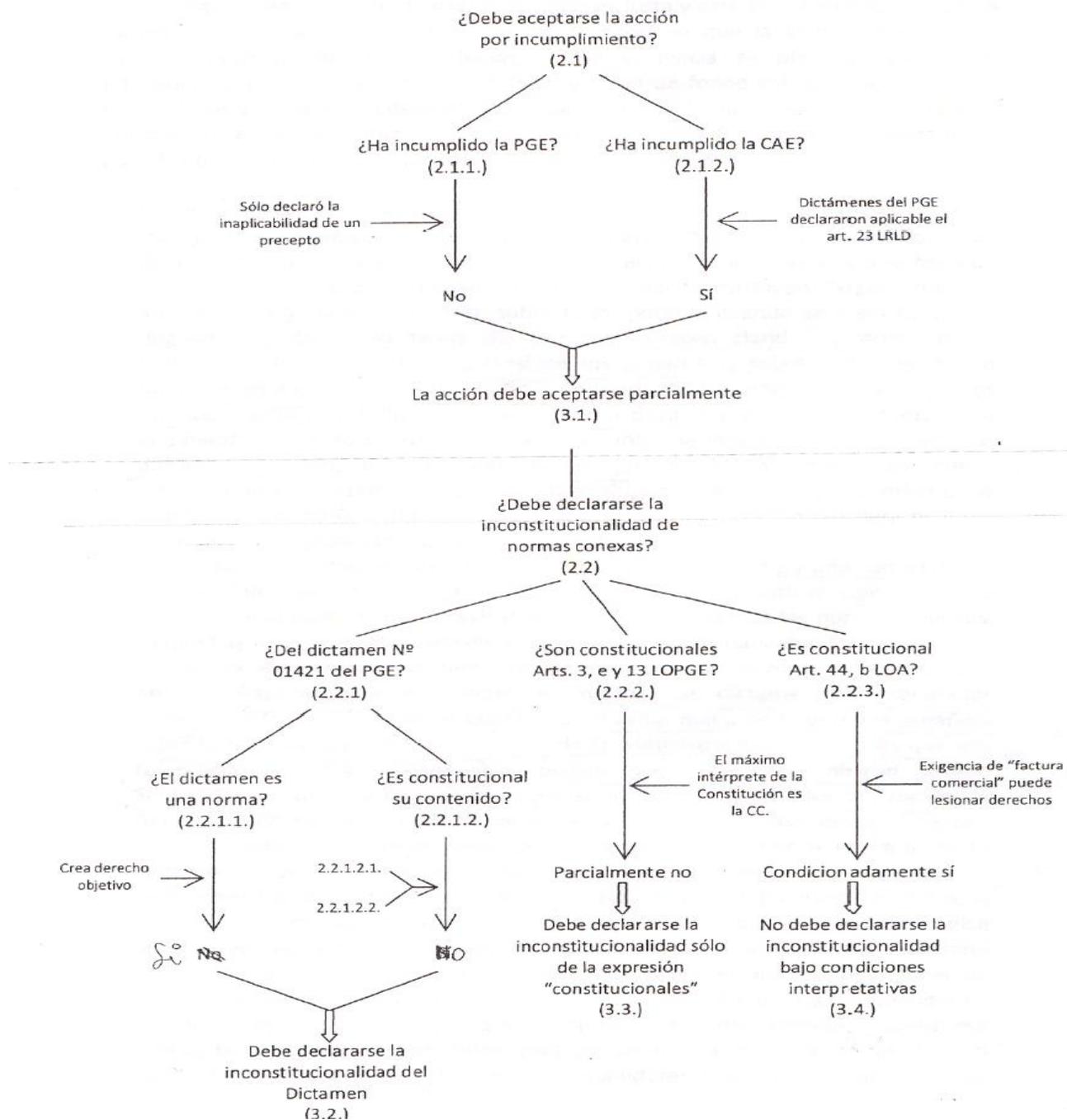
En ese contexto, el presente análisis se desarrollará sobre la base de una de las sentencias hito fundadoras de línea expedidas por la Corte Constitucional del Ecuador. En la misma, se podrá constatar cómo a partir de la activación de una de las nuevas garantías jurisdiccionales de conocimiento exclusivo de la Corte Constitucional, - la acción por incumplimiento prevista en el Artículo 93 de la Constitución de la República -, por parte de un grupo de atención prioritaria, se abordaron una serie de temas inherentes al paradigma del Estado Constitucional y a las nuevas competencias de la Corte Constitucional del Ecuador. Entre esos temas, se destacan: la naturaleza de las garantías bajo la visión del constitucionalismo contemporáneo; la naturaleza, alcance y efectos de la acción por incumplimiento; la reparación integral (elemento no previsto en la Constitución Política de 1998); el rol del juez constitucional bajo el paradigma del Estado Constitucional; la utilización de métodos interpretativos exclusivamente exegéticos o deductivos para el caso de antinomias entre normas de estructura hipotética; la relevancia de la protección Estatal respecto a los grupos de atención prioritaria; la naturaleza jurídica de los dictámenes que emite el Procurador General del Estado; la inconstitucional atribución legal de interpretación constitucional vinculante que ostentaba el Procurador General del Estado; la Corte Constitucional como

máximo órgano de interpretación constitucional vinculante; las nuevas técnicas interpretativas a utilizarse para el caso de conflictos o colisión entre principios y derechos constitucionales – normas de estructura tética-: la ponderación de derechos en concreto; la imposibilidad de realizar ponderaciones en abstracto (igualdad jerárquica de derechos); la razonabilidad, la proporcionalidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales; la fórmula del peso de Robert Alexy como forma de esquematización de los resultados de una ponderación racional previa; la importancia del establecimiento de sentencias atípicas; el control abstracto de constitucionalidad; la declaratoria de inconstitucionalidad de oficio de normas conexas cuando en los casos sometidos a conocimiento de la Corte se concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución (nueva competencia de la Corte Constitucional, Artículo 436 numeral 3); la modulación de sentencias en el tiempo, materia y espacio: la declaratoria de constitucionalidades condicionadas e inconstitucionalidades reductoras etc.

Todo lo dicho, puede ser identificado a detalle en el esquema proporcionado por el maestro Manuel Atienza y Alí Lozada, en su reciente visita al Ecuador, con ocasión del taller “Análisis de argumentaciones judiciales”, desarrollado en Quito el 10 de octubre de 2009. El mentado estudio, resume en gran medida la forma como se adoptaron las soluciones para los problemas jurídicos identificados.

ESQUEMA DE LA ARGUMENTACIÓN

Gráfico N° 13



⁵Fuente: Manuel Atienza y Alí Lozada

⁵ Manuel Atienza y Alí Lozada, "Caso Game Muñoz y Luna Narváez sentencia No. 005-2008- AN de la Corte Constitucional ecuatoriana", Quito, Taller: Análisis de argumentaciones judiciales, 10 de octubre de 2009, p. 23.

En virtud de lo expuesto, y considerando que los temas que abordó el fallo en cuestión, se encuentran ampliamente desarrollados en la sentencia emitida por la Corte Constitucional, optaré por analizar y aclarar algunos aspectos que han podido generar dudas en el auditorio universal. Es así, que los temas que se abordarán serán los siguientes: 1. La importancia de la doctrina y de la argumentación jurídica en una sentencia constitucional hito fundadora de línea; 2. técnicas interpretativas tradicionales vs. técnicas de interpretación constitucional; y 3. la fórmula del peso de Robert Alexy, como mecanismo de esquematización de los resultados de una ponderación racional previa.

1. La importancia de la doctrina y de la argumentación jurídica en una sentencia constitucional hito fundadora de línea

Siendo que el análisis central del acápite en cuestión, se encuentra relacionado íntimamente con técnicas de argumentación jurídica, que mejor que recurrir al estudio conjunto elaborado por el maestro y director de DOXA Manuel Atienza y Alí Lozada en relación a la sentencia materia del presente estudio. En el mismo, se podrán constatar una serie de criterios relacionados con la estructura de la sentencia y la forma como se desarrolló la argumentación jurídica.

