



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL**

**Facultad de Jurisprudencia I Ciencias Sociales**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO  
DE:**

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR**

**TEMA DE INVESTIGACIÓN:**

**LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA  
PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ECUATORIANO  
(LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN)**

**TUTOR: AB. UKLES CORNEJO BUSTOS**

**AUTOR:**

**ANDRES ECUADOR LOOR MOREIRA**

**GUAYAQUIL -ECUADOR**

**2013**



## CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

**ANDRES ECUADOR LOOR MOREIRA**, declaro bajo juramento, que la autoría del presente trabajo me corresponde totalmente y me responsabilizo de los criterios y opiniones que en el mismo se declaran, como producto de la investigación que he realizado.

De la misma forma, cedo mis derechos de autor a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, su reglamento y Normativa Institucional vigente.

**ANDRES ECUADOR LOOR MOREIRA**



## **CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

Certifico que el Proyecto de Investigación titulado “La Aplicación Del Principio De Proporcionalidad Y La Ponderación Constitucional En El Derecho Ecuatoriano (La Acción De Protección)”, ha sido elaborado por el señor Andres Ecuador Loor Moreira bajo mi tutoría, y que el mismo reúne los requisitos para ser definidos ante el Tribunal.

Examinador que se designa al efecto.

**AB. UKLES CORNEJO BUSTOS**

## **DEDICATORIA**

*A mi madre y hermana, sin ustedes no lo sería lo que soy.*

## **AGRADECIMIENTO**

*A Dios, por darme la cruz que sabe que puedo cargar y permitirme llegar hasta donde he llegado.*

*A mi madre por su sacrificio.*

*A mi hermana por su ayuda y complicidad.*

*A los que fueron, más que profesores, mis Maestros, quienes me enseñaron que hacer lo que se ama no es un trabajo.*

# **ÍNDICE**

## **CAPÍTULO UNO**

Introducción.....	1
1.1. Tema.....	3
1.2. Diagnóstico.....	5
1.3. Definición del problema de investigación.....	7
1.4. Justificación.....	9
1.5. Objetivos de la investigación.....	11
1.5.1. Objetivo General.....	11
1.5.2. Objetivos Específicos.....	12
1.6. Intencionalidad de la investigación.....	13

## **CAPÍTULO DOS**

Origen e historia de la acción de protección y el desarrollo del principio de proporcionalidad constitucional.....	15
2.1. La Constitución Y Los Derechos Constitucionales, Cuna De La Acción De Protección.....	15
2.1.1. La Constitución.....	15
2.1.1.2. Los Derechos Constitucionales Y Su Historia Conceptual.....	17
2.2. Nacimiento De La Acción De Protección En El Ecuador.....	18
2.2.1. La acción de amparo como Génesis de la acción de protección.....	18
2.2.2. Evolución De Las Acciones Constitucionales De Protección En El Ecuador.....	20
2.2.2.1. Acción Extraordinaria De Protección.....	20
2.2.2.2. Acción Extraordinaria De Protección Contra Decisiones De La Justicia Indígena.....	21
2.2.2.3. Acción Ordinaria De Protección.....	21
2.2.2.4. Diferencia Entre La Acción Ordinaria De Protección Y La Acción Extraordinaria De Protección.....	22
2.2.2.5. Características De La Acción Ordinaria De Protección.....	23
2.3. Los derechos constitucionales de Montecristi y la Acción Constitucional Ordinaria de Protección.....	24
2.4. El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales.....	25
2.5. La fórmula del peso en la ponderación constitucional.....	27
2.5.1. La base de teoría de las normas: reglas y principios.....	28
2.6. El principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	28
2.7. Antinomias y conflictos constitucionales.....	34
2.8. El juicio de ponderación en la praxis.....	42
2.9. La racionalidad en la aplicación de la ponderación.....	52
2.9.1. Objeciones de la racionalidad de la ponderación.....	54
2.9.1.1. Indeterminación.....	54
2.9.1.2. Las Limitaciones De La Ponderación.....	54

2.9.1.3. Imposibilidad De Predecir Los Resultados De La Ponderación.....	55
2.9.2. Racionalidad o hiperracionalidad de la ponderación.....	55
2.9.2.1. Límites De La Racionalidad De La Ponderación.....	55
2.9.2.2. La Búsqueda De La Racionalidad En La Ponderación.....	57
2.9.2.2.1. Concepto De Racionalidad.....	58
2.9.2.2.2 Las Exigencias De Racionalidad En La Ponderación.....	58
2.9.2.2.3 El Modelo Racional De La Ponderación.....	59
2.9.2.2.3.1 Concepto Y Estructura De La Ponderación.....	59
2.9.2.2.3.1.1 Concepto De Ponderación.....	59
2.9.2.2.3.1.2 Estructura De La Ponderación.....	60
2.9.2.2.3.1.2.1 La Ley De La Ponderación.....	60
2.9.2.2.3.1.2.2 La Fórmula Del Peso.....	61
2.9.2.2.3.1.2.3 La Carga De La Argumentación.....	63
2.9.2.2.3.1.3 Función Y Estructura De La Fórmula Del Peso.....	64
2.9.2.2.3.1.3.1 Función De La Fórmula Del Peso.....	64
2.9.2.2.3.1.3.2 El Grado De Importancia De Los Principios En Conflicto.....	66
2.9.2.2.3.1.3.3 El Peso Abstracto De Los Principios En Colisión.....	68
2.9.2.2.3.1.3.4 La Seguridad De Las Premisas.....	68

## **CAPÍTULO TRES**

Derecho Comparado.....	71
3.1 Origen y desarrollo del principio de proporcionalidad .....	71
3.1.1 El debido proceso y la búsqueda de una herramienta de control sustantivo.....	71
3.1.2 El Debido Proceso Legal Sustantivo Y Su Glorificación En La “Era Lochner”.....	73
3.1.2.1 La Caída De Lochner.....	74
3.1.3 La Exigencia De Razonabilidad Dentro Del Sistema De Escrutinios.....	75
3.2 La versión europea del principio de proporcionalidad.....	77
3.2.1 El Origen Del Principio De Proporcionalidad En Europa A Través Del Derecho Alemán.....	77
3.3 El derecho constitucional y la adopción del sistema de los subprincipios en España.....	79
3.3.1 Forjamiento Del Principio.....	80
3.4 El desarrollo del principio de razonabilidad en el derecho argentino.....	81
3.4.1 Fundamento Constitucional Del Principio De Razonabilidad En El Derecho Argentino.....	83
3.4.1.1 Razonabilidad Y Proporcionalidad.....	84
3.5 Del principio de proporcionalidad al control constitucional de razonabilidad.....	85
3.5.1 La Razonabilidad Como Principio.....	85
3.5.2 El Principio De Proporcionalidad En La Determinación De Afectación A Los Derechos Fundamentales.....	86
3.5.3 El Control De Razonabilidad En La Práctica.....	87
3.5.3.1 Control De Razonabilidad De La Norma En Su Letra Y En Su Aplicación....	87
3.5.3.1.2 Los Cinco Juicios Del Control De Razonabilidad.....	88
3.5.3.1.2.1 Primer Test: El Juicio De Finalidad.....	88
3.5.3.1.2.2 Segundo Test: El Juicio De Adecuación.....	89

3.5.3.1.2.3 Tercer Test: El Juicio De Necesidad.....	89
3.5.3.1.2.4 Cuarto Test: El Juicio De Proporcionalidad (En Sentido Estricto).....	90
3.5.3.1.2.5 Quinto Test: El Juicio De Respeto Al Contenido Esencial De Los Derechos Regulados.....	90
3.6 Estudio práctico del caso cervecería nacional, una sentencia judicial en acción de protección en el Ecuador.....	91
3.6.1 El Caso.....	91
3.6.2 La Argumentación Del Juez Sobre El Principio De Igualdad.....	93
3.6.3 Sobre El Principio De Proporcionalidad Que Sin Pertinencia Cita El Juez.....	94
3.6.4 La Decisión Objeto De La Acción De Protección No Es Regulatoria De Derechos, Es Sobre La Competencia Material Del Órgano.....	97
3.6.5 El Precedente Administrativo Y Su Efecto Vinculante.....	98
3.6.6 No Existe La Arbitrariedad De La Autoridad Pública.....	98
3.6.7 Improcedencia De La Acción De Protección.....	99

## **CAPÍTULO CUATRO**

METODOLOGÍA.....	100
4.1 Diseño de la investigación.....	100
4.2 Métodos y técnicas de recolección de la información.....	101
4.2.1 Fuentes De Información.....	101
4.2.2 La Encuesta.....	102
4.2.2.1 Pasos Para Preparar Una Encuesta.....	103
4.2.2.2 Tipos De Preguntas.....	103
4.2.2.3 El Sistema Muestral Y La Población.....	103
4.2.2.4 Instrumento De Medición “La Encuesta”.....	104
4.2.2.5 Presentación De La Encuesta.....	105
ENCUESTA.....	106
4.2.2.6 Procesamiento De La Información.....	107
4.2.2.7 Instrumentación De Los Datos.....	107

## **CAPÍTULO CINCO**

APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA.....	111
5.1 Forma de aplicación.....	111
5.2 Aspectos formales y éticos.....	111
5.2.1 Consentimiento Político.....	111
5.2.2 Consentimiento De Los Entrevistados.....	112
5.2.3 Garantía De Confidencialidad.....	112
5.3 Resultados de la metodología aplicada.....	112
5.3.1 Comprobación De La Hipótesis.....	112

## **CAPÍTULO SEIS**

CONCLUSIONES.....	115
RECOMENDACIONES.....	117

## **CAPÍTULO SIETE**

BIBLIOGRAFÍA.....	119
-------------------	-----

## **CAPÍTULO OCHO**

ANEXOS

## INTRODUCCIÓN

La Constitución en todo Estado democrático, es la norma suprema, que rige todos los ámbitos jurídicos, judiciales, jurisdiccionales, sociales, políticos y económicos de una nación; la Carta Magna, como es también conocida, no solo establece la estructura político-administrativa de un país, si no que al mismo tiempo garantiza el cumplimiento de los derechos llamados “Fundamentales” o “Constitucionales” de los ciudadanos y ciudadanas.

Estos derechos, que tienen sus orígenes más antiguos en las revoluciones estadounidense y francesa, respectivamente, junto con la proclamación de los Derechos del Hombre de 1789, a través de años de evolución jurídica y de innumerables enfrentamientos entre conservadores y progresistas del derecho, han sido establecidos y garantizados en las constituciones de los países que viven en un estado social de derecho o un marco medianamente democrático; de esta manera se ha conseguido, o al menos se pretende conseguir, la igualdad de derechos entre ciudadanos y el poder público y la supremacía de los derechos establecidos como constitucionales sobre leyes, normas, reglamentos, disposiciones e inclusive sobre otros derechos.

El paso de los años y el desarrollo de diferentes eventos y fenómenos sociales y políticos han dado como resultado que se incluyan dentro de las constituciones derechos que han sido reconocidos como constitucionales; la dinámica del derecho obliga a que otros derechos sean garantizados constitucionalmente para que no puedan ser vulnerados por el poder público o personas particulares bajo ninguna circunstancia, sin que esto signifique que la edad del nuevo derecho garantizado lo ponga por debajo de los más antiguos, ni que el derecho nuevo, por su calidad de contemporáneo o de vanguardista menoscabe a sus predecesores.

En este contexto, el creciente número de de derechos garantizados hace inevitable que en algún momento los mismos entren en conflicto y colisionen generando una disputa legal al más alto nivel, el constitucional, por la prevalencia y supremacía de cada uno de ellos, irónicamente todos tienen igual jerarquía jurídica-constitucional, lo que genera una problemática de opinión al momento de decir y decidir qué derecho es más importante que otro.

Los Tribunales Constitucionales, como entidades rectoras del derecho y autoridades en materia constitucional, tienen la difícil tarea de resolver dichos conflictos, tarea que no solo es

complicada, si no también cambiante, tanto es así que las circunstancias en las que se genera un conflicto de derechos un día, pueden ser diferentes al día siguiente, sin eximirlos de la responsabilidad que tienen de resolver estos conflictos, y es ahí, en el momento en que dos derechos garantizados por la misma constitución, que tienen la misma jerarquía constitucional, que han sido promulgados con la misma intención y que tienen el mismo objetivo, proteger los derechos constitucionales, que nace la interrogante ¿Cuál derecho es más importante o pesa más que el otro?.

Siendo necesario e inevitable emitir un pronunciamiento jurídico-constitucional, ya que el silencio no es una opción; es entonces cuando se produce el enfrentamiento legal que requiere de herramientas legales para ser resuelto, teniendo en cuenta que el pronunciamiento que se efectúe respecto de ese conflicto pasará a ser parte de la Jurisprudencia ecuatoriana, a la que se puede recurrir para ser utilizada como alegato legal e incluso como fundamento de sentencias y resoluciones, tornándose la tarea de decidir aparte de tediosa, de una gran responsabilidad.

El campo en el que se pueden apreciar mejor los conflictos a los que se refiere esta introducción, y donde se centrará mayormente la presente investigación, es en la aplicación de lo que conocemos como “Acción de Protección”, un nombre que se escucha seguido en medios de comunicación y en operadores de justicia, del cual la población general difícilmente conoce más que su nombre.

Para entender el principio de proporcionalidad y la ponderación constitucional es necesario conocer el origen, evolución, uso e importancia de la acción de protección, por lo tanto se hará un breve recuento de estos campos con el objetivo de preparar el panorama para explicar el principio de proporcionalidad y la ponderación constitucional y conseguir que se entienda de manera fácil y practica estos conceptos y sus aplicaciones.

# **CAPÍTULO I**

## **LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ECUATORIANO (LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN)**

## **CAPÍTULO 1.**

### **1.1. TEMA**

Dentro del inmenso y constantemente evolutivo campo del derecho, siempre se han estudiado las leyes de la manera como se aprenden en la universidad, es decir, con la metodología que enseñan los profesores es como aprenden los alumnos, y esos alumnos, de los cuales algunos serán catedráticos posteriormente, enseñarán el estudio del derecho de la manera como lo aprendieron.

Siendo la universidad la piedra sobre la que se forja la vida profesional de los abogados, es donde debe ser atendida con extrema urgencia la problemática que sufre la forma de ver el derecho, la manera de estudiarlo y la metodología necesaria para impartirlo.

El derecho no se termina de aprender nunca, el problema es que es tan extenso y contiene tantas ramas que es humanamente imposible saber todo de todos sus campos, es por esa razón que en los primeros años de estudio la frase más usada por profesores, al menos los que son conscientes de la realidad académica de los estudiantes es “El abogado nunca deja de estudiar”.

Para no extender este trabajo investigativo, decidí centrar el mismo en aspectos concretos de la realidad jurídica ecuatoriana, los mismos que por sus protagonistas, desarrollo y consecuencias han sido de conocimiento público, han involucrado a todas las clases sociales, y han afectado directa o indirectamente a todos y cada uno de los ecuatorianos, incluso sin tener conocimiento de ello.

Es así como la investigación se delimitó al campo que se encuentra bajo la lupa de la opinión pública sobre el cual se habla a diario, ya sea en los medio de comunicación o tertulias cotidianas, sin embargo es un tema que muy pocas personas entienden realmente, y es mucho más reducido el número de aquellos que son conscientes de su verdadero alcance y de los cambios que su estudio e implementación podría significar para el derecho ecuatoriano como lo conocemos; y no es un tema pensado por estar de moda, sino que se vuelve cada vez más evidente que es una necesidad emergente su conocimiento y sobre todo difusión, no solo para los operadores de justicia, sino para la sociedad en general.

¿Qué son los derechos constitucionales y por qué todo el mundo los menciona cada vez que surge una situación de conflicto jurídico?; ¿Cómo es posible que un derecho sea más que otro?; y, más importante aún, ¿Quién decide y cómo decide que el derecho de unos es más importante que el de otros, si se supone que todos somos iguales y que la constitución ampara a todos y cada uno de nosotros sin discriminación?; todas esas dudas existentes encuentran respuesta en el Principio de Proporcionalidad y la Ponderación Constitucional.

Es obvio que como investigación científica se debe establecer un campo y un universo muestrario para ser estudiado y analizado, y al tratarse de un tema de esta índole, para este caso el universo de estudio serán los jueces competentes para otorgar las conocidas Acciones de Protección, el porqué está implícito ya que al tener todos los jueces la competencia para otorgarlas, según lo establecido por la constitución, todos tienen la calidad de Jueces Constitucionales, así que cualquiera con capacidad jurídica para otorgar una Acción de Protección es parte de nuestro universo y campo de estudio.

¿Por qué la Acción de Protección?, porque al momento de solicitarlas se enfrentan siempre los derechos garantizados en la constitución, ya sean de particulares contra el estado, de particulares contra un persona natural o jurídica o de particulares entre sí, se enfrentan el derecho del que ejecuta la acción que afecta al solicitante y el derecho que el solicitante ve afectado por la acción del ejecutante, palabras tal vez un poco difíciles de digerir, pero que a lo largo de este trabajo iremos explicando.

Para saber cómo se aplica el principio de proporcionalidad y la ponderación constitucional al momento de otorgar o negar las Acciones de Protección, se trabajó directamente con los jueces de las áreas en las que este recurso constitucional (Acción de Protección), es más presentado en la ciudad de Guayaquil, a quienes se les realizó una encuesta que a ratos se descubre como una corta pero muy interesante prueba de conocimientos.