Cabe señalar, que el presente análisis no pretende ser considerado una verdad única, menos aún descalificar los criterios provenientes de un jurista tan connotado como lo es Atienza, pero sí pondrá de manifiesto dos aspectos muy importantes: primero, la posibilidad de generación de criterios doctrinarios distintos respecto a un mismo tema o conflicto; y segundo, la relevancia del contexto geográfico y circunstancial en el que se adopta una decisión judicial.

Así por ejemplo, más allá de que el fallo en cuestión haya sido calificado por Atienza y Lozada como una “buena sentencia, justa y bien motivada”, se mencionó también lo siguiente:

(...) La única observación más o menos crítica que cabría hacer es que la sentencia es quizás excesivamente prolija. Por lo demás, en la sentencia se plantean cuestiones interesantes de teoría del Derecho. Y una cuestión de fondo sobre el diseño de las instituciones y sobre cómo debe comportarse un tribunal – particularmente, una Corte Constitucional- en una situación de “institucionalidad en formación.”[Más adelante] La sentencia da, en ocasiones, la impresión de que más que una sentencia es un trabajo de dogmática jurídica o de teoría del derecho. [Más adelante] Así, las referencias al constitucionalismo y al Derecho comparado son bastante inútiles [no merece la pena insistir en ello) para justificar que la Corte Constitucional podía entrar a revisar la constitucionalidad de las normas conexas, ya que hay un artículo clarísimo de la Constitución ecuatoriana que así lo establece.⁶

Varios aspectos caben ser advertidos a partir del criterio señalado. Primero, los propios autores del análisis (Atienza y Lozada), reconocen la situación circunstancial bajo la cual fue adoptada la decisión en cuestión, es decir, una época de transición en la que por primera vez se había conformado una Corte Constitucional en el Ecuador. Aquello como es lógico, trajo como consecuencia que la Corte para el Período de Transición, deba ser la primigenia en el desarrollo y por sobre todo en la enseñanza a partir de sus fallos, de los novedosos contenidos inmersos en el constitucionalismo contemporáneo y por consiguiente, en la Constitución de la República vigente. Segundo, a pesar de haber reconocido dicho elemento temporal y

⁶ *Ibíd.*, p. 24.

circunstancial, Atienza y Lozada, demuestran su inconformidad con la utilización de doctrina extranjera y con la remisión permanente al constitucionalismo para sustentar o justificar la aplicación de una norma constitucional en el caso concreto. Aquél criterio, muy respetable por cierto, daría a entender que el solo hecho de la vigencia de una norma, por mas novedosa que esta sea, genera una claridad tal que su interpretación y aplicación no podrían generar mayor problema en la práctica. Aquello, se encuentra muy lejos de la realidad. Y es que basta remitirnos a la experiencia vivida en los distintos foros organizados por la Corte Constitucional a nivel nacional, y a las demandas que llegan diariamente a la institución, para confirmar la incertidumbre que existe a todo nivel de la ciudadanía en relación a los nuevos contenidos previstos en la Carta Fundamental, empezando por el nuevo modelo de Estado que rige al Ecuador, pasando por la presencia de nuevas garantías jurisdiccionales, nuevas competencias, nuevos derechos y terminando por la modificación sustancial del aparato orgánico - institucional del Estado.

Ante esa realidad, no se puede concebir que una Corte Constitucional, con mayor razón una de Transición, se limite a ser un órgano mecánico aplicador de reglas vigentes. En efecto, era el momento preciso para que la jurisprudencia constitucional ocupe su lugar, y trace el camino hacia la consolidación de un auténtico derecho jurisprudencial.

Ahora bien, tomando como premisa el contexto bajo el cual ha debido operar la Corte Constitucional para el período de transición, resulta oportuno determinar a la luz de la doctrina, bajo que categoría de fallos se inserta la sentencia No. 002 – 09 – SAN - CC. Sólo a partir de ello, se podrá determinar si la sentencia en cuestión, se asemeja más a un trabajo de dogmática jurídica o de teoría del derecho, como en efecto lo sostienen Atienza y Lozada.

El profesor Diego López Medina, al referirse a los distintos tipos de fallos que podrían identificarse al interior de una línea jurisprudencial, aborda y explica con claridad qué debe entenderse por una sentencia hito fundadora de línea en el contexto colombiano:

[...] En primer lugar se encuentran las sentencias fundadoras de línea. Estos son fallos usualmente proferidos en el período inicial de la actividad de la Corte (1991 – 1993), en los que se aprovecha sus primeras sentencias de tutela o de constitucionalidad para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos (u otros institutos) constitucionales. Son sentencias a menudo muy ambiciosas en materia doctrinaria y, en las que se hacen grandes recuentos históricos y comparados (a falta de experiencia jurisprudencial local) de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Son por sus propósitos, sentencias eruditas a veces manipulosas y casi siempre largas, redactadas en lo que Kart Llewellyn llamaba grand style; se apoyan en el vacío jurisprudencial existente, en aquél entonces para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana.⁷

Los argumentos esgrimidos por el profesor López Medina en relación al contexto colombiano, en concreto a la fase de actividad inicial de la Corte Constitucional colombiana en 1991, resulta plenamente equiparable a la realidad ecuatoriana. En efecto, ante la presencia de una nueva Constitución, una nueva Corte Constitucional, y también ante la ausencia de precedentes jurisprudenciales, es evidente que la Corte ecuatoriana debía llenar ese vacío e intentar, a partir de fallos como el que nos ocupa, alcanzar una justicia material, y difundir a su vez, la nueva realidad jurídico y política que atraviesa

⁷ Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Editorial Legis, 2008, p. 164.

el Ecuador, realidades que sin duda van de la mano con el Estado Constitucional de derechos.

Es así, que la remisión a la doctrina nacional como comparada, y la explicación detallada de los efectos que irradia el Estado Constitucional de derechos, en antítesis a los criterios de Atienza y Lozada, resultaba completamente necesaria. Por otro lado, “si un fallo está bien motivado, y alcanza la justicia material” – tal como lo señalan los doctrinarios citados- , entonces se torna irrelevante su extensión física, más aún cuando se trata de una sentencia hito fundadora de línea que se expidió pocos meses después de la promulgación de la Constitución de la República vigente.

Por otro lado, cabe señalar que la utilización de citas bibliográficas en los fallos emitidos por la Corte Constitucional, no resultan ser simples adornos que dotan a las sentencias de una elegancia particular o que pretenden dificultar su entendimiento, por el contrario, resulta ser uno de los cambios más palpables si analizamos y comparamos las sentencias que se emitían en el pasado por parte de los extintos Tribunales Constitucionales. La incorporación de citas bibliográficas, no sólo que guarda respeto con los derechos de autor del titular de una obra, sino que incluso, contribuye notablemente a la argumentación jurídica y a la difusión de doctrinas interesantes que no siempre son conocidas, y que en definitiva, aportan al conocimiento de la ciudadanía en general.

En definitiva, ante las circunstancias descritas, y en presencia de un nuevo modelo de Estado que lleva consigo profundas modificaciones respecto a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se torna necesaria una labor mancomunada. La responsabilidad de difusión y enseñanza de los contenidos plasmados en la Carta Fundamental, no puede recaer únicamente sobre la academia, por el contrario, bajo la visión del constitucionalismo contemporáneo, el juez constitucional debe inmiscuirse, y aportar a partir de

sus fallos, a la consolidación de un verdadero derecho jurisprudencial, una auténtica fuente del derecho que pueda aportar a la sociedad en su conjunto y que rompa finalmente, con aquellas estructuras tradicionalmente formalistas y jerárquicas que existieron entre quienes ostentaban el poder jurisdiccional y sus usuarios.

En esa línea, que mejor si la sentencia en cuestión se asemeja a un trabajo de dogmática jurídica o de teoría del derecho, aquello demuestra que más allá de circunscribirse a una labor exegética, el juez ha creado derecho, ha alcanzado una decisión justa, ha generado críticas, y por tanto, ha contribuido a la difusión y enseñanza de los contenidos previstos en el texto constitucional.

2.- Técnicas interpretativas tradicionales vs. técnicas de interpretación constitucional.-

En armonía con lo expuesto en líneas anteriores, esto es, el contenido didáctico que se plasma en la sentencia 002- 09- SAN- CC, la Corte Constitucional puso de manifiesto una de las principales transformaciones que ha traído consigo el paradigma del Estado Constitucional. En efecto, en el fallo en cuestión, la Corte remarca la importancia que reviste la utilización de técnicas interpretativas apropiadas que respeten y tomen en cuenta los contenidos axiológicos plasmados en la Constitución. Y es que de conformidad con el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y bajo la nueva visión de la ciencia jurídica, “el constitucionalismo contemporáneo”, 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.

En esa línea, la Corte Constitucional deja en claro por un lado, que ante la presencia de antinomias entre reglas de estructura hipotética, la utilización de técnicas tradicionales de interpretación subsuntiva será plenamente válida, en tanto en cuanto, su resultado no conlleve la limitación desproporcionada de derechos constitucionales. Por otro lado, determinó que ante la colisión entre derechos constitucionales que pueden hallarse inmersos en las reglas que han entrado en pugna, será la ponderación la técnica interpretativa idónea para constatar cuál es el derecho a aplicarse para el caso concreto.

Y es que 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 interprete debe ampliar su visión tradicional de la regla, y previo a la utilización mecánica de un método interpretativo exegético, está en la obligación de constatar hasta que 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 de la ciencia jurídica, corre el grave riesgo de devenir en inconstitucional.

Fue precisamente eso lo que sucedió en el caso concreto, el Señor Procurador General del Estado, en tanto intérprete legal y constitucional, de conformidad con sus atribuciones previstas en el Artículo 216 de la Constitución Política de 1998 (vigente en ese entonces), y de los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (objeto de una inconstitucionalidad reductora), emitió un dictamen vinculante relacionado a la consulta solicitada por el Director Nacional del Consejo Nacional de Discapacidades respecto a la aplicabilidad del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades. En dicho dictamen, determinó en primer lugar, la presencia de antinomias entre el contenido de cuatro disposiciones legales: el Artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades

(ordinaria); Artículo 27 literal i) de la Ley Orgánica de Aduanas; Artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres; y Artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz. Mientras la regla prevista en el Artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades autorizaba de manera expresa la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos, nuevos o de hasta tres años de fabricación libre de impuestos a favor de la población discapacitada, el Artículo 27 de la Ley Orgánica de Aduanas, 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y 6 del Convenio de Complementación Automotriz, prohibían la importación de vehículos no ortopédicos y usados a favor de este grupo de atención prioritaria. Una vez detectada dicha antinomia, el señor Procurador a partir de la utilización de un método tradicional jerárquico, y siendo que la Ley sobre Discapacidades es una ley ordinaria, determinó su inaplicabilidad y por tanto, prohibió la importación de vehículos no ortopédicos de hasta tres años de fabricación en beneficio de la población discapacitada. Cabe señalar en este punto, que la justificación práctica para la autorización de importación de vehículos no ortopédicos libre de impuestos, encuentra razón de ser en aquellos casos en que producto de un alto grado de discapacidad, la persona se encuentre imposibilitada de conducir por sus propios medios, aún cuando se tratase de un automóvil ortopédico. Como consecuencia de ello, y para garantizar su movilidad, el Artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades, contemplaba la posibilidad de que previo a la autorización respectiva del CONADIS, la persona discapacitada pueda designar un conductor para el automóvil, aspecto que abría la posibilidad para la importación libre de impuestos de vehículos no ortopédicos.

Es evidente, que la decisión adoptada por el señor 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 ley⁸. No

⁸ Gustavo Zagrebelsky, "Del Estado de Derecho al Estado Constitucional", en *El derecho dúctil. Ley,*

obstante, bajo la lógica del Estado Constitucional, semejante proceder no podía encontrar sustento alguno. En efecto, lo primero que debe advertirse, es que si bien el método de interpretación jerárquico resulta un criterio idóneo para la solución de antinomias, no lo es menos, que la elección del mismo para el caso de colisión implícita de derechos constitucionales, o ante la restricción de uno de ellos, resulta insuficiente. Así por ejemplo, en el caso concreto, cada una de las reglas infraconstitucionales que entraron en colisión, hallaban detrás, un contenido axiológico plasmado en un derecho constitucional,⁹ veamos:

Artículo 23 Ley Sobre Discapacidades → Artículo 47 numeral 4 de la Constitución:

Se reconoce a las personas con discapacidad exenciones en el régimen tributario.

Artículos 27 Ley Orgánica de Aduanas → Artículos 14 y 66 numeral 25 de la Constitución

Artículo 50 inciso primero Ley de Tránsito → Derechos de defensa del consumidor y medio ambiente.

Artículo 6 Convenio de Complementación en el Sector Automotriz

derechos, justicia, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 33.

⁹ Véase, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, p. 25: En la especie, el señor Procurador General del Estado, optó por aplicar el Convenio de Complementación en el sector Automotriz, La Ley Orgánica de Aduanas y finalmente la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres, e inaplicó el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, que desarrolla el ejercicio de derechos fundamentales previstos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador, relacionados con grupos de atención prioritaria como es el caso de la población discapacitada. Un derecho contemplado de manera general en la Constitución se beneficia del desarrollo de normas de inferior jerarquía que amplían su contenido y detallan las maneras de ejercerlo, sin que la ausencia de esta reglamentación sea objeción válida para violarlo o desobedecerlo. Cuando existen normas infraconstitucionales que se refieren a previsiones constitucionales sobre derechos humanos, estas no hacen más que desarrollar el contenido original del derecho.

Bajo esas circunstancias, y ante un contenido axiológico implícito en las reglas infraconstitucionales de estructura hipotética que colisionaron en el caso concreto, es evidente que la inaplicabilidad de la regla prevista en el Artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades, a partir de un dictamen vinculante, catalogado por la Corte Constitucional como norma que modificó y creó un nuevo derecho objetivo, devino en la limitación del derecho previsto en el numeral 4 del Artículo 47 de la Constitución de la República. Por ese motivo, la Corte Constitucional se vio en la obligación de acudir en primer término, a dos técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la proporcionalidad y la razonabilidad, para finalmente, a partir de la ponderación, determinar cuál de los derechos constitucionales debía prevalecer para el caso concreto.

2.1. ¿Por qué se utilizó el principio de proporcionalidad?

Como se mencionó previamente, la Corte Constitucional en el fallo materia de análisis, determinó que los dictámenes vinculantes que emite el Procurador General del Estado tienen el carácter de norma, en tanto en cuanto, crean derecho objetivo. A partir de ello, la Corte pudo iniciar con el test de constitucionalidad previsto en el numeral 3 del Artículo 436 de la Constitución. Es claro que si el señor Procurador General del Estado, determina la inaplicabilidad con carácter vinculante de un precepto normativo infra constitucional, dicha decisión, entendida como acto normativo, podría conllevar una vulneración a la Constitución. En efecto, siendo que el contenido de los derechos constitucionales halla regulación en normas de inferior jerarquía, resulta lógico pensar que una decisión de esa naturaleza podría devenir en una limitación al ejercicio de un derecho constitucional.

A partir de ello, la Corte Constitucional analiza inicialmente, hasta que punto el dictamen de inaplicabilidad emitido por el Señor Procurador General del Estado, pudo limitar desproporcionadamente el derecho previsto en el numeral 4 del Artículo 47 de la Constitución de la República. Debe quedar en claro que, no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado, por esa razón, el principio de proporcionalidad aparece como la técnica a utilizar para determinar de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar derechos.¹⁰

2.2. ¿Cómo se aplicó el principio de proporcionalidad en el caso concreto?