De esta manera, una vez que se delimitó el campo de acción, se procedió al estudio correspondiente, con la finalidad de que al final sea posible establecer parámetros de acción viables encaminados a solucionar la problemática que dio origen a este trabajo de estudio. Ya que el desconocimiento de este campo tan importante y vanguardista del derecho constitucional ha provocado atrocidades jurídicas que para desgracia de unos y conveniencia de otros se han vuelto legales.

## 1.2. DIAGNÓSTICO

Para elaborar un diagnóstico respecto del tema a investigar, se ha hecho una gran recopilación de información, la misma que ha sido sometida a un proceso de análisis que ha permitido escoger los puntos más sobresalientes de lo que busca el presente trabajo, señalar el problema y su origen, que es la poca y en ocasiones inexistente aplicación del principio de proporcionalidad y ponderación constitucional al momento de resolver sobre asuntos que enfrentan a derechos garantizados en la constitución; de suerte que, en sentencias condenatorias se evidencia la ausencia de estos principios constitucionales, como en la siguiente:

El 07 de julio del 2010, el Ministerio de Relaciones Laborales, dentro del recurso de apelación No. 41-DTAJ-2010, que presentaron los trabajadores y ex trabajadores intermediados y tercerizados de la Compañía Cervecería Nacional C.A., dictó una resolución en la que declaraba: “ (...) *este Ministerio no es competente para conocer, tramitar y resolver sobre la existencia de un derecho individual a percibir utilidades, ya que ésta es privativa de los jueces del trabajo conforme lo manda el artículo 568 del código de trabajo (...)*”

Los ciudadanos presentaron una acción de protección constitucional en la que pretendían que “(...) *en sentencia se declare la nulidad de la Resolución que dictó el Ministro de Relaciones Laborales (...) por cuanto dicha resolución administrativa vulnera tanto el principio constitucional de que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)*”

Dentro de esa acción presentada se aprecia la subjetividad con la que son tratadas las solicitudes de Acción de Protección dentro del sistema judicial ecuatoriano, ya sea por intereses personales o presiones políticas las que obligan a que los jueces constitucionales, que deben otorgar o denegar una acción de protección, decidan de una forma o de otra, basados en principios de carácter meramente subjetivos y desgraciadamente inapelables.

A través del estudio del proceso y sentencia del caso anteriormente mencionado se podrá apreciar la subjetividad con la que son tomadas las resoluciones de las proposiciones de acciones de protección, pero en el trasfondo de todo, permitirá ver la poca coherencia jurídica que tienen algunos jueces al momento de ponderar derechos o de aplicar el principio de

proporcionalidad, lo cual acarrea consecuencias nefastas, las mismas que, aunque posteriormente sean remediadas o revocadas por el superior, dejan un daño enorme a quien sus derechos son vulnerados, y más grave aún, son precedentes judiciales, en ocasiones de carácter obligatorio, para casos análogos, lo que provocaría que estas aberraciones jurídicas se vuelvan legales a vista y paciencia de toda la sociedad, la cual, ignorante de lo que sucede, simplemente se limita a pensar que una Acción de Protección es algo que se utiliza cuando se trata de conflictos de carácter político entre el gobierno de turno y los medios de comunicación o de grupos políticos rivales.

Estos hechos nos hacen ver que en la práctica, pocos son los jueces, abogados, estudiantes o ciudadanos en general que tienen conocimiento de lo que es el Principio de Proporcionalidad o de lo que significa la Ponderación Constitucional, tomándolos tal vez como conceptos diferentes en materia constitucional, generando no solo un problema jurídico, sino un atraso abismal en cuanto al desarrollo del sistema judicial nacional.

En el presente trabajo se estudiará, la aplicación del Principio de Proporcionalidad y la Ponderación Constitucional en el derecho ecuatoriano, centrándome en el área de conflicto más conocida por la sociedad, las llamadas “Acciones de Protección”, las mismas sobre las cuales todos los ecuatorianos han escuchado hablar, principalmente por los medios de comunicación, pero que en realidad son pocos los que entienden su significado e importancia dentro del derecho nacional.

Teniendo como fundamentación la premisa de que el proceso que debe llevarse a cabo y los parámetros y circunstancias deben ser tomados en consideración al momento de resolver estos conflictos constitucionales.

### **1.3. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.-**

La Acción de Protección es una herramienta constitucional que está a disposición de los ciudadanos y ciudadanas del Ecuador en caso de que sus derechos constitucionales sean vulnerados por el poder público no judicial o por un particular, según lo establecido en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, el mismo que señala:

*“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.”*

Pero la Acción de Protección se presenta contra una entidad o un particular que dispone una acción o que la ejecuta (sea de acción u omisión), basado en su propio derecho, es decir, El Estado elabora y promueve políticas públicas o resoluciones no judiciales porque El Estado y sus instituciones, junto con todas sus dependencias están creados para eso y su legitimidad radica en la constitución y en las leyes creadas para reglar y regular los actos de los mismos en miras al bien común de la sociedad, por lo tanto, están garantizadas en la constitución.

Por otro lado, las personas naturales o jurídicas, realizan sus actividades bajo la protección constitucional de sus derechos y podría suscitarse el caso de que los derechos de unos colisionen los derechos de otros.

En el Ecuador, las Acciones de Protección en la práctica se resuelven de tal manera que se subsuncionan los derechos de menor jerarquía ante los garantizados constitucionalmente, es decir, los derechos de menor rango constitucional son superados y sometidos por los derechos constitucionales, como dicta la pirámide de Kelsen de la supremacía constitucional.

El problema asoma cuando la Acción de Protección se presenta ante una disposición, acción u omisión que también está garantizada por la constitución y por ende tienen igual jerarquía, para proponer un panorama más claro, estos son algunos de los casos más comunes de conflicto entre derechos garantizados en la constitución:

- Libertad de expresión y derecho al honor
- Libertad de información y derecho a la intimidad
- Libertad de empresa y medio ambiente
- Derecho de manifestación y orden público
- Derecho de propiedad privada y función social de la propiedad

Todos esos derechos están garantizados en la constitución, por lo tanto, de existir conflicto, el tribunal que resuelva en derecho debe, en pocas palabras, decidir qué derecho supera al otro y porqué.

Por esto se vuelve una preocupación general saber en qué se basa un tribunal para resolver, qué parámetros considera, qué proceso realiza; y finalmente ¿cómo puede decir “éste derecho supera a éste” si se supone que ambos son iguales?.

## **1.4. JUSTIFICACIÓN**

El derecho es una ciencia social y como tal evoluciona y tiene tendencias y etapas acordes a los tiempos en que se desarrolla, actualmente el neoconstitucionalismo plantea la superioridad de las normas tipo principio y de las garantías constitucionales como criterios fundamentales de interpretación y aplicación del derecho contemporáneo, desplazando de esta manera a la concepción de un derecho estático de aplicación vertical para dar paso a la racionalización de la aplicación del derecho.

El apego a la interpretación jurídica de los principios constitucionales a través del principio de la proporcionalidad y de la ponderación, hacen vital e indispensable su investigación, ampliación y análisis, a fin de que tanto autoridades y empleados judiciales, abogados y estudiantes de derecho estén al nivel de los mayores exponentes de esta nueva corriente del derecho.

Es imperativo esclarecer y ampliar el concepto y la idea del principio de la proporcionalidad y de la ponderación constitucional a fin de señalar los parámetros y procesos de interpretación al momento de resolver conflictos entre derechos y principios constitucionales, apoyado en material didáctico al alcance de los estudiantes y del público en general, el desarrollo del estudio de derecho comparado y el análisis de los principios de aplicación en países con mayor desarrollo en ese campo.

El Derecho por su naturaleza es dinámico, evoluciona en igual grado que lo hacen las sociedades, y dentro de todo proceso de cambio se generan conflictos, los mismos que deben ser resueltos en miras a un derecho-justicia, como se ha mencionado anteriormente.

Es tiempo de que la concepción de la idea del derecho que tiene como base la máxima de que “el derecho de muchos prevalece sobre el de pocos”, abra paso a la concepción de que los derechos fundamentales, consagrados y garantizados por la constitución son inamovibles, de interpretación jurídica racional y de aplicación directa.

La interpretación de los principios fundamentales y de los derechos constitucionales debe estar sometida a la racionalización de los mismos, en el sentido de que se deben tomar en cuenta parámetros de aplicación y las circunstancias en las que se desarrollan los hechos que generan el conflicto de los derechos y para eso es necesario tener no solo conocimientos

amplios de derecho y jurisprudencia, si no amplitud de criterio y capacidad de aplicación de la “Sana Crítica”

En este trabajo no se busca en ningún momento o sentido sobreponer unos derechos constitucionales sobre otros, pues sería un absurdo jurídico, si no sopesarlos según el panorama jurídico, realidad social, momento específico y circunstancias en que se desarrollan los hechos, a fin de decidir cuándo un derecho consagrado y garantizado en la constitución está o puede estar por encima de otro de igual jerarquía e importancia constitucional, teniendo siempre en cuenta y en consideración que existe la posibilidad de que en circunstancias diferentes el derecho que “pesa” más en un caso, “pese” menos en otro.

Lo mencionado anteriormente puede, tal vez, hacer parecer al tema de esta investigación de un carácter mayormente subjetivo, no se podría estar más equivocado al respecto; por una muy simple razón y es que las decisiones de los Jueces en las Acciones de Protección no se ciñen al momento y circunstancias en que se dieron los hechos, sino al momento político y circunstancia social o mediática en el cual se presentan.

Si se estudia a cabalidad y con la óptica progresista propia de los pioneros en la aplicación de la proporcionalidad y la ponderación constitucional veremos que actualmente los parámetros bajo los cuales se toman las decisiones al momento de resolver una solicitud de Acción de Protección son mayormente subjetivos pero no por mala intención si no que lamentablemente es por desconocimiento.

No existe una escuela o centro de estudios de especialidad que permita a los Jueces evaluar las situaciones de las Acciones de Protección como lo que son, situaciones individuales e independientes unas de las otras, al contrario se trata de buscar casos análogos, los cuales a veces son inexistentes y simplemente se trata de aplicar la misma resolución de un caso “parecido”.

Todos estos motivos son más que una justificación para que se realice el presente trabajo de investigación deben ser luces de alerta para que las autoridades académicas consideren impartir el estudio de estos principios constitucionales como materia de la carrera de derecho.

## **1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

Esta parte de la investigación quizás es la más delicada, no por su desarrollo dentro de la obra, si no como resultado de la misma; siendo necesario plantear objetivos para el presente trabajo, más allá de mencionar los generales o específicos, es muy importante que sean verídicos y posibles, tomando en consideración la realidad en la que se desarrolla el trabajo investigativo.

Al ser los objetivos planteamientos figurativos de un propósito u objetivo predeterminado, es muy fácil divagar respecto de los mismos, utilizando referencias bibliográficas o simplemente planteándolos a discreción del autor del trabajo.

En este caso, tomando en consideración lo mencionado anteriormente los objetivos establecidos, tanto en el aspecto general como específico han sido meditados de tal manera que no solo sean realizables, si no también entendibles.

La etapa de clarificación del tema y el objeto y campo de estudio de la investigación exige precisión, a fin de realizar una trabajo inequívoco respecto de lo que se va a investigar, generando de esta manera la necesidad de especificar qué aspectos del problema son los que serán objeto directo de estudio.

Es decir, que el proceso necesario para establecer los asuntos a investigar, generales y específicos, que ayudará a identificar con mayor facilidad la problemática y por lo tanto contribuirán con la búsqueda de las soluciones que se procuran plantear.

Asimismo, ayudaran a obtener las respuestas de las interrogantes existentes que todavía no se hayan resuelto.

### **1.5.1. Objetivo General**

Esclarecer y explicar en qué consiste el Principio de Proporcionalidad y el proceso de Ponderación Constitucional que se debe llevar a cabo para su aplicación práctica en las Acciones de Protección.

### **1.5.2. Objetivos Específicos**

- Analizar la correcta aplicación del principio de proporcionalidad y el proceso de ponderación constitucional.
- Valorar los efectos de las resoluciones de las Acciones de Protección cuando dos Derechos Constitucionales entran en conflicto.
- Realizar un estudio comparativo del principio de proporcionalidad y la ponderación constitucional en diversos países.
- Analizar y realizar un estudio de la Administración de Justicia en el Ecuador respecto de los derechos constitucionales de los ecuatorianos y ecuatorianas.

## **1.6. INTENCIONALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN**

El presente trabajo, nace con la intención de aclarar y explicar de manera didáctica el Principio de Proporcionalidad y la Ponderación Constitucional, las cuales, actualmente pueden ser vistas como mecanismos de resoluciones distantes, pero los cuales más temprano que tarde estarán en los sistemas judiciales de todos los países que tengan un Estado social constitucional de derechos.

Vale la pena destacar que el presente trabajo, más allá de pretender ser una investigación científica de carácter académico, busca ser la chispa que origine el desarrollo del estudio del derecho con criterio racional amplio para dejar de ver el derecho como letras plasmadas en volúmenes gigantes de libros, muchos de los cuales contienen leyes caducas e inoperantes, las cuales, por no tener mayor importancia pasan a ser pesos muertos en el derecho y su estudio, generando que los operadores judiciales y abogados en libre ejercicio laboren en un sistema arcaico lleno de minúsculas leyes individuales, dando la espalda a las nuevas tendencias jurídicas basadas en principios y antecedentes jurisprudenciales; llevando la peor parte de todo los estudiantes, quienes están obligados a zambullirse en el estudio de estas leyes a través de catedráticos que, desconocedores del estudio progresivo del derecho o peor aún, renuentes de involucrarlos con el estudio de un derecho de avanzada y racional, los llevan por el camino del derecho estático, restrictivo y esclavo de la palabra escrita en los libros, cuando lo que merece el derecho ecuatoriano, su sistema judicial y la sociedad en general, son abogados capaces de interpretar y aplicar las leyes más que aprenderlas de memoria.

## **PREÁMBULO**

Es lógico conocer que los antecedentes de toda investigación científica se basan en hechos y trabajos de investigación anteriores a las que se desarrolla. Siendo el tema de vanguardia en el derecho es necesario tomar como antecedentes hechos suscitados para poder establecer los antecedentes de este proyecto.

El desarrollo del presente proyecto está conformado por una serie de ideas que provienen de varias fuentes de información, ya sean estudios o libros especializados en la materia objeto de investigación, sin dejar de lado a la fuente más importante de consulta para el presente trabajo que es la Constitución de la República del Ecuador del 2008 y a todo material nacional disponible que abarque el tema del Principio de Proporcionalidad y Ponderación Constitucional. Debiendo destacar que el estudio comparativo del derecho de otros países es necesario para el desarrollo de la presente investigación.

Ningún enunciado de este trabajo es realizado sin tener conceptos previos respecto del tema, lo cual nos permite realizar un análisis sobre lo que se va a tratar y la opinión que se va a verter al respecto.

Por eso es importante el Marco Teórico, que es una revisión profunda de las teorías actuales que describen todo lo que se ha investigado respecto de la Proporcionalidad y la Ponderación Constitucional, principalmente en foros y seminarios realizados en el Ecuador. Esto busca no redundar sobre temas ya tratados en otros espacios de opinión o investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **ORIGEN E HISTORIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL**

## **CAPÍTULO 2.**

### **ORIGEN E HISTORIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL**

#### **2.1. La Constitución Y Los Derechos Constitucionales, Cuna De La Acción De Protección**

No se puede hablar del origen e historia de la acción de protección sin mencionar el origen de su origen, es decir, aquel instrumento, fruto de un fenómeno social históricamente trascendental, que resultó de que en algún momento de la historia de la humanidad los pueblos hayan decidido regular su forma de convivencia.

Reglas creadas y definidas por todos los habitantes de una sociedad que los hiciera vivir en paz y armonía, estableciendo derechos y obligaciones que se presumen conocidos por todos, instrumentos en los que se han definido los poderes de los estados, las atribuciones de esos poderes, la separación de los mismos, sus ámbitos y competencias, sus jurisdicciones y los demás elementos que hacen de una extensión territorial demarcada por fronteras imaginarias, lo que conocemos como una nación y su ente jurídico, El Estado, la carta magna que contiene el cuerpo socio-político y jurídico-administrativo de ese Estado, que es norma suprema y fuente de derecho, el único instrumento eficiente establecido para limitar y hasta combatir el poder de los gobiernos de turno, el poder del pueblo plasmado en letras, ese librito al que todos llamamos “La Constitución” y lo que dentro de ella ampara y protege, que es el centro de esta investigación, los Derechos Constitucionales.

##### **2.1.1. La Constitución**

Para no explorar innecesariamente en los diversos pero convergentes conceptos de lo que es la Constitución, trataré de recoger opiniones de especialistas que ayuden a establecer cabalmente un concepto tan mencionado pero pocas veces definido.

Lo dicho por Karl LOEWENSTEIN: *“han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido, que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objeto será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas -LA CONSTITUCIÓN- destinadas a limitar el ejercicio del poder político”*<sup>1</sup>. De esta manera la constitución se convierte en una herramienta jurídica para medir, controlar y en caso de ser necesario frenar el poder del estado sobre los ciudadanos, basada y estructurada en una serie de reglas que aprobadas por el pueblo a través de sus representantes, sin importar que calase de régimen sea el que gobierne, a fin de que lo establecido y aceptado por el pueblo, sea respetado por aquellos que los gobiernan.

FRIEDRICH manifiesta: *“la palabra Constitución tiene, para la ciencia política moderna, un significado muy claro y distinto como el proceso mediante el cual se limita efectivamente la acción gubernamental”*<sup>2</sup>. Visto que el poder del Estado está basado en la Constitución de las repúblicas soberanas e independientes, es la misma Constitución la que debe establecer los parámetros para el ejercicio del poder estatal.

Finalmente, LINARES QUINTANA señala que *“cada Constitución presenta una doble significación ideológica; liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores y asignarles una legítima participación en el proceso de poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio de poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder. Desde un punto de vista histórico, por tanto, el constitucionalismo, y en general el constitucionalismo moderno, es un producto de la ideología liberal. Explícase, entonces, que la historia del constitucionalismo y, por ende, de la Constitución sea, también la historia de las limitaciones del poder público y tales limitaciones, para ser efectivas y lograr la eficacia indispensable a los fines de su institución, requieren ser arquitecturadas en una forma de gobierno que organice y reglamente todas las manifestaciones de autoridad.”*<sup>3</sup>. Para que los pueblos no sean víctimas de sus gobernantes y estén facultados a participar en el ejercicio del poder, en sus

---

<sup>1</sup> *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Madrid, 1983, pág. 149

<sup>2</sup> Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional*, Tomo I, pág. 101

<sup>3</sup> *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo III, pág. 109

calidades de mandantes, es necesario que se establezcan los lineamientos y ámbitos de participación en los cuales el poder puede o no puede ejercer su voluntad.

### **2.1.1.2. Los Derechos Constitucionales Y Su Historia Conceptual**

Brevemente señalaré aspectos concernientes al desarrollo histórico de lo que llamamos derechos constitucionales a fin de poder explicar los diversos nombres que se les otorgan pese a que inevitablemente se refieren al mismo grupo de derechos.

Existen varias formas en las que se ha denominado a los derechos consagrados en la Constitución, *derechos fundamentales, derechos naturales, libertades individuales, derechos humanos*, entre otros, pero lo que se debe rescatar de todas estas clasificaciones jurídicas es que, finalmente los derechos consagrados en la constitución son garantizados por la misma al punto de que su ejercicio puede estar por encima de cualquier norma, ley, decreto u ordenanza de cualquier tipo de carácter jerárquicamente inferior a la Constitución.

El concepto de los derechos constitucionales se configura en el siglo XVII, tiene su desarrollo durante el siglo XVIII y finalmente tiene su consagración en el siglo XIX a través de las revoluciones norteamericana y francesa, respectivamente.

Según las enseñanzas del Profesor de Derecho Público español, SÁNCHEZ GOYANEZ<sup>4</sup>, el concepto de “Derechos Fundamentales o Constitucionales” nace vinculado a la teoría del *estado de naturaleza*, en el que señala que antes de la organización de la sociedad política actual ya existía un orden natural, regido por normas y leyes naturales, que eran propias de la naturaleza del hombre, emanadas de ella, y con las cuales los hombres vivían y trabajaban; las mismas que sin estar necesariamente plasmadas en papel o piedra, regían la vida de los pueblos como resultado de que el hombre es el ser más perfecto de la creación; y que debido a la decisión del hombre de crear sociedades civiles más numerosas se genera la amenaza del irrespeto de estos derechos por parte de algunos de sus miembros, provocando que el ejercicio de éstos solo sea posible dentro del marco de una sociedad políticamente organizada.

---

<sup>4</sup> Constitución española comentada, editorial PARAINFO, Madrid, 1998

Como conclusión se aprecia que la creación de una organización política-social es el resultado de la búsqueda de la defensa de los derechos individuales de cada uno de sus miembros, generando con el pasar de los siglos que el Estado se presente como creador, defensor y protector de los derechos de cada uno de los miembros que lo integran; no siendo el Estado quien legitima estos derechos, sino que la defensa de esos derechos es lo que da legitimación a la figura del Estado, ya que sin cumplir esa función el Estado se vuelve simplemente una figura innecesaria.

## **2.2. NACIMIENTO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR**

### **2.2.1. LA ACCIÓN DE AMPARO COMO GÉNESIS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

La acción o recurso de amparo fue el origen de lo que hoy conocemos como acción de protección, tuvo su nacimiento en el denominado Tercer Bloque de Reformas a la Constitución promulgadas en el Registro Oficial No. 863 del 16 de enero de 1996, establecida en el artículo 31 de la codificación de la Constitución del Ecuador promulgada en el Registro Oficial No. 2 del 13 de enero de 1997, en el que rezaba:

*“Art. 31 Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerirá la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.*

*Para este efecto no habrá inhibición del Juez que deba conocer el recurso, ni obstarán los días feriados.*

*El Juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinte y cuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado, ordenara la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.*

*Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el Juez dictará su resolución, a la cual se dará inmediato cumplimiento.*

*La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos, el Juez remitir de inmediato el expediente al superior”*

La Constitución de 1998, promulgada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998, le dio el nombre de Acción de Amparo, plasmada en el artículo 95, cuyo texto es el siguiente:

*“Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar lo comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o que pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.*

*No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.*

*También se podrá presentara acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo un derecho difuso.*

*Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.*

*El juez convocará de inmediato a las partes para oírlas en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenara la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.*

*Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictara la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución puede ser adoptada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.*

*La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudirá a la ayuda de la fuerza pública.*

*No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho”*

### **2.2.2. Evolución De Las Acciones Constitucionales De Protección En El Ecuador**

La Constitución de Montecristi, publicada en el Registro Oficial No. 499 del 20 de octubre del 2008 creó la Acción Constitucional Extraordinaria De Protección y La Acción Constitucional Ordinaria De Protección; posteriormente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, promulgada en el Registro Oficial No. 52 del 22 de octubre del 2009, se creó la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Para efectos de esta investigación veremos brevemente las características de cada una ellas y su procedimiento, para posteriormente centrarnos en la Acción Constitucional Ordinaria De Protección.

#### **2.2.2.1. Acción Extraordinaria De Protección**

Se encuentra establecida en los artículos 94 y 437 de la Constitución, que señalan:

*“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 haya agotado los recursos ordinarios 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”*

*“Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constara el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

- 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas.*
- 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución”*

#### **2.2.2.2. Acción Extraordinaria De Protección Contra Decisiones De La Justicia Indígena**

En el artículo 171 de la Constitución se establece que el Estado garantiza el respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena por todas las instituciones y autoridades públicas, pero que esas decisiones deben estar dentro del sistema jurídico y están sujetos a control constitucional, por ende, estas resoluciones son susceptibles de la Acción Extraordinaria De Protección.

#### **2.2.2.3. Acción Ordinaria De Protección.-**

Se encuentra establecida en el artículo 88 de la Constitución que señala lo siguiente:

*“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 suponga 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 desubordinación, indefensión o discriminación”*

La acción constitucional ordinaria de protección es un mecanismo usado para proteger los derechos de los ciudadanos cuando son vulnerados por la autoridad pública o por un

particular, por lo tanto, se entiende que es una lucha entre un particular y una autoridad, o entre sujetos particulares en desigualdad de posiciones, y lo que busca es enfrentar y en caso de ser necesario, frenar en forma directa la violación de los derechos constitucionales de los sujetos afectados, por ende entran en conflicto los intereses de la autoridad estatal y los de los ciudadanos o de los ciudadanos entre sí.

#### **2.2.2.4. Diferencia Entre La Acción Ordinaria De Protección Y La Acción Extraordinaria De Protección**

En la práctica, algunos profesionales del derecho en el libre ejercicio y ciertos funcionarios judiciales suelen confundir y desconocer los alcances de estos dos tipos de acciones constitucionales, y no es de extrañar que para los estudiantes de derecho y la población en general sea el mismo caso, por ese motivo trataremos de diferenciarlas a través de sus características, usos y formas de aplicación en el derecho.

La acción ordinaria de protección, como su nombre lo dice es ordinaria, universal y la pueden presentar todos los sujetos (personas naturales o jurídicas) del Estado ecuatoriano y se la tramita ante la justicia ordinaria; la acción extraordinaria de protección puede ser usada **SOLAMENTE** aquellos que han o hayan debido ser parte en un proceso judicial por si mismas o por medio de procurador judicial y se la tramita ante el único órgano competente para su conocimiento que es la Corte Constitucional.

La acción ordinaria de protección puede ser interpuesta cuando existe la vulneración de los derechos constitucionales por parte de cualquier autoridad NO judicial, también contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales y procede contra personas particulares cuando la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. En cambio, la acción extraordinaria de protección se presenta únicamente contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión, los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución

### 2.2.2.5. Características De La Acción Ordinaria De Protección

Una vez que hemos visto las diferencias, debemos adentrar en el estudio, uso y aplicación de la acción ordinaria de protección, y para ellos es necesario conocer brevemente sus características.

Iniciando por mencionar que la acción ordinaria de protección tiene identidad propia y características que le permiten diferenciarse de las demás acciones constitucionales y legales que abarca la Constitución, y estas son:

- a) Es procesal pública y tutelar: Puede ser presentada por cualquier persona dentro del territorio ecuatoriano por sus propios derechos o en representación de una colectividad;
- b) Universal: protege TODOS los derechos reconocidos por la Constitución de TODAS las persona;
- c) Informal: Puede ser presentada de manera oral o escrita, sin formalidades y sin nombrar la norma infringida y no se necesita el patrocinio de un abogado para proponerla;
- d) Inmediata, directa y el trámite debe ser llevado con celeridad y preferencia: debe ser propuesta tan pronto como ocurra la violación de los derechos consagrados en la constitución, sin esperar la conclusión de un trámite o proceso. Se interpone de manera directa ante el Juez constitucional competente, que son TODOS los jueces dentro del territorio nacional; en cuanto a la celeridad y preferencia, se supone que debe ser atendida de manera prioritaria sin importar los otros procesos que se encuentren para el despacho judicial.
- e) Sumario y oral: Su trámite es muy simple, oral y sumario, por lo que no supone ningún tipo de retraso para su tramitación, de manera que el derecho vulnerado sea reparado o restituido de la manera más rápida posible, sin caer en los enredos judiciales en los que suelen caer otro tipos de procesos, por estos motivos se prohíben los incidentes y la inhibición del juez.

Finalmente se debe señalar que la acción ordinaria de protección protege los derechos reconocidos por la constitución y los criterios que rigen a esta acción deben ser interpretados y aplicados con criterio amplio como lo señala la Carta Magna

### **2.3. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE MONTECRISTI Y LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL ORDINARIA DE PROTECCIÓN**

La Constitución de Montecristi del 2008, basa la organización del Estado ecuatoriano en función de los derechos consagrados en la misma, ya que desde el Título I “Elementos Constitutivos del Estado”, el capítulo primero “Principios Fundamentales”, señala en el artículo 1 que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia; continuando en el numeral 1) del artículo 3 que señala como uno de los deberes primordiales del Estado ***garantizar*** sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales.

Este marco garantista de derechos se aprecia ampliamente en el Título II “Derechos”, en el capítulo primero “Principios de aplicación de los derechos”, artículo 11 el cual señala explícitamente la forma de ejercer los derechos garantizados en la constitución; resaltando el numeral 4) en el que señala que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; el numeral 5) que ordena a los servidores públicos, administrativos o judiciales interpretar y aplicar las normas en la manera que más favorezca al efectivo ejercicio de dichos derechos; el numeral 8) que establece que el contenido de dichos derechos debe desarrollarse de manera progresiva y que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule ***injustificadamente*** su pleno reconocimiento y ejercicio; y el numeral 9 en el que sentencia que el ***más*** alto deber del Estado consiste en ***respetar y hacer respetar*** los derechos garantizados en la Constitución.

Sin embargo, el numeral 6 del mismo artículo señala expresa y claramente que todos los principios y los derechos (constitucionales) son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual ***JERARQUÍA***. Es entonces cuando se necesita el Principio de Proporcionalidad y la Ponderación Constitucional.

## **2.4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

Por años la lucha en favor de los derechos fundamentales tuvo como objetivo lograr su reconocimiento constitucional. Al principio no se hablaba de derechos, sino de deberes. Luego se crearon los “derechos naturales”, que eran una especie de pretensiones morales, todavía no plasmadas en textos jurídicos. Finalmente, luego de siglos de luchas y enfrentamientos entre legisladores, se pudo llegar a la etapa de la “positivación” de los derechos, es decir el reconocimiento de los mismos, lo que supone un cambio crucial y radical en la concepción de la persona humana y del entendimiento moral de la vida.<sup>5</sup>

Los catálogos de derechos que surgen a finales del siglo XVIII (el *Bill of rights* de la Constitución estadounidense de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 son los dos documentos principales en esa etapa), se van expandiendo en los años posteriores. La última estación dentro de esa historia es la que se produce en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en la que se expiden textos constitucionales con mandatos sustantivos para el Estado, muchos de ellos redactados en forma de derechos fundamentales.

Esto se transformó en una tendencia que se agudizó en los años 70 y que dio lugar a Constituciones que no se aparte de establecer competencias y separar a los poderes públicos, contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

A partir de la consolidación de amplias constituciones contenedoras de derechos fundamentales el discurso teórico y cívico sobre los mismos cambia de rumbo. No se trataba de abogar por la declaración de ser constitucionales, sino de supervisar su correcta puesta en práctica. Y para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas. Una de esas técnicas es la llamada proporcionalidad.

---

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, CNDH, 2005

El principio de proporcionalidad es importante si antes aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho tiene la posibilidad de ser limitado. La interrogante entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos.

El discurso sobre el principio de proporcionalidad no concuerda con la perspectiva conservadora que prefiere ver siempre limitados a los derechos constitucionales; al contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, sin dejar de lado que todos derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en los derechos.

Las constituciones de América Latina, siguiendo la tendencia de carácter “materializado” de las cartas supremas de nuestros días, contienen todas ellas un amplio catálogo de derechos fundamentales; pero su aplicación práctica sigue siendo muy pobre.

Hasta hace poco los jueces encargados de aplicar en la práctica el resoluciones sobre los derechos fundamentales se enfrentaban a la dificultad de los regímenes autoritarios y dictatoriales que por décadas gobernaron distintos países de América Latina. Esa dificultad actualmente es inexistente en términos generales, o al menos no con la fuerza que tuvo en el pasado.

Actualmente los problemas son distintos. Alguno de ellos tiene que ver con la falta de conocimiento teórico al momento de aplicar las normas de derechos constitucionales. Esto es lo que produce, en algunos casos, sentencias de los más altos tribunales que contienen enormes errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que carecen totalmente los más básicos razonamientos jurídicos.

En este sentido es importante recordar que como consecuencia de la expedición del modelo jurídico de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros

interpretativos diferentes, que han provocado que el razonamiento judicial se haga más complejo.

Son necesarias las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación y la proporcionalidad, en busca de maximizar los efectos normativos de los derechos constitucionales.

Además, los jueces constitucionales deben lidiar con la dificultad de trabajar con “derechos” que están constitucionalizados y que requieren de una especie de fórmula que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, otorgándoles de esa manera la calidad de contenidos normativos concretos.<sup>6</sup>

Y todo esto sin que el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libremente tomada por él mismo.

Ecuador ha sido un país protagonista en materia de cambios constitucionales en América Latina con su reciente constitución de 2008 lo que genera que este trabajo de investigación haga cara a la época de cambios jurídicos que vivimos actualmente.

## **2.5. LA FÓRMULA DEL PESO EN LA PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL**

Existen dos operaciones de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación. La subsunción ha sido relativamente bien investigada, en lo que concierne a la ponderación, aún hay muchas preguntas existentes. Hay tres problemas básicos: el de estructura, el de racionalidad y el de legitimidad. Entre estos problemas existen vínculos estrechos. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende mucho de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. La estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si se llegara a revelar que la ponderación no puede ser otra cosa más que una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia

---

<sup>6</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1995, pg. 93

constitucional. El problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho.<sup>7</sup>

### **2.5.1. LA BASE DE TEORÍA DE LAS NORMAS: REGLAS Y PRINCIPIOS**

El fundamento de teoría de las normas, se conforma de dos tendencias, la subsunción, y la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios.<sup>8</sup> Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos *definitivos*. Generalmente, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones o necesidades. Por lo tanto, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas también pueden tener una forma categórica. Un ejemplo de ello sería la prohibición absoluta de la tortura. Lo determinante es que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse cumplirse a cabalidad. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Consecuentemente, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o no cumplirse. Esto no sucede con los principios ya que estos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas del medio. Es decir que los principios son *mandatos de optimización*. Y se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de su cumplimiento depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

### **2.6. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO**

En general las diferenciaciones teórico-normativas pueden tener un mayor o menor significado. El significado de la diferenciación entre la reglas y los derechos constitucionales resulta del hecho de que el carácter de los derechos tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los derechos.

---

<sup>7</sup> R. Alexy Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, profesor de derecho constitucional y filosofía del derecho de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá) del texto alemán original publicado en: "Die Gewichtsformel", en Joachim Jickeli et al. eds., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlín, 2003, p. 771 – 792.