Ramiro Ávila Santamaría, determina que la proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos.¹¹ Por su parte, en cuanto a su estructura, Carlos Bernal Pulido sostiene que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.¹² La idoneidad ayuda a apreciar que la limitación de un derecho contribuye a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía; en el caso concreto cabe preguntarse: ¿la prohibición de importación de vehículos no ortopédicos de hasta tres años de fabricación libre de impuestos, que priva del derecho a la exención tributaria

¹⁰ Miguel Carbonell, “Introducción: El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008, p. 10.

¹¹ Ramiro Ávila Santamaría, “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008, p. 332.

¹² Carlos Bernal Pulido, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes”, en *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 61-87.

de las personas discapacitadas, podría resultar en una medida idónea para precautelar el derecho a un medio ambiente sano y los derechos de los consumidores? No, ya que si bien el fin puede ser catalogado como legítimo tomando en consideración que ambos derechos de conformidad con el artículo 11 numeral 6 de la Constitución tienen la misma jerarquía, es evidente que la importación de un vehículo de apenas tres años de fabricación no resulta ser el principal hecho generador de la contaminación ambiental, razón por la cual, su limitación no contribuiría en mayor grado a la consecución del fin deseado. La necesidad por su parte, contribuye al análisis entre varias medidas idóneas, y sugiere escoger la medida más favorable al derecho intervenido, en este caso, en beneficio del derecho a una exención tributaria para la población discapacitada.

Finalmente, la proporcionalidad valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado; entre los derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo) compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado).

Bajo esas condiciones, es evidente que la declaratoria de inaplicabilidad del artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades, en base a un criterio de interpretación jerárquico, para el caso de colisión implícita de derechos constitucionales, primero que no resultaba pertinente, y segundo, la limitación del derecho a exenciones tributarias a favor de la población discapacitada fue desproporcionada.

3. La fórmula del peso del peso de Robert Alexy como mecanismo de esquematización de los resultados de una ponderación racional previa.-

Una vez determinadas las razones y circunstancias bajo las cuales se utilizó el principio de proporcionalidad en el caso concreto, corresponde ahora, establecer y esclarecer algunos aspectos importantes relacionados al juicio de ponderación. Como se mencionó en líneas anteriores, las reglas

infraconstitucionales que colisionaron en el caso concreto, encontraban relación directa con una serie de derechos constitucionales. Como se desprende de la decisión, la Corte Constitucional, luego de analizar las circunstancias bajo las cuales se limitó el ejercicio de un derecho constitucional a partir una norma (dictamen del procurador), procedió a efectuar el juicio de ponderación pertinente respecto a los derechos que entraron en colisión, concretamente, entre los derechos de los grupos de atención prioritaria vs. derechos del consumidor y medio ambiente. Para ello, sustentó sus argumentaciones en la ley de la ponderación y posteriormente, una vez concluido dicho análisis, utilizó la fórmula del peso para esquematizar toda una argumentación racional previa.¹³

Pero, ¿qué debemos entender por una decisión racional?, de manera general, tal como lo señala Carlos Bernal Pulido, citando a Jerzy Wrñoblewski, Robert Alexy, y Manuel Atienza, se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en 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.¹⁴ Los resultados de una ponderación racional se reflejan así, en que sus resultados se consideren aceptables en general, no sólo en la práctica jurídica, sino también en la vida cotidiana. Ahora bien, cabe preguntarse, ¿el fallo de la Corte Constitucional reflejó dicha racionalidad?, la respuesta está en los fragmentos utilizados dentro del examen de proporcionalidad y razonabilidad. En efecto, elementos como la idoneidad,

¹³ Véase, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, trad. de Ernesto Garzón Valdez, p. 81

¹⁴ Carlos Bernal Pulido, “La racionalidad de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008, p. 51.

necesidad y la proporcionalidad de la medida utilizada para alcanzar un fin constitucional legítimo, están relacionadas de una u otra forma con los elementos componentes de la argumentación racional que sustenta el juicio de ponderación. Así por ejemplo, el hecho de considerar que la limitación del derecho a una exención tributaria no es proporcional para precautelar el derecho a un medio ambiente sano (fin), será absolutamente necesario para establecer cuál es el derecho a aplicarse en el caso concreto a partir de un juicio de ponderación. Es así, que técnicas como la ponderación y la proporcionalidad, si bien no son lo mismo, cuentan con elementos comunes que tornan necesaria su interrelación¹⁵. En sustento de lo dicho, el Artículo 3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala expresamente:

(...) Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se someten a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias; 2. Principio de proporcionalidad; 3. Ponderación; 4. Interpretación evolutiva o dinámica; 5. Interpretación sistemática; 6. Interpretación teleológica; 7. Interpretación literal; 8. Otros métodos de interpretación. (el resaltado es nuestro).¹⁶

En el mismo sentido, Luis Prieto Sanchís señala:

(...)El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de la ponderación, aplicable esta vez tanto en las interferencias públicas como a las conductas de

¹⁵ *Ibíd*, p. 58. “La fórmula del peso representaría un desarrollo complementario de la ley de la ponderación, que Alexy enuncia como base en la formulación clásica del tercer subprincipio de proporcionalidad, es decir, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que se aplica en el derecho constitucional alemán. Cfr. Sentencia BVerfGE 30, 296 (316) Tribunal Constitucional Federal alemán. (el subrayado es mío).

¹⁶ Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, Art. 3.

los particulares. En pocas palabras, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es donde propiamente rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna. A diferencia de los pasos anteriores, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entraña más bien un juicio normativo o jurídico, pues ya no se trata de indagar si en la práctica o desde un punto de vista técnico la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión. Se trata en suma, de determinar el peso definitivo que en el caso en concreto tienen ambos principios.¹⁷

Es así, luego de analizar la ponderación, consideramos que la Corte Constitucional para la solución y armonización de los derechos en colisión, no se sustentó en la aplicación de variables numéricas que denotarían una matematización del derecho; por el contrario, encontramos una fuerte carga de argumentación jurídica, aspecto que lo reconoce el Maestro Manuel Atienza, al determinar que se trata de una sentencia “bien motivada”.¹⁸ Y es que basta constatar diversos fragmentos de la sentencia para colegir que existen argumentos racionales contundentes que determinan el por qué el

¹⁷ Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 112.

¹⁸ Manuel Atienza y Alí Lozada, “Caso Game Muñoz y Luna Narváez sentencia No. 005-2008-AN de la Corte Constitucional ecuatoriana”, p. 24.

derecho a exenciones tributarias en beneficio de un grupo de atención prioritaria, debe prevalecer para el caso concreto, por sobre los derechos a un medio ambiente sano y de los consumidores:

(...) “La importación de automóviles de hasta tres años de fabricación no atenta de manera exorbitante al medio ambiente, y tampoco es la causa principal y directa de contaminación. Por su parte, un automóvil de tres años de fabricación reviste un alto grado de probabilidad de que brindará las seguridades necesarias para el usuario (no estamos hablando de automóviles de 7, 8 o 10 años de fabricación). Finalmente, con respecto a la seguridad de las premisas sobre su afectación, resulta ser plausible, el medio ambiente nunca estará libre de contaminación; no obstante, como se mencionó, la importación de vehículos en beneficio de la población discapacitada, bajo las condiciones y características que prevé la ley, no resulta ser el hecho principal generador de contaminación. Debe recordarse que la exención respecto a estos automotores se da en razón del grupo, no es aplicable a la población en general. El derecho a la exención tributaria en el caso concreto, deberá preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debe establecerse que resulta inadmisibile 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.¹⁹

Por otro lado, en relación a la razonabilidad y principio de igualdad señaló:

(...) En cuanto a las técnicas de razonabilidad que deben guiar el quehacer interpretativo y la argumentación jurídica respecto de leyes y principios constitucionales, cabe mencionar que la calificación de

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 002-09-SAN-CC, p. 24.

grupos de atención prioritaria de la que forma parte la población discapacitada, no es una denominación gratuita pues trae consigo una situación doble de protección. Por un lado, esta consideración constitucional implica que el intérprete o funcionario público deba tender a generar actos que no limiten el desarrollo de sus derechos. Segundo: sin que se rompa la integridad indiscutible de la Constitución, toda interpretación debe propender, de forma estricta, a desarrollar adecuadamente su contenido. Bajo esa circunstancia, esta Corte considera que el uso de mecanismos legales y técnicas de interpretación exegéticas, deben utilizarse de forma tal, que no restrinjan derechos, como en efecto ha sucedido en la especie. Por ser que el Estado reconoce exenciones en el régimen tributario para las personas con discapacidad, y el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades configura su supuesto de hecho en relación a la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años de fabricación previo a la fecha de autorización del CONADIS, su cumplimiento se justifica plenamente respecto a aquella población con capacidades diferentes. De conformidad con el artículo 11. 2 de la Constitución de la República, “todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos (así como) el Estado adoptará medidas afirmativas para promover la igualdad real (...). Es evidente que a la luz de la igualdad formal y sustancial, el juez constitucional debe garantizar los derechos de los discapacitados incluso con medidas afirmativas, disposición que implica que a) el reconocimiento de la diferencia debe ser respetado, y debe propiciar un espacio adecuado para su integración social; b) el trato diferente debe tender a generar beneficios a los discapacitados de forma temporal o permanente; y c) los beneficios se justifican respecto de su condición, reconocida por el Estado. En razón a lo expuesto, se determina que el análisis de aplicabilidad e inteligibilidad efectuado por el salir Procurador General del Estado con respecto a normas legales, supra

legales (Convenio Automotriz) y constitucionales, no tomó en consideración criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que justifiquen el fin logrado, más aún, si se considera que dicho análisis de aplicabilidad ha repercutido directamente en el ejercicio de derechos fundamentales inherentes a la población discapacitada. Aquellos derechos se encuentran reconocidos en el sistema jurídico ecuatoriano, lo que involucra a la Constitución de la República, Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador y normas de rango leal.²⁰

Por consiguiente, debe quedar en claro, que la fórmula del peso, resulta ser una forma de esquematizar una ponderación racional previa, lo que deviene en la inconveniencia e imposibilidad de utilizarla aisladamente para llegar a una armonización de derechos. Ahora bien, con respecto a las cargas de subjetivismo que podría ostentar la técnica de la ponderación y concretamente la fórmula del peso, cabe señalar que este no es un aspecto atribuible únicamente a la ponderación. Y es que resulta imposible imaginar que exista un procedimiento puramente objetivo para la aplicación de principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez, en consecuencia, estas aparecerán indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo, incluso el silogismo.²¹ Precisamente por y ante ello, resulta necesario que toda técnica de interpretación lleve consigo, una alta carga de racionalidad y por sobre todo, una contundente argumentación jurídica.

Finalmente, con respecto a la pertinencia de la aplicación de la fórmula del peso del maestro Robert Alexy para el caso concreto, conviene remitirnos nuevamente al análisis conjunto efectuado por Manuel Atienza y Alí Lozada:

²⁰ *Ibíd.*, pp. 26 y 27. Elementos utilizados en el examen de proporcionalidad y que sirvieron de base para la construcción de una ponderación racional.

²¹ Carlos Bernal Pulido, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes" pp. 47 y 49.

(...) Y, en fin, el uso de la “fórmula del peso” de Alexy también resulta un tanto innecesario. Era bastante obvio que la argumentación (la ponderación) de la Procuraduría era inaceptable, pues resulta absurdo pensar (la sentencia lo dice en algún momento) que autorizar la importación de un pequeñísimo número de vehículos y con una antigüedad de hasta tres años pudiera tener un efecto negativo en el medio ambiente (o en el derecho de los consumidores) cuando resulta que el parque automovilístico, mayoritariamente, supera esa antigüedad y no hay razón para pensar que la importación de un auto usado atente contra los derechos de los consumidores. Seguramente un lector que no conozca bien la “fórmula del peso” de Alexy pueda resultar muy impresionado por el manejo de fórmulas. Pero realmente no pasa de ser una impresión. Si uno se para a pensarlo, el caso debería llevar más bien a considerar la inutilidad práctica (aunque sin duda sea una reconstrucción interesante) de la fórmula en cuestión. Por lo siguiente. En los casos claros (como el presente) resulta, como se ha dicho, innecesaria, es obvio cuál de los derechos pesa más. Y en los casos difíciles, la atribución de valores numéricos será siempre cuestionable.²²

Respecto de esta afirmación existen varios aspectos deben ser precisados. Primero, no resulta tan claro, sobre todo en nuestro pensamiento jurídico legalista, que el resultado de la ponderación al que llegó la Corte Constitucional resulte obvia, tanto es así, que el señor Procurador General del Estado llegó a una solución completamente diferente. Segundo, resulta cuestionable la facilidad para calificar al caso como “claro”, entre otras, por las siguientes consideraciones: Como se pudo constatar en el presente análisis se trata de una sentencia por demás compleja, en que a partir de la interposición de una garantía jurisdiccional la Corte, en lugar de limitarse a

²² Manuel Atienza y Alí Lozada, “Caso Game Muñoz y Luna Narváez sentencia No. 005-2008- AN de la Corte Constitucional ecuatoriana”, p. 25.

desecharlo por no ser el mecanismo adecuado, aplicó el principio iura novit curia, y en base al ejercicio de una atribución jamás antes vista en el contexto constitucional ecuatoriano, debió declarar la inconstitucionalidad de oficio de una norma conexas. Para ello, debió determinar la naturaleza jurídica de los dictámenes del Procurador General del Estado, aspecto que jamás fue dilucidado con tanta claridad por parte de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Por otro lado, tratándose de una sentencia constitucional hito fundadora de línea, que debió lidiar con una transformación total de la visión de la ciencia jurídica, y como consecuencia de ello, aplicar por primera vez y con detalle, una serie de técnicas de interpretación inherentes al Estado Constitucional de Derechos.

Por otro lado, esta sentencia demuestra aún mas complejidad al analizar detenidamente la inconstitucionalidad de una serie de normas pre constitucionales, entre ellas las que conferían al Procurador General del Estado la atribución de interpretar con carácter de vinculante la Constitución de la República. Así también, cabe señalar que no existe caso sencillo, todos conllevan un nivel de complejidad que torna necesario un análisis pormenorizado. Así pues, aún aquellos casos que a primera vista parecerían resultar sencillos, podrían convertirse en casos extremadamente complejos, “para muestra, un botón”.

Por otro lado, Atienza y Lozada, darían a entender que la Corte Constitucional ha tratado de impresionar al auditorio universal con la utilización de una fórmula acompañada de valores numéricos. Dicho criterio merece ser rechazado de manera enfática, pues como se desprende de la sentencia el fin esencial de su utilidad práctica, fue esquematizar y difundir una de las nuevas técnicas de interpretación propiamente constitucionales, “el juicio de ponderación”. Finalmente, si en criterio de los juristas el caso era tan “claro”, qué mejor ocasión para aplicar y explicar una técnica interpretativa novedosa atinente a la colisión entre derechos constitucionales.