<sup>8</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3ª. Edición, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1996, p. 71 s. (Tiene traducción al castellano de E. Garzón Valdez

El principio de proporcionalidad, contiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas<sup>9</sup>. En ellos la ponderación no juega ningún papel, se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos constitucionales, que sean evitables sin costo para otros principios<sup>10</sup>. En ese aspecto, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas.

Este es el campo de la ponderación, el núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera:

*“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”<sup>11</sup>*

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los derechos, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del derecho que se posiciona en sentido contrario y finalmente, en el tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

De esta manera, es posible encontrar ejemplos fáciles en los cuales juicios como estos pueden llevarse a cabo aplicando la proporcionalidad y la ponderación constitucional, tomando como ejemplo lo que ocurre con el deber de los productores de tabaco alemanes de poner en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que implica fumar. La imposición legal de este deber constituye una intervención relativamente leve en la libertad de trabajo; por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco sería calificada

---

<sup>9</sup> L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 26.

<sup>10</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, Postscript (tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como: “Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, p. 13-64)

<sup>11</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 146.

como una intervención grave. También existen otros casos en los cuales la intensidad de la intervención es media. Un ejemplo es la prohibición de tener máquinas expendedoras de tabaco, o que la venta de tabaco se restringiera a determinados establecimientos. Visto de esta manera, podemos ver que se forma una escala con los grados “leve”, “medio” y “grave”.<sup>12</sup>

La posibilidad de construir la escala de intensidades graduales también se plantea del lado de las razones que juegan en contra del derecho constitucional o fundamental afectado. La razón en la que se fundamenta el deber de poner advertencias en los productos derivados del tabaco, es sin duda la protección de la sociedad frente a los peligros para la salud. El Tribunal Constitucional Federal Alemán no debía de exagerar cuando en su sentencia sobre las advertencias acerca del tabaco, consideró cierto que “de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina actual”, fumar produce cáncer, así como enfermedades cardiovasculares.<sup>13</sup> De ello se desprende que el peso de las razones que justifican la intervención del Estado es importante, fijando así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave.

La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve. Como consecuencia, el deber de poner advertencias en los productos del tabaco no lesiona la libertad de trabajo de los productores de tabaco alemanes, garantizada por el Art. 12.1 Ley Fundamental alemana. Este resultado, al que se llega gracias al examen de proporcionalidad en sentido estricto, no es sólo un resultado visible, si no que manifiesta la reducida intensidad de la intervención y del alto peso de la razón que la justificaba, puede ser catalogado, como lo hace el Tribunal Constitucional Federal alema, como un resultado lógico y “evidente”.<sup>14</sup>

Se puede pensar que este ejemplo no dice mucho ya que se trata de actividades económicas y en ese aspecto es fácil aplicar escalas, porque el desarrollo de esas actividades se fundamenta, principalmente en los costos; por otro lado, se trata de la vida y de la muerte. Si se pudiera comprobar mediante investigaciones empíricas que hasta cierto punto lo que está en juego es un gran peligro para la vida, no sería difícil efectuar una ordenación en dicho ámbito y fundamentarlo en hechos cuantificables; sin embargo, esto no podría extrapolarse a otros

---

<sup>12</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 150.

<sup>13</sup> BVerfGE 95, 173 (184).

N. T. LF se utilizará como abreviatura para referirse a la Ley Fundamental alemana.

<sup>14</sup> BVerfGE 95, 173 (187)

aspectos, en los cuales los factores cuantificables como los costos y las probabilidades no tienen ninguna participación o su participación no sea relevante.

Para aclarar ese punto de vista es necesario mencionar un caso en el que se presenta la clásica colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

La popular revista satírica alemana TITANIC llamó primero “asesino nato” y luego, en una edición posterior, “tullido”, a un oficial alemán de la reserva que era parapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista TITANIC, en razón de una demanda presentada por el oficial de la reserva, a pagar una indemnización de 12.000 Marcos Alemanes y la revista TITANIC interpuso un recurso de amparo, (lo que en el Ecuador conocemos como Acción de Protección).

El Tribunal Constitucional Federal alemán llevó a cabo una “ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto”<sup>15</sup> entre la libertad de expresión de la revista implicada (Art. 5.1. Apartado 1 LF) y el derecho al honor del oficial de la reserva (Art. 2.1 LF en conexión con el Art. 1.1. LF). Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación. La condena al pago de la indemnización fue catalogada como “dura”, es decir, como una intervención grave en la libertad de expresión, a pesar de que no hubiese sido el resultado de una sentencia penal, sino sólo de una de una sentencia civil. Esta apreciación se fundamentó sobre todo en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma manera en que lo venían haciendo hasta el momento.<sup>16</sup> Paralelamente, el apelativo de “asesino nato” fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por la revista TITANIC ya que esa publicación se refería de ordinario a muchas personas de una manera “ostensiblemente poco seria, mediante juegos de palabras que a veces rayaban en la majadería”, tal como ocurre con la expresión nato; lo mismo sucedió con el Presidente Federal alemán de aquél entonces, Richard von Weizsäcker, que fue llamado “ciudadano nato”.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> BVerfGE 86, 1 (11).

<sup>16</sup> BVerfGE 86, 1 (10).

<sup>17</sup> BVerfGE 86, 1 (11)

Este contexto excluye entrever en este apelativo una “vulneración no permitida, grave e ilegítima del derecho al honor”.<sup>18</sup> Como consecuencia, a la afectación del derecho al honor debe serle atribuida en todo caso una intensidad media, e incluso tal vez sólo una intensidad leve. Esto es correlativo a una importancia media y quizás sólo leve de la protección del derecho al honor del oficial de la reserva, protección que se logra por medio de la indemnización.

La primera parte de la Sentencia se determinó de acuerdo a los siguientes rangos. Para que la condena de indemnización, en cuanto intervención grave en el derecho fundamental a la libertad de expresión, estuviera justificada, sería necesario que la afectación del derecho al honor, compensada mediante la indemnización, fuera en todo caso por lo menos una afectación grave. Según la apreciación del Tribunal Constitucional Federal alemán ello no era así. Por lo tanto, la intervención en la libertad de expresión resultaba desproporcionada; esto quería decir que la conducta de haber llamado al oficial de la reserva “asesino nato” no podía sancionarse con una indemnización.

Sin embargo, no adoptó el mismo tono respecto al apelativo de “tullido” ya que ese apelativo vulnera “gravemente el derecho al honor”<sup>19</sup> de este oficial de la reserva que era parapléjico. Esto quiere decir que la importancia de la protección del oficial de la reserva mediante la imposición de una indemnización es grande. Esta apreciación se fundamenta de la siguiente manera: llamar “tullido” a una persona con una minusvalía grave, se entiende hoy en general como “una humillación” y expresa una “falta de respeto”. De este modo, tenemos que frente a la intervención grave en la libertad de expresión se encuentra la elevada importancia que adquiere la protección del derecho al honor. En esta situación, el Tribunal Constitucional Federal alemán llega a la conclusión de que no podía reconocerse en este caso un “error en la ponderación en contra de la libertad de expresión”<sup>20</sup>

Por lo tanto, el recurso de amparo interpuesto por la revista TITANIC fue estimado sólo en cuanto a que se impuso una indemnización por el apelativo de “asesino nato” y respecto al apelativo de “tullido” se consideró carente de fundamento.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> BVerfGE 86, 1 (12)

<sup>19</sup> BVerfGE 86, 1 (13)

<sup>20</sup> BVerfGE 86, 1 (13)

<sup>21</sup> *Ibidem*

Es necesario destacar que apenas caben dudas de que tanto imponer una indemnización, como llamar “tullido” a un minusválido, afectan de una manera intensa los respectivos principios de la libertad de expresión y del derecho al honor, respectivamente. Respecto a la persona minusválida, es posible elaborar una calificación más delicada, según la base de las consideraciones del Tribunal Constitucional Federal alemán, el mismo que consideró atinadamente que llamar “tullido” a un parapléjico, implica una humillación pública y una falta de respeto que en las circunstancias mencionadas afectan enormemente la dignidad del afectado. Entonces, no es simplemente una afectación grave, sino de una afectación muy grave o gravísima y con ello se entra en un ámbito en el que una afectación casi nunca puede justificarse por la contundencia de las razones que se plantean a favor de la intervención.

Por lo tanto, el caso TITANIC no sólo constituye un ejemplo de que es posible operar con las escalas de rangos de intensidad, que pueden relacionarse perfectamente para adoptar una decisión en los ámbitos en los que participan bienes inmateriales como el honor y la libre expresión, sino también un ejemplo de que en los derechos constitucionales, interpretados como principios.

Las sentencias sobre el tabaco y sobre el caso TITANIC muestran que es posible hacer juicios racionales sobre los grados de intensidad y de importancia en que se ven afectados los derechos constitucionales, y que estos juicios pueden ser relacionados entre sí, con el fin de obtener una resolución fundamentada. Desde luego, en estos juicios se toman en consideración medidas de enjuiciamiento que no están contenidas en la propia ley de la ponderación. Así, por ejemplo, en la consideración de que la condena impuesta a la revista TITANIC respecto del pago de una indemnización representa una intervención grave en la libertad de expresión, hay implícitas algunas estimaciones de lo que es peligroso para la libertad de expresión.

Por otro lado, para los juzgadores el apelativo de “tullido” constituye una intervención grave en el derecho al honor, y se implica algunas estimaciones acerca de lo que significa el honor de una persona y sobre lo que significa tener dignidad. Sin embargo, esta circunstancia no significa que la ponderación se aplique “de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> J. Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 332 y 281.

Las estimaciones en las que se fundamentan las resoluciones de los juicios sobre la intensidad de la intervención en el derecho constitucional y sobre el grado de la importancia del derecho contrario no son arbitrarias. Existen razones que las respaldan. Asimismo, no se debe considerar que dichas estimaciones hayan sido adoptadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán “de manera irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado”. Los estándares ciertamente son resultados de los conceptos jurisprudenciales conformados por los precedentes. Sólo se podría hablar de estándares acostumbrados, si el sentido de la decisión fuera únicamente la existencia de una línea de precedentes y no de su propia corrección. Más aún, sólo podría hablarse de una aplicación “irreflexiva”, si esa aplicación no tuviera lugar en el marco de una argumentación, porque los argumentos son los que expresan y hacen que existan las reflexiones.

## **2.7. ANTINOMIAS Y CONFLICTOS CONSTITUCIONALES.**

Existe una antinomia o contradicción cuando dentro de un sistema jurídico se imputan resultados no compatibles a los mismos hechos, es decir, cuando en presencia de un determinado comportamiento encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser seguidas al mismo tiempo. Por ejemplo, una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.; desde la perspectiva del destinatario del Derecho, no puede cumplir al mismo tiempo lo establecido en dos normas contradictorias: si cumple la obligación vulnera una prohibición, si ejerce un derecho o un permiso incurre en un hecho ilícito.

Los criterios generalmente utilizados para resolver las paradojas son bien conocidos: el jerárquico, cuando la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial<sup>23</sup>.

Como podemos ver las dificultades que presentan esos tres criterios son varias, pero se caracterizan por lo que se puede llamar generalidad o vocación de permanencia, de forma que existiendo la paradoja norma 1 y norma 2 siempre habrá de resolverse del mismo modo según cada criterio; si la norma 1 es superior a la norma 2, deberá siempre preferirse la norma 1; si la

---

<sup>23</sup> R. Guastini, “Antinomias y Lagunas” en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 2ªed., 2000, p. 72

norma 2 es posterior, será ésta la que deba imponerse siempre; y lo mismo ocurre con la norma especial respecto de la general, siempre naturalmente que estemos en presencia de un caso con esas características.

Por lo tanto, nos encontramos con reglas de segundo grado que pretenden resolver los conflictos entre normas, eliminando así la indeterminación que supone no saber cuál debe aplicarse en un caso particular. Obviamente, de los tres criterios enunciados, los dos primeros parecen inservibles cuando la paradoja se produce dentro de un mismo documento legislativo, como por ejemplo la Constitución, pues todos sus preceptos son perfectamente coetáneos y gozan del mismo nivel jerárquico. En esos casos, sólo es útil observar el criterio de especialidad, concibiendo la norma especial como una excepción a la disciplina prevista por la norma general.

Pero se debe tener en consideración que en algunos casos se puede operar de esta manera, siempre que se dé el supuesto de hecho contemplado en la norma especial y deberá adoptarse la consecuencia jurídica que ella imponga sobre la prevista en la norma general.

Sin embargo, la especialidad en ocasiones también puede resultar insuficiente para resolver ciertas antinomias o paradojas, concretamente aquéllas donde no es posible establecer una relación de especialidad entre las dos normas; como por ejemplo, cuando las normas carecen de condición de aplicación o porque la condición de aplicación se halle configurada de tal manera que no permita decir cuál de las normas representa una excepción frente a la otra. Imaginemos un sistema normativo en el que rigen simultáneamente estas dos obligaciones: se deben cumplir las promesas y se debe ayudar al prójimo en caso de necesidad.<sup>24</sup>

Ambos preceptos no suponen contradicción alguna ya que la obligación de cumplir las promesas y de ayudar al prójimo en ciertas situaciones, como tantos otros deberes impuestos por el Derecho o por la moral, son perfectamente compatibles; y por eso, ni siquiera es posible decir cuál de las normas resulta más especial o más general. Pero el conflicto es evidente que puede suscitarse en el plano de la práctica; por ejemplo, cuando una persona se compromete a asistir a un evento y en el trayecto presencia un accidente y está en condiciones de auxiliar al herido, se encuentra ante el siguiente dilema: acude al evento, dejando al herido

---

<sup>24</sup> K. Günther en "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", trad. de J.C. Velasco, *Doxa* 17-18, 1995, pp.271 y ss.

sin auxilio, incumpliendo la obligación de ayudar al prójimo, o atiende a la víctima e infringe el deber de cumplir las promesas.

Cabe señalar que no son dos obligaciones con carácter de sucesivas o jerarquizadas, es decir que el sujeto no deja de estar sometido a una desde el momento en que es llamado al cumplimiento de la otra, sino que se trata de dos obligaciones superpuestas, lo que significa que el sujeto está llamado en el mismo momento y lugar a cumplir ambas, lo cual es imposible. Estas son las que podemos llamar paradojas contingentes o en concreto<sup>25</sup>, o paradojas externas o propias del discurso de aplicación<sup>26</sup>, que deben diferenciarse de las paradojas en abstracto, internas o propias del discurso de validez. Se dice que una paradoja o antinomia es interna o en abstracta cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen, de forma tal que, al menos, siempre que se cumpla la aplicación de una de ellas nacerá el conflicto con la otra.

Por ejemplo, una norma que prohíbe el aborto y otra que permite el aborto terapéutico se encuentran en conflicto abstracto, puesto que los abortos terapéuticos con abortos; en consecuencia, una de las normas no es válida o la segunda opera siempre como regla especial, es decir, como excepción constante a la primera.

Podemos constatar la antinomia y adelantar su solución sin necesidad de hallarnos ante un caso concreto.

No parece ocurrir así con las paradojas o antinomias contingentes o externas. Aquí no es posible definir en abstracto la contradicción, ni se puede conocer por adelantado los supuestos o casos de aplicación, ni se cuenta con una regla segura para resolver el problema. En el ejemplo anterior, cumplir las promesas y ayudar al prójimo son dos normas válidas que en principio resultan coherentes; en algunos casos pueden entrar en conflicto, pero no es posible determinar exhaustivamente los hechos que deban presentarse para provocar una colisión, ni tampoco establecer criterios que permitan otorgar el triunfo a una sobre otra. Es más, sólo en un caso concreto podemos advertir la presencia de ambas normas y sólo en ese momento hemos de justificar por qué optamos en favor de una u otra

---

<sup>25</sup> R. Guastini, "Los principios en el Derecho positivo", en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, p.167.

<sup>26</sup> K. Günther, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación", citado, p.281.

Moreso ha observado que este género de paradojas o antinomias aparecen cuando se está en presencia de derechos (y deberes correlativos) incondicionales y derrotables<sup>27</sup>, esto es, de deberes categóricos o cuya observancia no está sometida a la concurrencia de ninguna condición, y que pueden ser derrotados en algunos casos; y, en efecto, así ocurre entre nuestros deberes de cumplir las promesas y ayudar al prójimo nombrados en el ejemplo anterior. Sin embargo, los conflictos constitucionales susceptibles de ponderación no responden a un modelo homogéneo, como tampoco lo hacen los principios<sup>28</sup>.

De un lado, llamamos principios a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con muchos derechos constitucionales; no puede en tales supuestos observarse el criterio de especialidad porque éste requiere que la descripción de la condición de aplicación aparezca explícita.<sup>29</sup>

Por otra parte, son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan, no por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular forma del deber que incorporan, la misma que consiste en seguir cierta conducta finalista que puede ser realizada gradualmente. Aquí la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del derecho que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros derechos en pugna.

Se dice que existe discriminación cuando “la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”<sup>30</sup>; es decir que para que exista la violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual no tenga una justificación objetiva y razonable. Es necesario subrayar que la exigencia de justificación del tratamiento equitativo en el área legal no sólo aporta una razón lícita que puede ser usada por el legislador, sino que debe ser razonable ya que no es suficiente con que el fin sea constitucionalmente lícito, sino que deben ser razonables y proporcionados. Entonces nace la duda: “¿Cuál es la fuente de lo razonable?”