Para concluir, cabe hacer alusión a la diversidad de posiciones que se han generado a partir de la fórmula del peso, y concretamente, respecto a la presencia de valores numéricos en una sentencia constitucional. Así por ejemplo, mientras Atienza y Lozada demuestran su inconformidad con la fórmula del peso, Carlos Bernal Pulido establece algunos elementos favorables y explica de manera muy adecuada cuál es su auténtica función:

[...] Es preciso enfatizar que la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única 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. No obstante, este hecho no reduce la racionalidad ni la utilidad de la fórmula del peso. Este es un procedimiento claro incluso en cuanto a que explicita con claridad sus propios límites. Asimismo, se ofrece como una estructura jurídica que dota a la ponderación de un concepto preciso, libre de toda contradicción. En esta estructura, la escala trídica es la medida común para determinar el peso de los principios relevantes. De igual modo, la fórmula del peso explicita cuáles son las variables relevantes para la ponderación. Como consecuencia, posibilita fundamentar correctamente en el derecho el resultado de la ponderación. Por medio de esta fórmula, puede estructurarse una fundamentación en términos conceptualmente claros y consistentes, mediante premisas completas y saturadas, que respetan las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. Por último la fórmula del peso es un buen ejemplo de cómo algunos problemas prácticos de derecho

*constitucional pueden resolverse con ayuda de consideraciones de filosofía del derecho.*²³

A pesar de lo expuesto, y de mi particular coincidencia con el criterio vertido por el profesor Carlos Bernal Pulido, en cuanto a considerar a la fórmula del peso como una forma de esquematizar el resultado de la ponderación, sin duda, que el establecimiento de técnicas de interpretación constitucional que prevean variables numéricas, como es el caso de la fórmula del peso de Robert Alexy, siempre resultarán polémicas. Precisamente por ello, en lugar de erradicar su aplicación práctica, podría resultar conveniente que tal como lo han hecho países como Colombia, adaptemos dicha fórmula a nuestra realidad. ¿A qué me refiero en concreto?, a la sustitución de los factores numéricos de la fórmula, por variables que incluyan criterios de racionalidad provenientes de un juicio de ponderación previo.²⁴ Aquello, coadyuvará de diversas maneras, primero, evitará que los jueces constitucionales de instancia incurran en un peligroso subjetivismo extremo, y segundo, erradicará la equívoca concepción de una matematización del derecho.

4. Conclusiones

En definitiva, la sentencia No. 002-09-SAN-CC, en tanto sentencia hito fundadora de línea, y por tanto, primigenia en el desarrollo de una serie contenidos novedosos en la Constitución de la República, marca dos momentos en concreto respecto a la Justicia Constitucional ecuatoriana. Un antes y un después de que la Corte Constitucional para el período de Transición asumió sus funciones como tal. Y es que finalmente, las sentencias constitucionales provenientes del órgano rector de la Justicia

²³ Carlos Bernal Pulido, “La racionalidad de la ponderación”, p. 68.

²⁴ Véase, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-142- 2001.

Constitucional ecuatoriana, dejaron de ser puramente descriptivas y exegéticas, para ser ampliamente argumentativas y didácticas. De esa forma, la Corte Constitucional, ha asumido y cumplido con los mandatos previstos en la Carta Fundamental, y principalmente, ha hecho de sus fallos una auténtica fuente del derecho.

La importancia de haber contribuido al desarrollo de un derecho jurisprudencial acorde con el paradigma del Estado Constitucional, se plasma en la constatación de un efecto muy importante: finalmente, los fallos de la Corte Constitucional “ecuatoriana”, se han convertido en materia central de análisis, críticas y debates en diversas esferas de la sociedad, no sólo nacionales, sino incluso, internacionales.

Es así, que mas allá de ser objeto de críticas positivas o negativas, a nuestro criterio, la Corte Constitucional para el período de Transición, en tanto órgano primigenio encargado de aplicar los contenidos previstos en la Constitución de la República vigente, ha trazado el camino para continuar con la transformación que involucra e irradia el Estado Constitucional respecto a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sobre esa base, será deber de la Primera Corte Constitucional, asumir su papel de guardián de la Constitución de la República y continuar con la consolidación definitiva del Estado Constitucional de derechos previsto en el Artículo 1 de la Carta Fundamental.

Bibliografía

Fuente doctrinaria

Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

Atienza, Manuel y Lozada Alí, Caso Game Muñoz y Luna Narváez sentencia No. 005- 2008- AN de la Corte Constitucional ecuatoriana, Quito, Taller: Análisis de argumentaciones judiciales, 2009.

Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008.

Bernal, Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes” en, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

“La racionalidad de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008.

Carbonell, Miguel, “Introducción: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008.

Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

López, Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Editorial Legis, 2008.

Zagrebelsky, Gustavo, “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, en *El derecho dúctil*, Ley, derechos, justicia, Editorial Trotta, 1999.

Fuente normativa

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009.

Fuente jurisprudencial

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, publicada en Suplemento R.O. de 8 de abril de 2009.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-142- 2001.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia BVerfGE 30, 296.

5.- Análisis personal a la presente sentencia

En la sentencia del Primer Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, a diferencia de la sentencia 002-09-SAN-CC, que ha sido objeto de análisis en este trabajo, podemos encontrar los siguientes aspectos:

Esta sentencia no se apoya sino estrictamente en las leyes, tales como Código Penal, Código de Procedimiento Penal. Ley de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes. Crítica que los penalistas siempre a manera de justificación, siempre dicen que no se puede apoyar con doctrina o jurisprudencias sus sentencias, puesto que en Derecho Penal solo se puede hacer o juzgar o castigar con lo que está en la Ley Penal, bajo el principio “no hay crimen sin ley, ni castigo sin pena”.

Desde el punto de vista constitucional e incluso legal, si bien la doctrina no va a modificar lo tipificado en la Ley Penal, si pueden haber otros elementos para beneficio mismo de los juzgadores en el dictar su sentencia, y estos son la tendencia penal de la misma Constitución, tal cual encamina rasgos al garantismo, a Escuelas Penales Finalistas, etc.

El Tribunal Penal de Imbabura, al momento de realizar una confrontación de derechos, entre el Derecho a la Vida, Derecho a la muerte digna, atención a un infractor que lastimosamente es fármaco dependiente, no logra enfrentar estos derechos a lo dispuesto en la Ley, esto es a que esos derechos en el caso en particular podían cambiar la decisión escrita en la Ley penal, para que el Tribunal busque una sentencia “diferente”, a la que podía dictar en caso de declararle culpable.

Que hizo el Tribunal Penal de Imbabura?, trata de realizar un ejercicio, donde aplicar la fórmula de peso, a mi parecer, tal vez por falta de entrenamiento en estos temas constitucionales, buscó una salida al ejercicio que empezó a realizar, al momento de decir que la maleta donde estaba la droga, no fue comprobada que pertenecía al procesado.

Hubiese sido un antecedente histórico en nuestra provincia, que con el ejercicio que se comenzó hacer por parte del Tribunal Penal, se diga que se encontró la droga en la maleta del procesado, y que siendo este un enfermo Terminal, y consumidor de droga, el Tribunal lo declara inocente.

No es de crítica, es un ejercicio que se lo empieza a realizar ya en algunos de nuestros jueces, que con el tiempo y el cambio de paradigma constitucional, esperemos en poco tiempo pueda ser cambiado con preparación, instrucción y sin presiones de la Judicatura, de la Fiscalía del Estado, ni de nadie, sino apegándose a la dogmática constitucional.

5.11 INFORME DE LA VALIDACIÓN DE LA GUÍA METODOLÓGICA DE PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Se ha visto la necesidad de validar la presente propuesta “Guía Metodológica de Ponderación de los Derechos Fundamentales”; misma que se la realizó bajo parámetros y estructuras técnicas de validación o evaluación de documentos didácticos. Formato definido por Torres Carlos y adaptado por Diego Andrade (Ver anexo)

Para la validación de la Guía Metodológica de ponderación de los derechos fundamentales” se tomó en cuenta a profesionales expertos en materia Jurídica. Profesionales Jueces del cantón Ibarra. Es necesario indicar que se

entregó una copia de la propuesta más una copia del formato de validación a cada uno de los expertos validantes.

Datos de los Expertos:

El Dr. Pedro Leiva, Doctor en Jurisprudencia graduado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Juez 2do de lo Civil de Imbabura. Es Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ibarra en la asignatura de Derecho Constitucional.

El Dr. Jaime Cadena, Doctor en Jurisprudencia graduado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Presidente de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Imbabura, además es docente universitario.

El Doctor Jaime Alvear Flores, es doctor en Jurisprudencia graduado en la Universidad Central del Ecuador, Presidente del Tribunal 2do de Garantías Penales de Imbabura; Magister en Derecho Penal y Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ibarra.

Para realizar la validación de la presente guía de sistematización de una base de datos para los Registros de la Propiedad de la Provincia de Imbabura se tomaron cuatro aspectos básicos como criterios evaluativos, que son: Elementos generales del documento, organización del contenido, elementos jurídicos, y sistematización de la propuesta. Cada una tiene varios parámetros sobre los cuales se podrá establecer una gradación dentro de los siguientes rangos.