---

<sup>27</sup> J.J. Moreso, “Conflitti tra principi costituzionali”, en *Ragion Pratica*, n°18, 2002, p.212.

<sup>28</sup> L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp.47 y ss.

<sup>29</sup> R. Guastini, “Los principios en el Derecho positivo”, pg. 168 y s.

<sup>30</sup> A. Ruiz Miguel, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, n°19, 1996, pp.39 y ss

La Constitución de la República del Ecuador garantiza y proclama el derecho a la igualdad (artículo 66, numeral 4), pero obviamente no establece cuándo un determinado hecho puede o debe ser tomado en consideración para operar una diferenciación normativa; esto es algo que primero la hace el legislador y luego el Juez o Tribunal Constitucional, pero no con base en la Constitución, ya que no dice nada de forma concluyente, sino a partir de su propio razonamiento acerca de lo que merece ser tratado de manera igual o desigual.

*“No es en la Constitución, sino fuera de ella, en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o ilicitud de las diferencias establecidas por el legislador y sólo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador... lo que significa sin duda una politización de la justicia”<sup>31</sup>*; en otras palabras, en la aplicación de la igualdad no puede haber subsunción o rendición de un hecho fáctico en un supuesto de hecho o condición de aplicación, pues no existe una premisa mayor constitucionalmente hablando. La apelación a la razonabilidad en qué consiste el juicio de igualdad nos conlleva a un esfuerzo de justificación racional de la decisión y encierra un conflicto entre principios constitucionales, pues actúa siempre a partir de igualdades y desigualdades de hechos parciales que postulan tratamientos contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, ya que todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, ya que siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no existen dos situaciones idénticas. Luego si hay razones en favor y razones en contra será preciso ponderarlas o sopesarlas y ver cuál de ellas resulta proporcionalmente más fuerte.

A su vez, los principios entendidos como mandatos de optimización encuentran numerosos ejemplos en la parte más programática de la Constitución, aquella que recoge los llamados derechos sociales o “principios rectores de la política social y económica”. Independientemente de de cuál sea el nombre que se les otorgue, estos derechos suelen traducirse en mandatos dirigidos a los poderes públicos a fin de que observen conductas determinadas, como realizar una política orientada al pleno empleo, mantener un régimen de Seguridad Social, promover las condiciones que permitan el acceso a una vida digna, realizar

---

<sup>31</sup> F. Rubio, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”(1991), en *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp.658 y ss.

políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los minusválidos o de aquellos que sufren enfermedades catastróficas. Pues es necesario reflexionar sobre, ¿Cuándo y hasta qué grado son exigibles tales conductas?. Obviamente son exigibles en el grado que los legisladores le otorguen al momento de crear las normas, pero eso equivale a negar fuerza normativa a la Constitución, si no queremos seguir ese camino nos encontramos con el obstáculo de que la Constitución no proporciona orientación alguna para decidir por debajo de qué umbral de satisfacción se deben considerar vulnerados dichos mandatos constitucionales.

Alexy ha intentado resolver el problema con la argumentación de que la idea fundamental es que, *desde* la Constitución, debe renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles, justamente porque ella no nos indica un mínimo de cumplimiento de dichos derechos; las exigencias que se acaban de enumerar entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, principalmente con las prerrogativas de regulación que han de reconocerse al legislador y con los requerimientos de otros derechos o mandatos realizados por terceros, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones con tendencias contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida. Es decir que, el cumplimiento de un derecho estará definitivamente garantizado cuando el valor que está detrás de los derechos sociales, la libertad real o efectiva, exija con urgencia la satisfacción de esa necesidad y, a su vez, los principios o derechos en pugna (el principio democrático en favor del legislador, las libertades de terceros, etc.) se vean afectados de modo reducido.<sup>32</sup>

En definitiva, estos conflictos o antinomias se caracterizan por:

- No existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas, de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, como ocurre con la igualdad o con los derechos fundamentales; porque, aun siendo posible reconocer las condiciones de aplicación, se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, siendo así que la determinación de lo exigible depende de la concurrencia de otros principios o mandatos;

---

<sup>32</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.495.

- Dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de los mismos, la paradoja o antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra;
- En consecuencia, cuando en la práctica se produce una de estas contradicciones la solución puede consistir en el triunfo de una de las normas, o en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo.

De este modo, en un sistema normativo pueden convivir la libertad de expresión y el derecho al honor, el derecho de propiedad y a la utilidad social, el derecho al trabajo y la importancia del medio ambiente, la libertad de manifestación y la protección del orden público, el derecho a la tutela judicial y la seguridad jurídica o el principio de celeridad y buena administración de justicia. Y así, varios derechos que se encuentran en conflicto contantemente.

No cabe decir que entre todas estas previsiones exista una paradoja o antinomia en el plano abstracto; pero es también claro que en algunos casos puede entablarse un conflicto que no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco a través de un criterio de especialidad que conciba a una como excepción frente a la otra. De acuerdo con la conocida clasificación de Ross Guastini se ha propuesto concebir estas antinomias contingentes o aptas para la ponderación como antinomias del tipo parcial/parcial.<sup>33</sup> Ello significa que los ámbitos de validez de las normas son parcialmente coincidentes, de manera que en ciertos casos de aplicación entrarán en contradicción, pero no en todos, pues ambos conceptos gozan de un ámbito de validez suplementario donde la contradicción no se produce.

Entre los derechos constitucionales garantizados en Montecristi en el 2008, es obvio que no existe una relación de jerarquía o cronológica, ya que se nombran iguales y entraron en vigencia al mismo tiempo y tampoco existe carácter de especialidad, debido a que carecemos de una tipificación de los supuestos de hecho que permita discernir cuándo procede otorgar preferencia a uno u otro. Y, sin embargo, el conflicto resulta irremediable, pues siempre que

---

<sup>33</sup> R. Guastini, "Los principios en el Derecho positivo", citado, p. 169. De A. Ross vid. *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 125.

deseemos construir igualdades de hechos tendremos que aceptar desigualdades de derechos; pero ese conflicto hemos de resolverlo en el discurso de aplicación o ante el caso concreto<sup>34</sup>.

Estos conflictos no son poco frecuentes en el Derecho y tampoco constituyen una novedad propia del régimen constitucional<sup>35</sup>, pero han cobrado una particular relevancia en el marco de aplicación de los documentos constitucionales dotados de contenido sustantivo, de una densidad material y de una fuerza jurídica desconocidas en el viejo constitucionalismo<sup>36</sup>. Las normas materiales de la Constitución, que influyen sobre el conjunto del sistema, se encuentran de modo simultáneo y en ocasiones conflictivo sobre casos concretos, sin que exista entre esas normas un orden de prelación o una especificación de los supuestos de prioridad. Para establecer esa prioridad no hay una voluntad constituyente que pueda ser tratada como intención del legislador. Lo que hay son “principios universales, uno junto a otro según las pretensiones de cada parte, pero faltando la regulación de su compatibilidad, la solución de las ‘colisiones’ y la fijación de los puntos de equilibrio”<sup>37</sup>. Así, la libertad de expresión y el derecho al honor están recogidos en normas válidas y coherentes en el plano abstracto, pero es obvio que en algunos casos entran en conflicto; concretamente, en aquellos casos en que, ejerciendo la libertad de expresión, se lesiona el derecho al honor.

Si otorgamos preferencia a la libertad de expresión la conducta del sujeto se verá amparada por el régimen de derechos fundamentales; si nos inclinamos por el honor, que recoge también un derecho fundamental pero en favor de otro sujeto, habremos de imponer la pena prevista para el delito de injurias o calumnias o, en su caso, el resarcimiento merecido según la ley civil.

Cabe mencionar que algunas paradojas o antinomias, aquellas en las que son valederos los criterios tradicionales, sólo pueden resolverse de alguna de estas dos formas:

- a) Una de las normas en conflicto no es válida o no está vigente por entrar en contradicción con otra norma superior o posterior; o

---

<sup>34</sup> L. Prieto Sanchís, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades*, nº8, 2000, pp. 429 y ss.

<sup>35</sup> J.M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, M. Pons, Madrid, 2000, pp.31 y ss. y 42 y ss.

<sup>36</sup> L. Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº5, 2001, pp.201 y ss.

<sup>37</sup> G. Zagrebelsky, “Storia e costituzione”, en *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro y J. Luther, Einaudi, Torino, 1996, p.76.

- b) Una de las normas actúa como excepción a la otra, precisamente en virtud del principio de especialidad.

Suele decirse que estas son las modalidades de antinomia que adoptan las reglas, que justamente se distinguirían de los principios por la forma de entrar en contradicción, y de resolverla. Los principios, se caracterizarían porque no son excluyentes entre sí mismos en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas<sup>38</sup>; sus posibles contradicciones no terminan en la declaratoria de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción en favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario. Por eso, desde esa perspectiva, resulta impropio decir que algunas normas son principios y que, por ello, sus conflictos se resuelven de una manera determinada. Es más apropiado manifestar que ciertos conflictos normativos han de resolverse del modo antes indicado y que entonces las normas reciben el nombre de principios.

Es interesante ver como esta situación de los principios es la que adoptan los derechos fundamentales, no de un modo estructural, sino cuando en su aplicación entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, o cuando son objeto de limitación por el legislador. Lo cual significa que entre el derecho y su límite constitucional se presenta un verdadero conflicto, de manera que sus respectivos supuestos de hecho presentan un ámbito de validez parcialmente coincidente, es decir, que una misma conducta o situación fáctica presenta propiedades anexables a ambos principios, al derecho y a su límite; por ejemplo, que un determinado comportamiento es en cierto sentido ejercicio de la libertad religiosa, pero que es también, en otro sentido, infracción de la cláusula limitativa del orden público. Y aceptar asimismo que dicho conflicto no puede resolverse mediante un criterio de la especialidad del derecho.

---

<sup>38</sup> F. Laporta, , "Is 'counter-majoritarian difficulty' so difficult?" (inédito), p.16 del texto mecanografiado.

## **2.8. EL JUICIO DE PONDERACIÓN EN LA PRAXIS**

Como se ha dicho, el modo de resolver los conflictos entre principios constitucionales es la ponderación, aunque también se la llama razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad, pero de todas los nombres que pueda recibir el verbo ponderar y el sustantivo ponderación, el calificativo que mejor se ajusta a su uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar y sopesa imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, es decir, normas que nos suministran diferentes justificaciones a la hora de adoptar una decisión y emitir una resolución. Obviamente, el resultado de la ponderación no va a ser necesariamente el equilibrio entre esos intereses, razones o normas jurídicas; en ocasiones ese equilibrio implica un sacrificio parcial y compartido y se muestra imposible, entonces la ponderación resulta en el triunfo de alguno de ellos para un caso concreto. Por otro lado, donde sí debe existir equilibrio es en el plano abstracto o de la validez de los principios ya que deben ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar y sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de mayor valor. Ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones y justificaciones conflictivas con igual valor.

Además, los supuestos expuestos en este trabajo se caracterizan por la existencia de un conflicto constitucional que, por las razones ya mencionadas, no es posible resolver mediante el criterio de especialidad; entonces nos hallamos en presencia de razones de sentido contradictorio y el intérprete (Juez) no puede prescindir de la consideración de ninguna de ellas, ya que son garantías constitucionales, y mucho menos afirmar que alguna o algunas han de ceder siempre en presencia de otra u otras, pues ello implica establecer una relación de regla y excepción que no está en la Constitución. Lo único que se puede hacer es formular un enunciado de preferencia condicionada, es decir establecer una “jerarquía móvil” o “axiológica”<sup>39</sup>, y afirmar que en cada caso individual concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que esto implique que en otro no pueda o no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un mecanismo para la fundamentación de este enunciado de preferencia referido al caso individual concreto; una herramienta de ayuda para resolver conflictos entre principios constitucionales del mismo valor o jerarquía, cuya regla

---

<sup>39</sup> R. Guastini, “Los principios en el Derecho positivo”, citado, p. 170.

constitutiva puede formularse de la siguiente manera: “cuanto mayor sea el grado de la NO satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor TIENE que ser la importancia de la satisfacción de otro”<sup>40</sup>. En palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán, “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca”<sup>41</sup>.

Se dice que la ponderación de Alexy es una fórmula hueca, que no colabora con el acto mismo de pesar o de comprobar el juego relativo de dos principios constitucionales, mostrándose incapaz de explicar por qué efectivamente un principio pesa más que otro<sup>42</sup>. Sin embargo, si lo que se espera es que esa fórmula resuelva el conflicto mediante la asignación de un peso propio o independiente a cada principio, la ponderación resultaría decepcionante; la “cantidad” de lesión o de frustración de un principio (su peso constitucional) no es una magnitud independiente, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento del principio en pugna, y viceversa; ya que el peso constitucional del principio cumplido está en función del grado de lesión de su opuesto. Pero esto no significa que sea una fórmula hueca, sino que no es una fórmula milagrosa e infalible, al modo como se pretende que sean los criterios tradicionales de resolución de antinomias. Es más bien un camino para solucionar estos conflictos, un camino que no sería necesario seguir si existieran normas de segundo grado que indiquen el peso de cada razón y, consecuentemente, la forma de resolver cada conflicto.

Lamentablemente, no se trata de un criterio como el jerárquico o el cronológico, que tan sólo reclaman comprobar el rango formal o la fecha de promulgación de las normas y se tiene la solución. La ponderación busca principalmente estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y de efectos recíprocos, de manera que, el perfil o delimitación de los derechos no se de en abstracto y de modo definitivo por las fórmulas habituales (orden público, derecho ajeno, etc.), sino que se produce en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna. Precisamente, la necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución todos los principios constitucionales carecen de un peso autónomo y

---

<sup>40</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 161.

<sup>41</sup> STC 320/1994.

<sup>42</sup> P. de Lora, “Tras el rastro de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº60, 2000, p. 363

diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás.<sup>43</sup> Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso individual concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todos los casos en los que se encuentran principios en conflicto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo (tomando como ejemplo lo señalado anteriormente), o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto suscitado en un momento específico y esto no excluye una solución diferente en otro caso; si no que se trata, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los principios en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que en cada caso de conflicto sea preciso reconocer la primacía de uno u otro. El resultado eficiente de un ejercicio de ponderación no debe ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso individual concreto, sino la armonización de ambos, es decir, la búsqueda de una solución intermedia que en pleno derecho no de satisfacción plena a ninguno, sino que procure la más liviana lesión de ambos<sup>44</sup>. En el lenguaje común ese es el significado más preciso de ponderación; se dice que alguien observa una conducta ponderada cuando rehúsa abrazar por completo alguna idea por algún motivo y prefiere armonizar ideas diferentes, seleccionando para el caso lo mejor de cada una de ellas. Ciertamente, en Derecho una solución conciliadora no siempre es viable, pero representa el camino más adecuado, sobre todo en los conflictos de carácter civil que pueden desembocar en una indemnización o en otras medidas susceptibles de graduación. Este es el llamado principio de concordancia práctica, que en ocasiones parece sugerido por el Tribunal Constitucional Federal alemán: “el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, *tratando de armonizarlos si ello es posible* o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”.<sup>45</sup> Por ello se dice que la ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían objeto de subsunción en las cuales, una vez que se comprueba el supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios, por otro lado, serían objeto de ponderación cuando esa solución sea construida

---

<sup>43</sup> A. Ollero, “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, en *Pensamiento y Cultura*, nº3, Bogotá, 2000, pp.157 y ss.

<sup>44</sup> J.J. Moreso, “El encaje de las piezas del Derecho” (primera parte), en *Isonomía*, nº14, 2001, p.252

<sup>45</sup> STC 53/1985/J. M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, citado, p. 28

a partir de una pugna de razones. Sin embargo, no es adecuado decir que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, es como decir que el juez tiene que optar entre un camino u otro.<sup>46</sup>

En la aplicación del Derecho operan fases distintas; si no existe un problema de principios o derechos constitucionales, el Juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que sea necesaria ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y es necesario ponderar, no por eso queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en verificar que en el caso examinado son relevantes o aplicables dos principios en pugna o conflicto. Dicho en otras palabras, antes de ponderar es necesario “subsumir” para constatar que el caso se encuentra incluido en el campo de aplicación de los dos principios. Por ejemplo, para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite excesivo o no justificado al ejercicio de un derecho, antes es preciso que se sepa si el caso enjuiciado puede ser subsumido, no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental.<sup>47</sup> Es distinto cuando las normas llamadas a la ponderación carecen o presentan de forma fragmentaria el supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción valorativa, a fin de ver si es aplicable la misma o no; no es obvio, por ejemplo, que dejarse crecer la barba constituye un ejercicio de la libertad religiosa –que de hecho lo constituye–, pero es necesario “subsumir” tal conducta en el tipo de la libertad religiosa o de culto para luego ponderar ésta con los principios que fundamentan su posible limitación. Pero si antes de ponderar es preciso subsumir de alguna manera, aunque sea en el sentido débil que acaba de indicarse, esto no significa mostrar que el caso individual que se menciona forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en conflicto, después de ponderar aparece de nuevo, y con mayor fuerza, la exigencia de subsunción. Y ello es así porque la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se puede eliminar o postergar uno de los principios para ceder el paso a otro que, una vez superado el conflicto, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción. La ponderación debe indicar que en las condiciones X,Y,Z el principio 1 (por ejemplo, la libertad de religión) debe triunfar sobre el 2 (por ejemplo, la tutela del orden público); entonces se deduce que quien se encuentra en las condiciones X,Y,Z no puede ser inquietado en sus prácticas religiosas

---

<sup>46</sup> A. García Figueroa *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p.199.

<sup>47</sup> STC 136/1999

mediante la invocación de la cláusula del orden público; así la ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un caso determinado y la construcción de una regla para regular *en definitiva* ese caso; regla que, por cierto, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados.<sup>48</sup> Por ese motivo, decir que la ponderación opera según casos concretos no debe significar que suministre respuestas irrepetibles para casos también singulares, sino que ofrece respuestas para casos genéricos y con vocación de permanencia y universalización.

La ponderación no elimina la subsunción, sino que ayuda a construir la regla o premisa mayor que la hace posible.<sup>49</sup> Y su carácter de ser un juicio a la luz de las circunstancias del caso individual concreto, la ponderación constituye una tarea principalmente judicial. No significa que un legislador no puede ponderar. Al contrario, serían deseables leyes ponderadas que conjuguen del mejor modo posible todos los principios constitucionales; y, en sentido amplio, la ley irremediamente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro, es decir, cuando contribuye a “cerrar” lo que está “abierto” en el plano constitucional. Lo que no puede hacer el legislador es eliminar el conflicto de principios mediante una norma general, diciendo que unos principios siempre estarán por encima de otros, ya que eliminar la colisión con ese carácter de generalidad requiere postergar en abstracto un principio en beneficio de otro y, consecuentemente, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que significaría asumir un poder constituyente.

Por más ponderación a la que sea sometida una ley, debe dejar siempre abierta la posibilidad de que el principio que la fundamenta (por ejemplo, la protección de la seguridad ciudadana) pueda ser ponderado con otros principios (por ejemplo, libertad de manifestación). Por lo tanto la Ley, representa una forma de ponderación en el sentido antes indicado, aunque al mismo tiempo puede ser objeto de ponderación en el curso de un enjuiciamiento abstracto por parte del Tribunal Constitucional. Sin embargo, su virtualidad más apreciable quizá no se encuentre en el enjuiciamiento abstracto de leyes, sino en los casos concretos donde se enjuician comportamientos de los particulares o de los poderes públicos. Lo que ocurre es que la ponderación resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde participan

---

<sup>48</sup> Vid. J. M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, citado, pp. 150 y ss.

<sup>49</sup> J.C. Bayón, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, 24, 2001, p.58.

principios con tendencias contradictorias que en abstracto pueden convivir sin dificultad, como pueden convivir las leyes que constituyen una especificación o concreción de esos principios. Es de esta manera que cuando un juez considera que, aunque una determinada conducta lesiona a primera vista el derecho al honor de otra persona y pese a resultar de aplicación el tipo penal o la norma civil correspondiente, debe primar el principio de la libertad de expresión, lo que hace es prescindir temporalmente de la ley protectora del honor, o moderar su alcance, pero en ningún momento pretende cuestionar su constitucionalidad, y hace bien, porque la ley defensora del honor no es inconstitucional, sino que debe ser interpretada de una manera tal que la fuerza del principio que la sustenta (el derecho al honor) resulte compatible con la fuerza del principio en pugna, lo que obliga a reformular los límites del hecho ilícito según las exigencias de la libertad de expresión.

Una cuestión diferente sería si una ley ya constitucional, confirmada por el Tribunal Constitucional o de cuya constitucionalidad no se duda, pudiera sustituir o hacer innecesaria la ponderación judicial, realizando “por adelantado” y en el plano abstracto lo que de otro modo habría de verificarse en el juicio de ponderación. La ley, puede establecer que en la circunstancia X debe triunfar un principio sobre otro, cerrando así el supuesto de hecho o, si se prefiere, convirtiendo en condicional lo que antes era una obligación incondicional o categórica, en ese caso se podría decir que la ponderación ya ha sido realizada por el legislador, de modo que al juez no le queda más alternativa que subsumir el caso dentro del precepto legal, sin deliberación.

Lo que pretende el juicio de ponderación es hacer explícita una de las excepciones implícitas que caracterizan a los principios como normas abiertas, y esto es algo que también puede hacer y de hecho hacen las leyes, pero esto es posible siempre y cuando no concurren otras circunstancias relevantes que no hayan sido tomadas en consideración por el legislador y que, sin embargo, permitan al principio postergado o a otros recobrar su virtualidad en el caso individual concreto. Por ejemplo, en la Constitución se manifiesta que el principio de protección del orden público constituye un límite y, por tanto, entra en colisión con el principio de la libre manifestación ciudadana obstruyendo la vía pública o las carreteras. Este es un caso claro de conflicto entre dos principios incondicionales, haciendo necesaria la ponderación.

Si no existen dudas respecto de la constitucionalidad de un precepto legal, puede interpretarse el mismo como el resultado de una ponderación legislativa ya que la ley ha cerrado una de las condiciones de la cláusula del orden público, determinando o presumiendo que manifestarse en la vía pública o en carreteras obstruyendo el paso representa un exceso o abuso en el ejercicio del derecho. Pero esto no elimina la posibilidad de la ponderación judicial ya que el juez no debe ponderar si en el caso concreto enjuiciado el sacrificio de la libertad de manifestación es proporcional o no, pues eso ya lo ha hecho el legislador. Pero, no se debe excluir la concurrencia de otras circunstancias relevantes, no tomadas en consideración por la ley, que pueden reactivar la fuerza del principio derrotado o hacer entrar en el escenario a otros principio conexos. Es decir que modificando un poco el ejemplo, si en el curso de una rebelión o golpe de Estado que amenace a las instituciones democráticas, los ciudadanos se manifiestan obstruyendo las vías o carreteras a fin de mostrar su apoyo al gobierno, no se podría decir que es una aplicación de tipo penal, obviamente sabemos que no lo es, pero legalmente podemos justificarlo a través de la ponderación a través de una buena argumentación, porque ya no incluye solo al derecho de libre manifestación, sino a otros, como el derecho de vivir en un Estado Social de Derecho, la defensa de la soberanía ecuatoriana, entre otros.

Así se demuestra que la ponderación del legislador desplaza a la del juez, pero sin que pueda cancelarse definitivamente la ponderación judicial en abstracto y eso sólo puede resolverse en concreto.

La interrogante de si ley puede ser objeto de ponderación por parte del Tribunal Constitucional, y la de si la ley puede ponderar por sí misma, postergando o haciendo innecesaria la ponderación judicial son problemas íntimamente conectados y cuya respuesta resulta en cierto modo paralela; y esa respuesta tiene que ver con el nivel o grado de concreción del supuesto de hecho o condición de aplicación descrito en la Constitución.

Cuanto más se parece un precepto legal al principio que lo fundamental, menor será la acumulación de su condición de aplicación, y por ende, más difícil será realizar un juicio de ponderación por parte del Tribunal Constitucional, pero también será la virtualidad de dicho precepto con el fin de evitar la ponderación judicial; por ejemplo, las injurias y las normas de protección del derecho al honor: ambas son “ponderaciones” legales que difícilmente podrían considerarse injustificadas en un juicio de ponderación abstracta, pero que al mismo tiempo

no impiden una ponderación judicial en el caso concreto que puede resultar de la postergación en favor de la libertad de expresión o información. Por otro lado, a mayor acumulación de la condición de aplicación, es decir, a mayor separación de la estructura principal, más fácil resulta que el Tribunal Constitucional pondere la solución legal, pero a cambio, el peso que tiene ésta es mayor al momento de evitar la ponderación judicial; en el ejemplo anterior: la norma que prohíbe manifestarse en las vías públicas es perfectamente controlable por el Tribunal Constitucional mediante un juicio de ponderación, pero, si supera cualquier sospecha de inconstitucionalidad, convierte en prácticamente innecesaria la posterior ponderación judicial.

Entre mayor es el número y detalle de las propiedades fácticas que conforman la condición de aplicación de una ley, más factible resulta la ponderación del Tribunal Constitucional en un juicio abstracto y más inviable la de la justicia ordinaria en un juicio concreto, ya que la ponderación ha sido objeto de una elaboración jurisprudencial y doctrinal bastante cuidadosa.<sup>50</sup>

España es uno de los países donde el Tribunal Constitucional ha hecho uso del juicio de la ponderación desde hace ya varios años, pero no fue hasta la sentencia 66/1995 que fijó con nitidez las concretas exigencias o pasos que comprende<sup>51</sup> y que pueden resumirse en cuatro:

En primer lugar se requiere que la medida enjuiciada tenga un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en el espacio de otro principio o derecho constitucional, ya que si no existe ese fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar debido a que faltaría uno de los elementos de la comparación. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional Federal alemán: resulta imposible ensayar cualquier ponderación “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también socialmente irrelevantes”.<sup>52</sup> Con lo antes mencionado, es necesario establecer si el fin perseguido con la norma o actuación enjuiciada debe coincidir precisamente con un principio o valor constitucional o si es suficiente con cualquiera que no esté proscrito. En línea de principio, se

---

<sup>50</sup> J.C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994

<sup>51</sup> I. Perelló, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, nº28, 1997, pp.69 y ss.

<sup>52</sup> STC 55/1996.

podría decir que la ponderación se establece entre normas del mismo nivel jerárquico, es decir, entre fines con igual respaldo constitucional, pero en la práctica puede existir una deferencia hacia el legislador, una especie de respeto hacia su autonomía política que constituye por sí misma un valor constitucional, de manera que se aceptan como fines legítimos todos aquellos que no estén prohibidos por la Constitución o resulten abiertamente incoherentes con su marco axiológico.<sup>53</sup> El legislador posee una facultad de regulación general y puede proponerse cualquier fin que no sea inconstitucional.

En segundo lugar, la ponderación requiere acreditar la adecuación de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; es decir que la actuación que vulnere un principio o derecho constitucional debe mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Si dicha actuación no es adecuada para la realización de lo establecido en una norma constitucional, significa que resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión; y entonces, dado el caso de que sí afecte a la realización de otra norma constitucional se debe excluir la legitimidad de la intervención<sup>54</sup>. Este requisito es una extensión del anterior ya que si la intromisión en el campo de un principio constitucional no persigue ninguna finalidad o si se demuestra que es del todo ineficaz para alcanzarla, esto es una razón para considerarla no justificada. Pero también aquí se abren algunas interrogantes;<sup>55</sup> como por ejemplo, si el juicio debe tomar en consideración el momento en que se dictó la norma o debe proyectarse sobre el momento posterior en que se enjuicia; si el Tribunal Constitucional puede verificar un juicio técnico, tomando en consideración las consecuencias económicas o sociales de la medida discutida, o si debe conformarse con un genérico control de razonabilidad que dé por validado el juicio técnico realizado por los poderes públicos en tanto no resulte manifiestamente absurdo o infundado ya que al parecer, en relación con las leyes, su falta de efectividad no resulta justiciable.<sup>56</sup>

Dado el carácter mayormente técnico y empírico del juicio de ponderación, es necesario mantener un criterio respetuoso con el legislador, no se trata de imponer en vía jurisdiccional las medidas más idóneas y eficaces para alcanzar un fin propuesto, sino tan sólo de excluir aquellas que puedan acreditarse como ineficaces.

---

<sup>53</sup> STC 120/1983 invocó la "buena fe" del artículo 7 del Código civil, la 62/1982

<sup>54</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p.114 y s.

<sup>55</sup> J. Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, pp.337 y ss.

<sup>56</sup> STC 48/1995.

Y en tercer lugar la intervención que afecte a un principio o derecho constitucional debe ser necesaria; esto es, que debe acreditarse que no existe otra medida que en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva. Esto significa que si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger la o las que menos perjuicios causen desde la óptica del otro principio o derecho en conflicto.<sup>57</sup> No cabe duda de que el juicio de ponderación requiere de una argumentación prospectiva de parte de los jueces que se difícilmente encaja con el perfil de los jueces de nuestro sistema, pues no basta con constatar que la medida enjuiciada significa un sacrificio en busca de la consecución de un fin legítimo, sino que invita a suponer o pronosticar si ese mismo resultado podría obtenerse con una medida menos lesiva para el principio constitucional afectado.

Finalmente, la ponderación se completa con el juicio de proporcionalidad el cual junta todas las exigencias anteriores y encierra la razón misma de la ponderación, aplicable tanto a las interferencias públicas como a las conductas de los particulares. En otras palabras, consiste en acreditar que existe un 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 dicha medida o conducta produzcan para el ejercicio de otro derecho o para la satisfacción de otro bien o principio constitucional; ya que 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 el ámbito de un principio o derecho, mayor o más urgente debe ser la necesidad de realizar el principio en conflicto. A diferencia de los pasos anteriores, el juicio de proporcionalidad se trata más bien un juicio normativo o jurídico, debido a que no solo se trata de indagar si la medida es idónea o si existe otra menos lesiva, sino que valora el grado de afectación o lesión de un principio constitucional, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, como resultado de todo ello, busca valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión. En resumen se trata de determinar el peso constitucional definitivo que en el caso individual concreto tienen ambos principios; un peso definitivo que no coincide necesariamente con su peso abstracto, aun cuando se sepa que ese peso es diferente en cada principio, sino que se obtiene de esa valoración conjunta y relativa entre la satisfacción y el sacrificio de los principios.

---

<sup>57</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p.112 y s.

## **2.9. LA RACIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN**

Cada día se acepta más la idea de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas tienen dos formas diferentes de aplicación: la subsunción y la ponderación.<sup>58</sup> Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican por medio de la ponderación. Por ese motivo, la ponderación se ha transformado en un criterio metodológico esencial para la aplicación jurídica, especialmente para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.

El concepto de ponderación ha sido centro de varios puntos de discusiones teóricas y prácticas. Uno de los puntos más debatidos es si la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero escape retórico para justificar toda clase de decisiones judiciales. Esto es una interrogante filosófica jurídica que causa efecto sobre un segundo problema, desde el punto de vista del derecho constitucional, ese problema es sobre la legitimidad del juez, y en especial del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación.

Varios son los autores que manifiesta que la ponderación no es más que un juicio arbitrario y salomónico<sup>59</sup> y que, consecuentemente, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional gozan de suficiente legitimidad constitucional necesaria para la aplicación de principios mediante este procedimiento, ya que al hacerlo restringen, e incluso usurpan, las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes el Estado.<sup>60</sup>

Es necesario analizar si la ponderación puede concebirse como un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas. Para tal fin, es necesario saber principalmente, porqué se pone en tela de duda la racionalidad de la ponderación ya que de acuerdo a los críticos de la ponderación, esta es irracional por varias razones, siendo las más nombradas las que se refieren a la indeterminación de la ponderación, o a la limitación a la que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados. En segundo lugar, debe

---

<sup>58</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Ernesto Garzon Valdez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 81 s.

<sup>59</sup> Jürgen Habermas, *"Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso"* (traducción de Manuel Jimenez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, 327 s.

<sup>60</sup> Charles Fried, "Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Courts Balancing Test", *Harvard Law Review*, num. 76, 1963, p. 759 s.

determinarse hasta qué punto puede ser racional la ponderación y como puede ser esto posible y finalmente, debe examinarse si la fórmula del peso de Alexy, puede ser considerada como un modelo para solucionar los problemas filosóficos y constitucionales relativos a la racionalidad de la ponderación.

## **2.9.1. OBJECIONES DE LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN**

### **2.9.1.1. Indeterminación**

Como primera objeción se señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder<sup>61</sup> que carece de concepto claro y estructura jurídica precisa. Esta objeción sostiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios.<sup>62</sup>

Desde este punto de vista, la ponderación sería simplemente una estructura formal y vacía, que se basa únicamente en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez, y estas constituirían la balanza con la que se pondera.<sup>63</sup> Como consecuencia de esto, se entendería que la ponderación no podría ofrecer una única respuesta correcta para los casos concretos en los que se aplica.

### **2.9.1.2. Las Limitaciones De La Ponderación**

Esta objeción sostiene que la ponderación es irracional debido a que la misma implica la comparación de dos magnitudes con diferencias radicales, las mismas que no son comparables.<sup>64</sup> La limitación aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos que permita determinar el peso que les corresponda en cada caso concreto, es decir, que en el ámbito de

---

<sup>61</sup> Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 171.

<sup>62</sup> Kent Greenwalt, "Objectivity en Legal Reasoning", en: *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1992, p. 205.

<sup>63</sup> Juan A. García Amado, ".Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios", *Archivo de Filosofía del Derecho*, Tomos XIII – XIV, 1996 – 1997, p. 71.

<sup>64</sup> Lawrence Tribe, "Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency", *Harvard Law Review*, num. 98, 1985, p. 595

los principios no existe una “unidad de medida” que posibilite la ponderación entre los principios que en cada caso concreto entran en colisión.<sup>65</sup>

### **2.9.1.3. Imposibilidad De Predecir Los Resultados De La Ponderación**

Esta crítica mantiene que la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados, ya que todos los resultados de la ponderación son particulares y dependen de las circunstancias de cada caso concreto y no de criterios generales. Por lo tanto, las decisiones judiciales que resultan de la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc*<sup>66</sup>, que tiende a magnificar la justicia del caso concreto mientras, al mismo tiempo, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho.

Entre estas tres objeciones existe un factor común; la imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se podría atribuir a su falta de precisión conceptual y el factor que determinaría esta falta de precisión conceptual es la inexistencia de una medida común que permita determinar el peso de los principios relevantes en cada caso individual concreto.

## **2.9.2. RACIONALIDAD O HIPERRACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN**

### **2.9.2.1. Límites De La Racionalidad De La Ponderación**

Algunas de las críticas a la ponderación son hiperracionales, y por tanto, irracionales. Esto se da cuando no se reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites.<sup>67</sup> Se puede decir que la ponderación tiene carácter formal y que, por lo tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez, pero esto no quiere decir que la ponderación sea irracional ni que esté basada únicamente en las apreciaciones subjetivas del juez.

Es evidente que la ponderación no garantiza una objetividad infalible y esto se debe al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse,<sup>68</sup> en ningún ámbito normativo y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan

---

<sup>65</sup> Thomas Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law en the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, num. 96, 1987, p. 973.

<sup>66</sup> J. Moreso, Conflictos entre principios constitucionales, in: Miguel Carbonell, ed, Neoconstitucionalismo(s), Madrid, 2003

<sup>67</sup> John Elster, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión* (traducción de Carlos Gardini), Gedisa, Barcelona, 1999, p. 11 s.

<sup>68</sup> Hans Kelsen “ilusión de la certeza jurídica”, expuesto en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (traducción de Moises Nilve), Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 134 s.

estrechamente vinculado con las ideologías.<sup>69</sup> La objetividad perfecta solo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, en el cual las disposiciones determinarían literalmente el contenido de los principios constitucionales. En ese tipo de sistema, la Constitución establecería explícitamente normas individuales que determinarían con exactitud que está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, consecuentemente, atribuiría a cada decisión judicial una justificación objetiva.<sup>70</sup>

Un sistema jurídico de estas características no es posible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente a esas disposiciones, pues se establecen para legislar en un futuro incierto y con circunstancias indeterminadas, por lo que esas disposiciones han sido expedidas en situaciones en que existen limitaciones de tiempo, de información y de acuerdo entre los Constituyentes o los miembros del Parlamento. En la práctica, no existe poder constituyente o constituido que disponga del tiempo, información y acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos que se puedan imaginar y que pudieran surgir para la aplicación de los principios.

A esto debe sumarse el hecho de que si se observa desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho y de la Democracia, no es conveniente que exista un sistema jurídico que garantice una objetividad perfecta; ya que si la sociedad tuviera a la mano un catálogo de principios constitucionales y legales explícitamente determinados, se reducirían notablemente las posibilidades de debate y deliberación política y la acción de la Asamblea se reduciría al mínimo y los legisladores se transformarían en simples autoridades competentes solo para ejecutar las regulaciones predeterminadas por la Constitución y se desvanecería su importancia como foro para la deliberación democrática, adicionalmente, las disposiciones que establecen los principios constitucionales establecerían no solo el contenido de la legislación, sino incluso el de las decisiones administrativas y judiciales; teniendo como efecto fatal que el derecho se estanque en el pasado y su capacidad para adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad, en otras palabras viviríamos una dictadura, de principios, pero dictadura de todas formas, y por si eso fuera poco, está el hecho de que todo cambio jurídico que se requiera, haría necesaria una reforma constitucional.

---

<sup>69</sup> M. Borowski, "La restricción de los derechos fundamentales" (traducción de Rodolfo Arango), *Revista Española de Derecho Constitucional*, # 59, 2000, p. 46.

<sup>70</sup> Klaus Gunther, "Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special - Case Thesis'", *Ratio Juris*, num. 6, 1993, p. 151 s.

Como consecuencia de lo expuesto, se explica porque resulta imposible imaginar que exista un procedimiento objetivo perfecto para la aplicación de los principios jurídicos y que la indeterminación normativa es necesaria ya que abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez ya que es imposible que no aparezcan tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento que se utilice. También hay subjetividad en la subsunción de derechos, por esta razón, no es apropiado pretender sustituir a la llamada “indeterminada” ponderación, por una supuestamente “cierta” subsunción.

Pretender excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas del juez, incurre en la hiperracionalidad y consecuentemente en la irracionalidad. Es vital que la tarea de determinar el contenido normativo de los principios otorgue al juez un margen de deliberación, y, que dentro de ese margen el juez adopte diversas apreciaciones y posturas normativas y empíricas relativas a interrogantes concernientes a preguntas como de que tanta libertad dispone un ciudadano en un Estado Constitucional, que restricciones pueden o deben ser impuestas, o hasta qué punto puede el Estado intervenir en la economía. Es irracional pensar que dentro de un sistema constitucional exista una única respuesta correcta para conflictos entre principios constitucionales.

### **2.9.2.2. La Búsqueda De La Racionalidad En La Ponderación**

Esta posición no significa que el hecho de que la objetividad perfecta sea imposible deba renunciarse a pretender alcanzar su valor en la mayor medida posible. La ponderación es un procedimiento de carácter práctico y común en el razonamiento jurídico, cuyos resultados son generalmente aceptables, y no solo en la práctica jurídica, sino también en la vida cotidiana; entonces es necesario conocer cómo puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad en la aplicación de principios mediante la ponderación; y para eso se debe explicar qué significa racionalidad y que exigencias de racionalidad deben ser respetadas en la ponderación.

### **2.9.2.2.1. Concepto De Racionalidad**

El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica<sup>71</sup>. La racionalidad teórica establece los parámetros en los que una teoría o un concepto se deben desarrollar para poder ser consideradas o considerados como racionales, esta racionalidad exige que las teorías y los conceptos sean claros, que tengan una estructura precisa y que estén libres de cualquier contradicción.<sup>72</sup>

Por otro lado, la racionalidad práctica establece las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad practica expresa un sentido evaluativo de racionalidad<sup>73</sup> y eso es vital en el ejercicio y practica del derecho al momento de analizar la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas.

La misión de las teorías de razonamiento jurídico, es establecer las condiciones que las decisiones mediante las cuales se aplican las normas jurídicas deben satisfacer para ser consideradas racionales; sin embargo, no existe un consenso en las teorías del razonamiento jurídico, respecto de las condiciones de racionalidad que estas decisiones deben satisfacer.<sup>74</sup> Aunque es obvio que para que una decisión de esa índole sea racional debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho, mediante argumentaciones claras y concretas, como menciona Alexy, se deben manifestar respetando las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia.<sup>75</sup>

### **2.9.2.2.2 Las Exigencias De Racionalidad En La Ponderación**

Todos los sentidos de la racionalidad deben tomarse en cuenta al realizar críticas a la ponderación. En lo que respecta a la imprecisión conceptual, esta se opone a la ponderación con el argumentando que no es clara ni precisa. Para contestar esta objeción, es necesario proponer un modelo que otorgue a la ponderación un concepto claro y una estructura precisa.

---

<sup>71</sup> John R. Searle, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (traducción de Luis M. Valdés Villanueva), Ediciones Nobel, Barcelona, 2000, p. 109 s

<sup>72</sup> Ota Weinberger, *Alternative Handlungstheorie*, Bohlau, Vienna et alt., 1996, p. 67 s.

<sup>73</sup> Kurt Baier, *The Rational y the Moral Order*, Open Court, Chicago - La Salle, 1995, p. 35 s.

<sup>74</sup> Ulfrid Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, p. 94 s

<sup>75</sup> R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica, citado*, p. 185

Las objeciones de imprecisión conceptual, limitación y de la imposibilidad de prever los resultados en la ponderación sostienen que ponderar es irracional en sentido práctico. Ante esto se debe establecer un modelo de ponderación que tenga una estructura determinada, provista de una medida común para realizar la comparación de los principios y que pueda dar resultados predecibles y con la capacidad de ser correctamente fundamentados en derecho.

### **2.9.2.2.3 El Modelo Racional De La Ponderación**

En su obra *La teoría de los derechos fundamentales*<sup>76</sup> Robert Alexy propone una idea muy avanzada de la estructura de la ponderación. En su obra explica que la estructura de la ponderación está compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de argumentación.

#### **2.9.2.2.3.1 Concepto Y Estructura De La Ponderación**

##### **2.9.2.2.3.1.1 Concepto De Ponderación**

Según Robert Alexy, los principios son mandatos de optimización, no son normas que establecen inequívocamente lo que debe hacerse, sino que se trata de normas que exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.<sup>77</sup> Y es ese ámbito de lo jurídicamente posible el que está determinado por principios y reglas que se encuentran en sentido contrario; por otra parte, los enunciados fácticos respecto del caso concreto determinan el terreno de lo fácticamente posible con el fin de determinar “la mayor medida posible” en la cual un principio debe ser cumplido, y para esto es necesario ponerlo en contraste con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan origen y fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario.

En este contexto, todos estos principios están en conflicto. Ellos fundamentan de primera mano normas incompatibles, por ejemplo, una norma que prohíbe (N1) y una norma que ordena (N2), las mismas que pueden proponerse como soluciones para el caso individual concreto; la ponderación representa el mecanismo jurídico para resolver esta incompatibilidad

---

<sup>76</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 87 s.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 86.

entre normas a primera vista. La ponderación no ofrece una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que resuelva los posibles conflictos anticipadamente en virtud de su jerarquía, ni que prevea todas las posibles incompatibilidades entre las normas, una solución de esas características no es posible imaginar dentro del ordenamiento jurídico de una sociedad pluralista, ya que se trataría de una jerarquía de todos los principios jurídicos que refleje una jerarquía de todos los valores.

La ponderación no significa la validez de imbatible de los derechos fundamentales ni de los principios de justicia. La ponderación, es un sistema por medio del cual no debe establecerse una relación absoluta, sino una estructura de precedentes entre los principios, considerando las circunstancias del caso individual concreto, a fin de determinar una resolución judicial.

#### **2.9.2.2.3.1.2 Estructura De La Ponderación**

De acuerdo con Alexy, para poder establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto, se debe tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de la ponderación: *la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación.*

#### **2.9.2.2.3.1.2.1 La Ley De La Ponderación**

“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>78</sup>.

Según esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos que Alexy identifica con claridad:

- 1) *Definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.*
- 2) *Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.*
- 3) *Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.*<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>79</sup> Robert Alexy, “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales” (traducción de Carlos Bernal Pulido), *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 66, 2002, p. 32.

En esta fórmula el primer y el segundo paso de la ponderación son similares, ya que las dos operaciones buscan establecer la importancia de cada uno de los principios en conflicto. Alexy sostiene que en ambos casos puede alcanzarse el valor de importancia a través de la referencia a una escala tríadica, en la que las intensidades “leve”, “moderada” y “grave” especifican el grado de importancia de los principios en colisión, pero esta importancia de los principios en conflicto no es la única variable que debe considerarse en la ponderación. La otra variable es el “peso abstracto” de los principios.<sup>80</sup> Este “peso abstracto” puede variar según la jerarquía de la fuente del derecho en la que están establecidos, por ejemplo, puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un *peso abstracto* mayor que la libertad, ya que es obvio que para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo.

Los tribunales constitucionales de países más avanzados en este campo, han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la vinculación del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana.

Aparte de lo mencionado debe considerarse una tercera variable “S”, que hace referencia a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso individual concreto; esta variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones respecto de la importancia de los principios en conflicto pueden tener diferentes grados de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuye a cada principio en la ponderación.

Todas estas variables mencionadas se ponen en juego en la llamada *FÓRMULA DEL PESO*.

#### **2.9.2.2.3.1.2.2 La Fórmula Del Peso**

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

\* R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

<sup>80</sup> R. Alexy, “Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, op. cit., p. 41, nota 68.

La fórmula de Alexy establece que el peso concreto del principio “*Pi*” en relación con el principio “*Pj*” en cierto caso, deriva del resultado de dos operaciones:

- a) El producto de la importancia del principio “*Pi*”, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y,
- b) El producto de la importancia del principio “*Pj*”, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia.

Alexy manifiesta que es posible atribuir, de forma *metafórica*, un valor numérico a las variables de importancia y de peso abstracto de los principios, a través de la escala trídica, del siguiente modo:

- a) **LEVE  $2^0$ , ES DECIR, 1;**
- b) **MEDIO  $2^1$ , ES DECIR, 2;**
- c) **Y GRAVE  $2^2$ , ES DECIR, 4.**

Por otra parte a la seguridad de las apreciaciones empíricas se puede dar una expresión cuantitativa de la siguiente forma:

- a) **CIERTO  $2^0$ , ES DECIR, 1;**
- b) **PLAUSIBLE  $2^{-1}$ , ES DECIR 1/2;**
- c) **Y NO EVIDENTEMENTE FALSO  $2^{-2}$ , ES DECIR, 1/4<sup>81</sup>**

Con la presentación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el “peso concreto”<sup>82</sup> del principio “*Pi*” en relación con el principio “*Pj*” en el caso individual concreto. De esta manera, si el peso concreto del principio “*Pi*” es mayor que el peso concreto del principio “*Pj*”, el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio “*Pi*”. Y, si por el contrario, el peso concreto del principio “*Pj*” es mayor que el peso concreto del principio “*Pi*”, entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio “*Pj*”. Asimismo, si “*Pi*” fundamenta la norma “*N1*” que prohíbe algo y “*Pj*” fundamenta la norma “*N2*” que ordena algo, en el primer caso debe prohibirse y en el segundo caso debe ordenarse.

---

<sup>81</sup> Robert Alexy, “Die Gewichtsformel”, *op. cit.*, p. 789 s.

<sup>82</sup> Robert Alexy, “On Balancing y Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, num. 16, 2003, p. 433 s.

### 2.9.2.2.3.1.2.3 La Carga De La Argumentación

La carga de la argumentación es el tercer elemento dentro de la ponderación; esta carga se aplica cuando el resultado de fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de los principios en conflicto es idéntico, expresado de la siguiente manera:

$$GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$$

Alexy propone dos mecanismos distintos para superar este tipo de empates, esta doble solución resulta problemática, ya que puede implicar resultados incompatibles. En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy cita elementos que fundamentan una carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica.

El principio “*in dubio pro libertate*”<sup>83</sup> expresa el significado de esta carga de argumentación. Según lo manifestado por este enunciado, ningún principio que sea contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer sin que se invoquen a su favor “razones más fuertes”.<sup>84</sup> Dicho de otra manera, este enunciado expresa que los empates deben ser resueltos con miras a favorecer a la libertad y la igualdad jurídica.

No obstante, en el *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, el mismo Alexy defiende una carga de argumentación, que en el caso de que se diera un empate en razón del control de constitucionalidad de una ley, éste debe considerarse como “no desproporcionada”, y por tanto debe ser declarada constitucional, es decir que los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia.<sup>85</sup> Tomando en consideración el principio democrático, esta carga de argumentación parece más apropiada que la primera.

---

<sup>83</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 549 s.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 550.

<sup>85</sup> Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, op. cit., p. 43 s.

### 2.9.2.2.3.1.3 Función Y Estructura De La Fórmula Del Peso

#### 2.9.2.2.3.1.3.1 Función De La Fórmula Del Peso

Como ya se ha explicado, Alexy sostiene que la aplicación de la fórmula del peso es un procedimiento utilizado para determinar el peso concreto del principio “*P<sub>i</sub>*” en relación con el principio “*P<sub>j</sub>*”, tomando en consideración las circunstancias de un caso individual concreto. De este modo, la fórmula del peso representa un desarrollo complementario de la ley de ponderación, que se enuncia con base en la formulación clásica del tercer subprincipio de la proporcionalidad, es decir, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que se aplica en el derecho constitucional alemán.

Adicional a la obra de Alexy, Carlos Bernal Pulido en “*El Principio De Proporcionalidad Y La Interpretación Constitucional*”<sup>86</sup> plantea que el objetivo de la fórmula es establecer “una relación de precedencia condicionada” entre los principios según las circunstancias del caso concreto. Se puede ver que esa relación de precedencia no se determina solo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto según el grado de no satisfacción o de afectación de un principio y la importancia de la satisfacción del otro, sino que se realiza una operación de mayor alcance, en la cual se toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios.

Esto implica que la fórmula del peso es una reformulación del planteamiento básico de la ley de ponderación, siendo más sofisticada, porque explica la necesidad de considerar dos variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas.

Según Bernal, la nueva formulación de la ley de la ponderación debe ser la siguiente:

- A mayor peso concreto del principio “*P<sub>i</sub>*” en relación con el principio “*P<sub>j</sub>*” según las circunstancias del caso, mayor deberá ser el peso concreto del principio *P<sub>j</sub>* en relación con el principio *P<sub>i</sub>* a la luz de las circunstancias del caso.

---

<sup>86</sup> M. Carbonell, “El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008

Esta nueva ley de la ponderación también puede expresarse así:

$$\frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC} \leq \frac{IPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}{WPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}$$

Principio 1 = Pi	Principio 2 = Pj
IPiC = intensidad de intervención de Pi	IPjC = intensidad de intervención de Pj
GPiA= peso abstracto de Pi	GPjA= peso abstracto de Pj
SPiC= seguridad de los presupuestos empíricos de que se realice Pi	SPjC= seguridad de los presupuestos empíricos de que se realice Pj
WPiC= importancia concreta de Pi	WPjC= importancia concreta de Pj

El funcionamiento de esta “nueva” ley de ponderación puede aclararse con la ayuda de un ejemplo concreto.