Tome en cuenta las siguientes opciones:

Muy satisfactorio = (MS)

Satisfactorio = (SA)

Poco satisfactorio = (PS).

Con los datos obtenidos de la Validación de las tres personas, se desprendió la tabulación respectiva para la determinación del porcentaje respectivo; y para ello se construyó una tabla resumen, con la representación gráfica correspondiente; finalmente se realiza la interpretación del mismo.

5.11.1 RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

Tabla N° 14

No	INDICADORES	Categorías						Razones
		MS		SA		PS		
		f	%	f	%	f	%	
1	Cientificidad	3	100	0	0	0	0	
2	Originalidad	3	100	0	0	0	0	
3	Sistematicidad	3	100	0	0	0	0	
4	Novedad	3	100	0	0	0	0	
5	Actualidad	3	100	0	0	0	0	
6	Pertinencia	3	100	0	0	0	0	
7	Aplicabilidad	2	100	1	33,3	0	0	
8	Estructura lógica	3	100	0	0	0	0	
9	Aspectos formales	3	100	0	0	0	0	
10	La Guía Metodológica de Ponderación de derechos fundamentales.	3	100	0	0	0	0	
	TOTALES	29	96,6	1	3,3	0	0	

Gráfico N° 14:



5.11.2 INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

Los datos obtenidos en la presente validación de la “Guía Metodológica de Ponderación de los Derechos Fundamentales”; se establece un porcentaje de 66,6% de Muy Satisfactorio; y el 3,3% de muy buena. Los resultados definen que la investigación y la propuesta elaborada como una posible solución al problema de investigación es Muy Satisfactorio; y puede ser implementada en la provincia, sirviendo de modelo para el trabajo con los jueces en los diferentes juzgados de Imbabura y del país.

En consecuencia los validantes expresan la satisfacción de una buena propuesta, ya que indican que no hay propuestas de este tipo en el tema de ponderación, es un tema de análisis profundo, está muy organizado y estructuralmente definido, tiene un carácter didáctico, es fundamental para el análisis y razonamiento de los jueces.

Es imperioso tomar en cuenta que la validación de la “Guía Metodológica de Ponderación de los Derechos Fundamentales” cuenta con criterios favorables y positivos, esto define el cumplimiento del objetivo de la investigación. Los resultados de la validación fortalecen la base teórico científica; y definen el cumplimiento de la base legal del estado ecuatoriano en cuanto al respeto por los derechos fundamentales. Esta propuesta garantiza que los jueces cumplan con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La presente investigación gira en torno a la aplicación de la ponderación de los derechos fundamentales del hombre en función de la democracia entendida como un elemento ideal o normativo constitutivo. Recordemos que los derechos fundamentales constituyen para los ciudadanos la garantía de que todo el sistema jurídico y político se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana.

CONCLUSIONES

1. De acuerdo al análisis de la teoría base seleccionada en esta investigación la ponderación se considera que no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo sola garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Más bien, tiene diversidad de limitaciones en cuanto a la racionalidad que deparan al intérprete que sería el juez; además su aplicación tiene un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones.
2. Muchos estudiosos del tema definen a pesar de que la ponderación tenga límites, estos no le alejan de su valor dentro de un proceso, es igual en el caso del silogismo, este no garantice la verdad de la premisa mayor y menor, pero esto no le resta por completo su utilidad. Entonces la ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación.

3. De acuerdo a los datos obtenidos en la investigación en el Cantón Ibarra los jueces poco o nada conocen de la ponderación como un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas; los jueces se limitan a visualizar las normas y leyes bajo estrictas posiciones que definen un tradicionalismo jurídico del cual se les hace difícil salir.
4. Esta investigación tienen como elemento de solución al problema la aplicación de una guía metodológica de ponderación para los derechos fundamentales, documento didáctico que contiene elementos teóricos básicos en organizadores gráficos que profundizan su esencialidad en los procesos, cuenta con ilustraciones que permite visualizar la idea conceptual, y finalmente se describe como ejemplificaciones dos casos prácticos de ponderación realizados en el Ecuador, en el primero se establece una ponderación con errores de apreciación y el segundo se define su aplicabilidad acertada y muy bien asumida.
5. La ponderación en otros países realmente ha sido punto de análisis profundo de parte de los juristas, de ahí que, a nivel la UNESCO y de otras organizaciones mundiales, defensoras de los derechos humanos, han tomado como referencia la ponderación para hacerlo parte de la legislatura nacional. Es así las Constituciones de muchos países toman en cuenta a la ponderación como un ente fundamental en el proceso jurídico, en este aspecto el Ecuador no se ha quedado atrás; nuestra constitución es garantista.
6. Los jueces desconocen el tema de Ponderación de Derechos Fundamentales como elemento esencial para el cumplimiento justo de las sentencias a emitirse; mucho menos conocen los estudiantes de Derecho; porque relativamente la temática es nueva en el Ecuador.

RECOMENDACIONES

1. La ponderación tiene parámetros profundos de comprensión, de análisis y de funcionalidad; es por ello que se recomienda a los profesionales en el campo de la jurisprudencia y principalmente los jueces que profundicen sus conocimientos dentro del tema basándose en elementos científicos, probados y comprobados que definen una línea metodológica que facilita su aplicabilidad en los procesos judiciales.
2. De ahí que es fundamental que se mire a la ponderación como un procedimiento claro, funcional, humano; incluso respecto de sus propios límites. Aunque todo puede quedar reducido a la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cual es el espacio en donde nace esta subjetividad, y establecer el margen para las valoraciones del juez y como dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones.
3. Para ello es indispensable conocer porque está en tela de juicio la racionalidad de la ponderación, determinar hasta qué punto puede ser racional la ponderación y como puede ser esto posible y examinar las bases metodológicas y modelos de aplicabilidad que estudiosos en el tema proponen.
4. Esta propuesta didáctica para la aplicación de la ponderación en los derechos fundamentales es importante que sea socializada no sólo a los jueces de los juzgados de Ibarra, sino también es fundamental su difusión a otros cantones de Imbabura y otras provincias; esto permitirá ampliar el conocimiento de los jueces sobre la real conceptualización

de la ponderación, su importancia, aplicabilidad y fundamentalmente sobre los métodos y procesos de utilización en cada caso.

5. Es necesario que los jueces a más de ampliar su conocimiento apliquen coherentemente la ponderación poniendo en primer plano los derechos que como seres humanos tenemos ante la justicia, la sociedad, y ante nosotros mismos, solo así los jueces fijaran su decisión dentro del campo humanista; de ahí que la ponderación es un procesamiento práctico común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en la práctica jurídica sino también la vida cotidiana.

7. Es importante que esta temática sobre ponderación de derechos se trabaje como una temática importante dentro de la asignatura de derecho constitucional, o a su vez tomarlo como una asignatura en la llama curricular.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY Robert, (2003) "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", en Neoconstitucionalismo, Editorial Trotta,
2. BARBA MARTÍNEZ Peces-, Gregorio: (1997) "Prólogo" a Santamaría Ibeas, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos- Dykinson, Madrid,
3. BIDART CAMPOS Germán (1998) Garantías constitucionales BS AS EDIAR Primera Reimpresión
4. BOBBIO, (2000) Norberto teórico del derecho y de la democracia.
5. BOTELLA Jorge (2003) revista política 6 ENERO - FEBRERO 2003 www.papelesparaelpromgreso.com/.../601.html
6. CORTE CONSTITUCIONAL (2010) El nuevo constitucionalismo en América Latina. Memorias del encuentro internacional: desafíos y retos para el siglo XXI
7. CARBONELL Miguel. (2008) El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ministerio de justicia y derechos Humanos.
8. CARBONELL, Miguel (2002) Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, CEPC.
9. FERRAJOLI Luigi, (2001) "Los fundamentos de los derechos fundamentales" Editorial Trotta, Madrid,
10. FERRAJOLI Luigi, (2001) "Derechos y Garantías" Editorial Trotta, Madrid.
11. FERRAJOLI, 2001 "garantías primarias" y "garantías secundarias", Editorial Trotta, Madrid.
12. GARZÓN VALDÉS E., (1989) "Representación y democracia", «Doxa»,.
13. GUASTINI, R., (2001) «Tre problemi di definizione», transcripción.