La vida de un niño depende de una transfusión de sangre, que sus padres rehúsan en razón de sus creencias religiosas. Esta situación implica un conflicto entre el principio de protección de la vida y el derecho a la libertad de religión. Ante este conflicto puede preguntarse si es contrario a la Constitución ordenar la práctica de la transfusión en contra de la voluntad de los padres. Un Tribunal Constitucional puede considerar que el grado de no satisfacción o de afectación del principio *Pi* (libertad de religión) es grave (4), así como la importancia de satisfacer el principio *Pj* (protección de la vida del niño) (4). Además, el Tribunal puede considerar que el peso abstracto de la libertad de religión *Pi* es medio (2) y que el del derecho a la vida es intenso (4); por último, puede estimar que las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de ambos principios son seguras (1). En este caso, la aplicación de la nueva ley de la ponderación llevaría a la siguiente conclusión:

$$\frac{4 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} < \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 2 \cdot 1}$$

Esto quiere decir:

$$\frac{8}{16} < \frac{16}{8}$$

$$\frac{1}{2} < 2$$

En este ejemplo, la medida dirigida a ordenar la práctica de la transfusión de sangre satisface las exigencias de la ley de la ponderación, porque tras su aplicación:  $GP_{i,jC} < GP_{j,iC}$ , se determina que proteger la vida del niño debe considerarse como una medida constitucional.

#### **2.9.2.2.3.1.3.2 El Grado De Importancia De Los Principios En Conflicto**

Ocasionalmente existen juicios racionales acerca del grado de importancia de los principios en conflicto, es decir que existen casos fáciles en cuanto a al grado de importancia de los principios se refiere.

Retomando el ejemplo mencionado anteriormente, en el que una revista satírica se refiera a un tetrapléjico con el apelativo de “tullido”, claramente constituye una ofensa grave contra su honor, y por ende, en la formula de ponderación, recibe el valor más alto que es 4, mientras que al mismo tiempo contribuiría muy poco al desarrollo de la libertad de expresión, por lo que el valor otorgado a esta principio debe ser el mínimo de 1. Sin embargo, se puede dar el caso en el que las premisas fácticas y normativas, que deben ser consideradas para determinar la importancia de un principio, sean inciertas. Por ejemplo, cuando se pone en juego la libertad de religión, ya que se debe considerar si es posible determinar de modo abstracto el grado de intervención de cierta medida en la libertad de religión, sin tomar en cuenta las apreciaciones subjetivas del creyente respecto de su experiencia religiosa. Por lo tanto, se debe precisar que el grado de intervención en la libertad religiosa que tenga hacer una transfusión de sangre forzosa depende claramente de como los individuos viven su fe, ya que un acto de esta naturaleza puede no tener importancia para muchos individuos, si sería muy serio para los testigos de Jehová. En la determinación de este grado de intervención existen varios desacuerdos; en el ejemplo anterior se muestra que en un caso como este, la graduación de la importancia del principio de la libertad de religión solo puede hacerse después de haber fijado un punto de vista específico; pues la fórmula del peso no puede determinar esta variable y en consecuencia su aplicación abre al juez un ámbito de deliberación y debate en el cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la sana crítica, así como de su

ideología política. En este caso concreto, el uso de la fórmula del peso se basa precisamente en esclarecer cual es el ámbito del debate y deliberación que la ponderación tiene para el juez.

De igual manera, el juez tiene ámbito de deliberación cuando no es claro si el caso es un caso fácil o un caso difícil en relación con la primera variable de la fórmula del peso, que es la importancia de los principios. También puede suceder que un caso parezca fácil, después de considerar otros argumentos, se llegue a la conclusión de que se trata de un caso difícil. Por ejemplo, la sentencia acerca del tabaco del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que Alexy cita como ejemplo de un caso claro.<sup>87</sup> En esa sentencia se analizaba si era constitucional la obligación impuesta a los productores de tabaco sobre concienciar a los consumidores sobre los riesgos para la salud que tiene el tabaco, poniendo etiquetas de advertencia en los paquetes de tabaco. Alexy sostiene que la imposición de esa obligación es “comparativamente una intervención leve en la libertad de profesión u oficio”<sup>88</sup>, si se compara como otras medidas alternativas posibles como la prohibición de venta de tabaco o la imposición de restricciones a su venta. Asimismo, Alexy mantiene que esta medida protege la salud con considerable intensidad. Es así como concluye que “el Tribunal Constitucional Federal no exageraba al sostener en su decisión acerca de las advertencias para la salud que ‘de acuerdo con los conocimientos médicos actuales, es seguro’ que fumar causa cáncer y enfermedades cardiovasculares”<sup>89</sup>. De esta manera, en la ponderación se compara una intervención leve en la libertad de profesión u oficio y una protección intensa de la salud. Pero es importante mencionar que no es imposible llevar a cabo otras consideraciones acerca de las variables concernientes en esta ponderación. Desde un punto de vista práctico, se podría decir que no es tan cierto que el deber de advertir acerca de los riesgos del tabaco con etiquetas en los empaques sirva de mucho a la protección de la salud de los consumidores; esta medida podría llamarse ineficiente, ya que los consumidores ya son conscientes de lo que las etiquetas pretenden informarles; o porque los fumadores fuman incluso si están informados acerca de sus consecuencias, pues se trata de un asunto de debilidad de la voluntad y no de falta de información. Si se aprecia este punto de vista, el grado de protección de la salud no es especialmente alto, por lo tanto sería necesario debatir acerca de la graduación de esta variable haciendo que el caso se convierta en un caso difícil.

---

<sup>87</sup> Robert Alexy, “Epilogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 33 s.

<sup>88</sup> *Ibidem*

<sup>89</sup> *Ibidem*

### **2.9.2.2.3.1.3.3 El Peso Abstracto De Los Principios En Colisión**

Existe un margen de deliberación que el juez debe considerar a la hora de determinar el peso abstracto de los principios, ya que el peso abstracto es una variable muy singular, ya que siempre depende de las consideraciones morales, ideológicas y hasta políticas del juzgador y esto lleva al juez a adoptar una posición acerca de la esencia de la Constitución. Pero es necesario considerar que el peso abstracto pierde su importancia cuando los principios en conflicto son de igual naturaleza. Los casos en que no son de igual naturaleza pueden ser fáciles o difíciles. Los fáciles se tratan de la determinación del peso abstracto de los principios, es una especie de subsunción constitucional; por ejemplo, la protección de la vida y los derechos fundamentales relacionados de forma directa con los principios de la dignidad humana y la democracia deben tener un peso abstracto mayor que el de otros principios<sup>90</sup>. Pero lo más común son los casos difíciles, en los cuales el juez tiene un margen de deliberación considerablemente amplio; esto es un límite para la racionalidad. Obviamente no existe una escala de pesos abstractos de los principios.

Naturalmente, la protección a la vida merece el valor más alto (4), pero puede debatirse sobre si es correcto que se le otorgue el mismo valor a los derechos estrechamente ligados con la dignidad humana o con el principio democrático; la determinación del peso abstracto de los principios depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la constitución. Si el juez asume una postura individualista, atribuirá el peso más alto a la libertad. Si, por el contrario asume una postura que considera el bien de la comunidad, entonces el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con el bien colectivo. Lo que es seguro es que el juez debe resolver cada caso de acuerdo con la mejor teoría sustancial de la constitución.

### **2.9.2.2.3.1.3.4 La Seguridad De Las Premisas**

Es posible identificar los límites de la racionalidad en la determinación de la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios, ya que desde este punto de vista (empírico), la importancia de los principios depende de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración del efecto que tenga sobre ellos la medida que debe ser

---

<sup>90</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 762, 772, 774

resuelta y tomada en cada caso concreto, y para eso se debe tener en consideración estos aspectos:

1. El conocimiento del juez es limitado (el juez no sabe cuál es el valor correcto que debe atribuirse a cada una de estas variables).
2. La combinación de estas variables es un asunto complejo (el juez debe decidir cuál debe ser la seguridad de una apreciación empírica plausible en relación con la eficacia de una medida no evidentemente falsa respecto a la velocidad, fiable en cuanto a la probabilidad, plausible en relación con su alcance y fiable en lo que concierne a su duración, y al mismo tiempo decidir si la seguridad de esta apreciación sería la misma si las variables tuviesen los mismos valores pero en diferente orden)

Todo lo expuesto, lleva a pensar en un modelo más completo de la fórmula del peso, en la que se busque dar cuenta de las principales variables normativas y empíricas relevantes para la ponderación. Sin embargo, no es posible establecer una fórmula que tenga el valor de cada variable, así como tampoco es posible determinar si el valor cada variable debe ser el mismo.

En la verdadera ponderación racional, es necesario determinar el valor en cada variable y luego el valor de cada variable (abstracto y concreto); y al mismo tiempo que tenga una aplicación práctica sencilla. Pero debe tenerse muy claro que la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico o matemático estandarizado que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Por el contrario, la ponderación debe reconocer sus propios límites de racionalidad y permitir al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el tienen un papel determinante.

Se debe tener en mente que la ponderación ofrece una estructura jurídica que tiene un concepto libre de toda contradicción, en donde la escala tríadica es la media común para determinar el peso de los principios. Asimismo, la fórmula del peso señala cuales son las variables relevantes para la ponderación y consecuentemente, hace posible la correcta fundamentación de las resoluciones, a través de términos conceptualmente claros y consistentes, mediante premisas completas y saturadas, que respetan las reglas de la lógica, la sana crítica y las cargas de la argumentación, haciendo visibles todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación

correcta ya que en la práctica jurídica, esas decisiones judiciales conforman un conjunto de precedentes que permite la aplicación de los principios y la predicción de los resultados de ponderaciones futuras.

## **CAPÍTULO III**

### **DERECHO COMPARADO**

- **ESTADOS UNIDOS**
- **ALEMANIA**
- **ESPAÑA**
- **ARGENTINA**

## **CAPÍTULO 3.**

### **DERECHO COMPARADO**

#### **3.1 ORIGEN Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE**

Los principios de Proporcionalidad y Razonabilidad tienen su origen tanto en el derecho anglosajón como en el europeo continental; su nacimiento y desarrollo se dio en forma simultánea. El punto consiste en analizar cómo en diferentes ordenamientos jurídicos se han empleado criterios de control sobre el contenido de las leyes y su conformidad con el ordenamiento constitucional. En el derecho anglosajón, y en los países en los que ha influenciado de modo dominante, se suele hablar de “principio de razonabilidad” para referirse a este tipo de control o, según la terminología estadounidense, el estándar del *substantive due process of law*.

##### **3.1.1 EL DEBIDO PROCESO Y LA BÚSQUEDA DE UNA HERRAMIENTA DE CONTROL SUSTANTIVO**

La jurisprudencia desarrollada en el siglo XX alrededor de la cláusula del debido proceso legal, contenida en las enmiendas V y XIV a la Constitución de los Estados Unidos, dio origen al análisis y control de la razonabilidad de las leyes federales y estatales por parte de los jueces.<sup>91</sup> Esa garantía de razonabilidad es reconocida como la cláusula del debido proceso legal sustantivo (*substantive due process of law*); la expresión “debido proceso legal” es un concepto que surgió con la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215 en la que se estableció que “ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”<sup>92</sup>. A mediados del siglo XIV se comenzó a emplear la expresión “*due process of law*” en los

---

<sup>91</sup> Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2 ed., New York, Foundation Press, 1988, pp. 769-1435.

<sup>92</sup> Artículo 39 de la Carta Magna del 15 de junio de 1215

estatutos del reino.<sup>93</sup> Se trataba de una garantía procesal la cual estipulaba que era necesario cumplir reglas y procedimientos determinados previamente para que los actos estatales pudieran gozar de validez. Era también una garantía contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces.

Años después llegó a ser la figura a la V enmienda del *Bill of Rights* (Carta de Derechos) estadounidense de 1791 conforme a la cual “*nadie estará obligado (...) a declarar contra sí mismo en juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización*”. La Suprema Corte estadounidense utilizó por primera vez esta enmienda en 1855<sup>94</sup>, y en muy pocas ocasiones hasta después de la guerra civil. Si bien la Constitución de Filadelfia ofrecía poco margen a la Suprema Corte para asumir el control de la actividad legislativa, dicho tribunal ha ido desarrollando herramientas que le permitieron el control sobre el contenido de la legislación del poder de policía. La Suprema Corte estadounidense utilizó la cláusula contractual (*contract clause*) a partir de 1810 para invalidar la legislación que afectaba los derechos de propiedad de particulares que surgían de contratos con el Estado.<sup>95</sup> Antes de la llegada del debido proceso sustantivo, la Corte ya había hecho uso también de la cláusula de la supremacía del derecho federal (*supremacy clause*). De todos modos, en el periodo anterior a la guerra civil, la Suprema Corte carecía de reglas de carácter general que la habilitaran para limitar el ejercicio arbitrario del poder de policía; la garantía del *due process of law* no sería, hasta el año 1886, una garantía sustantiva sino meramente adjetiva, formal o procesal<sup>96</sup>. En 1868 se incorporó la enmienda XIV a la Constitución norteamericana que establece lo siguiente: “*Ningún Estado podrá (...) privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin un debido proceso legal, ni denegar a cualquier persona la protección igualitaria de la ley*”. El triunfo de los Estados del Norte y el impacto del movimiento en contra de la esclavitud marcó el inicio de una línea jurisprudencial hacia el debido proceso legal con un sesgo sustantivo<sup>97</sup>; la Suprema Corte encontraría una nueva herramienta para controlar el contenido de la legislación federal y estatal con el uso de criterios de razonabilidad y justicia.

---

<sup>93</sup> Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 14 ed., Princeton, Princeton University Press, 1978, p. 386.

<sup>94</sup> *Murray v. Hoboken Land & Imp. Co.*, 59 U.S. 272 (1855).

<sup>95</sup> *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87, 135 (1810); *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819).

<sup>96</sup> John E. Nowak y Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, Minnesota, West Group, 2000, pp. 398-402

<sup>97</sup> Kathleen M. Sullivan y Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 14 ed., New York, Foundation Press, 2001, p. 455.

### 3.1.2 El Debido Proceso Legal Sustantivo Y Su Glorificación En La “Era Lochner”

En un primer momento la Corte sostuvo que la Enmienda XIV no garantizaba la justicia de las normas sancionadas por el Congreso. Así lo entendió en la decisión de 1886, en los *Railroad Commission Cases*<sup>98</sup>, (Comisión de los casos de los Ferrocarriles) la Corte adoptó y marcó el paso hacia la sustantividad de la garantía del debido proceso. La Corte expresó: “...de lo que se lleva dicho no debe inferirse que este poder de limitación o regulación es ilimitado en sí mismo. El poder de regular no es el poder de destruir, y “limitación” no equivale a “confiscación”. Bajo la pretensión de regular tarifas y fletes, el Estado no puede exigir a un ferrocarril transportar personas o cosas sin remuneración; ni puede ese poder hacer aquello que en derecho implica tomar la propiedad privada para un uso público, sin justa compensación o sin el debido proceso legal. (...) Puede demostrarse por la defensa que dicha tarifa fijada es injusta.”<sup>99</sup>

En 1887, la Corte decidió sobre el caso *Mugler v. Kansas*<sup>100</sup>; señalando que si era constitucional un estatuto que prohibía la venta de bebidas alcohólicas, aclaró que dicha corte estaría preparada para analizar la razonabilidad de la legislación estatal para determinar su conformidad o no con la Constitución.<sup>101</sup> Se dijo entonces que “si la norma dictada para la protección de la salud, la moralidad pública o la seguridad pública, no tiene ninguna relación sustancial con estos objetivos, o invade de un modo palpable los derechos fundamentales, es el deber de los tribunales juzgarlas y dar plena vigencia a la Constitución”<sup>102</sup>. La garantía adquiere carta de ciudadanía en el año 1890 con el fallo *Chicago Milwaukee & St. Paul vs. State of Minnesota*<sup>103</sup> donde la Corte declaró la inconstitucionalidad y con carácter de irracional a una tarifa que no brindaba una ganancia “prudente” a una empresa de transporte. El proceso jurisprudencial se completa en 1897 con el caso *Allgeyer v. Louisiana*<sup>104</sup> en el que la Corte manifestó que utilizaría el debido proceso sustantivo para invalidar cualquier tipo de legislación económica o social considerada por la Corte como irrazonable o violatoria de la cláusula contractual.<sup>105</sup>

---

<sup>98</sup> *Stone v. Farmers' Loan & Trust Co.* y *Stone v. Illinois Cent.* (1886)

<sup>99</sup> *Railroad Comm'n Cases*, 116 U.S. 307, 331 (1886)

<sup>100</sup> 123 U.S. 623 (1887)

<sup>101</sup> *Sullivan y Gunther*, 457.

<sup>102</sup> *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 (1887).

<sup>103</sup> 134 U.S. 418 (1890).

<sup>104</sup> 165 U.S. 578 (1897).

<sup>105</sup> *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578, 591 (1897).

Esta doctrina del debido proceso sustantivo obtuvo su máximo esplendor entre los años 1900 y 1937. Este periodo es conocido como la “era *Lochner*” a raíz del fallo *Lochner v. New York*<sup>106</sup> de 1905 dentro del cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley laboral al considerar que era una irrazonable, innecesaria y arbitraria<sup>107</sup> interferencia a la libertad de contratación, y sentenció que el gobierno no tiene un propósito legítimo para regular las condiciones y prácticas de trabajo.<sup>108</sup>

### **3.1.2.1 La