14. GUASTINI, Riccardo, (2001) "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano", en *Estudios de teoría constitucional*, IJ-UNAM, Fontamara, México,.
15. HOBBS, LOCKE Y ROSSEAU Teoría de la Política
16. HUNTINGTON Samuel (1991), "La Tercera Ola. La democratización a final del siglo XIX"
17. ROBERTO HERNÁNDEZ PÉREZ
18. LIJPHART, Modelos de democracia. Anagrama, Barcelona, 1992
19. LUKAC María L (2006) La filosofía política de T. Hobbes Pontificia Universidad Católica de Argentina
20. PECES-Barba Martínez, Gregorio: (1997) *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid.
21. PÉREZ ROYO Javier (2002) curso de derecho contiyucional Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales Barcelona.
22. PRATS I CATALÁ Joan (1999),
23. PRATS I CATALÁ Joan (1999), "La democracia: dimensión política del desarrollo humano" Discurso pronunciado en el taller "ahora las instituciones. Desarrollo Institucional para el Desarrollo Humano en América Latina.
24. PRIETO SANCHIS Luis, "la ponderación y los conflictos constitucionales (...)", en Neoconstitucionalismo, Trotta.
25. PRITCHARD Evans-, (1992) E.E., *Los nuer*, Anagrama, Barcelona,
26. SARTORI Giovanni (1987), "Elementos de teoría política", Alianza Editorial. Madrid.
27. TOLOZA PINILLOS Olga María (2000), Independencia y autonomía judicial, Revista Berbiqui - Berbiquí Temario Especial
29. VARGAS CULLELL Jorge (2001) La Gobernabilidad Democrática para el Desarrollo Humano", realizado por el IIG, Barcelona.

30. ZAGREBELSKY, Gustavo, (1993-1994), “Dos tradiciones de derechos: Derechos de libertad y derechos de justicia”, en *Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid.
31. ZAGREBLESKY, Gustavo: (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid,

Fuente doctrinaria

1. ALEXY, Robert, (2007) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
2. ATIENZA, Manuel y Lozada Alí, *Caso Game Muñoz y Luna Narváez sentencia* (2009). No. 005- 2008- AN de la Corte Constitucional ecuatoriana, Quito, Taller: Análisis de argumentaciones judiciales.
3. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, (2008) “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad.
4. BERNAL, PULIDO, Carlos, (2005) “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes” en, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,.
5. BERNAL, PULIDO, Carlos, (2008) “La racionalidad de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad,.
6. CARBONELL, MIGUEL (2008) “Introducción: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de

Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad,.

7. PRIETO SANCHÍS, Luis, (2008) “El juicio de ponderación constitucional”, en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,.
8. LÓPEZ, MEDINA, Diego, (2008) El derecho de los jueces, Bogotá, Editorial Legis.
9. ZAGREBELSKY, Gustavo, (1999) “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, en El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia, Editorial Trotta,.

Fuente normativa

1. *Constitución de la República del Ecuador, 2008.*
2. *Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009.*

Fuente jurisprudencial

1. *Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, publicada en Suplemento R.O. de 8 de abril de 2009.*
2. *Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-142- 2001.*
3. *Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia BVerfGE 30, 296.*

ANEXOS

UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE INSTITUTO DE POSTGRADO

ENCUESTA DIRIGIDA A LOS JUECES DEL CANTÓN IBARRA

Fecha:

Lugar.....:

Objetivo: Conocer la opinión de los Jueces del cantón Ibarra sobre la aplicabilidad de la ponderación de los derechos fundamentales de la constitución

INSTRUCCIONES: Permítase emitir su respuesta marcando una (X) en el paréntesis que corresponda según considere.

CUESTIONARIO

1.-¿Conoce sobre la ponderación de los derechos fundamentales?

SI () NO () EN PARTE ()

2.- Considera que la ponderación tiene bases teóricas de:

- Racionalidad ()
- Irracionalidad ()
- Ninguna ()

3.- ¿En qué Ley del Ecuador y que Art. habla de la ponderación?

.....
.....

4.- Cree que los jueces y fiscales aplican la ponderación como un mecanismo para resolver la incompatibilidad entre normas constitucionales del mismo rango.

SI () NO () EN PARTE ()

5.- ¿Con que frecuencia se aplica la ponderación de derechos en los casos que se presentan en los juzgados?

- Siempre ()
- A veces ()
- Nunca ()

6.- ¿El nivel de apelaciones después de que el Juez aplica la ponderación en los juzgados es:

- Alta ()
- Media ()
- Baja ()
- Ninguna ()

7.- ¿Cuál de las siguientes apelaciones son las que frecuentemente se establecen en los juzgados?

- Ordinario ()
- Constitutivo ()
- De cesación ()

8.- Cuales de los tres momentos de la estructura de la ponderación determinan la importancia de los principios en colisión.

- Ley de ponderación ()
- Formula de peso ()
- La carga de la argumentación ()

9.- ¿Bajo qué bases legales aplica el juez o fiscales la ponderación de derechos fundamentales?

.....

10.- La carga de argumentación en el juzgado se aplica:

- Cuando inicia el proceso ()
- Cuando existe un empate ()
- Cuando hay causales graves ()

11.- Qué modelos de ponderación son los que más se utiliza en la ciudad de Ibarra

.....
.....

12.- ¿El modelo de ponderación que aplica en esta dependencia tiene funcionalidad?

SI () NO () EN PARTE ()

13.- Según el sistema democrático del Ecuador, la independencia y autonomía se refleja más en:

- Aspecto moral ()
- Aspecto personal ()
- Aspecto social ()

14.- En el Juzgado cuentan con algún documento con información necesaria para la aplicación de los modelos de ponderación.

.....

GRACIAS POR COLABORAR

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE
INSTITUTO DE POSTGRADO**

**ENTREVISTA AL DR. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE, PRESIDENTE
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Entrevistado:.....

Entrevistador:.....

Fecha:

Objetivo: Conocer la opinión del Dr. Patricio Pazmiño sobre la aplicación de la ponderación de los derechos fundamentales.

CUESTIONARIO

- 1.- **¿Existe bases teóricas y científicas que sustente la ponderación?**
- 2.- ¿Cómo se maneja la ponderación de derechos fundamentales en el Cantón Ibarra?
- 3.- ¿En qué tipos de casos tiene aplicabilidad la ponderación de los derechos fundamentales?
- 4.- ¿Cuales son los fundamentos legales que garanticen la aplicación de la ponderación?
- 5.- ¿Como es el proceso de aplicación de la ponderación de los derechos fundamentales?
- 6.- ¿Cuentan las instituciones con instructivos específicos para la aplicación de modelos de ponderación?.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE



FICHA DE VALIDACIÓN DE LA PROPUESTA GUÍA METODOLÓGICA DE LA PONDERACIÓN DE DERECHOS

Orientaciones:

Marque, según su criterio, la categoría que corresponda a cada uno de los indicadores expuestos a continuación. Tome en cuenta las siguientes opciones: muy satisfactorio (MS), satisfactorio (SA) o poco satisfactorio (PS). Por favor, en cada indicador precise las razones de su decisión. Gracias por su colaboración.

No.	INDICADORES	CATEGORÍAS			RAZONES
		MS	SA	PS	
1	Cientificidad				
2	Originalidad				
3	Sistematicidad				
4	Novedad				
5	Actualidad				
6	Pertinencia				
7	Aplicabilidad				
8	Estructura lógica				
9	Aspectos formales				
10	La guía metodológica facilita ayuda a la comprensión de aspectos básicos de la ponderación de los derechos fundamentales en los jueces				

Observaciones:

Nombre del experto: _____

Firma: _____

Cédula No: _____

Fecha: _____

Anexo N° 2. (FOTOS)

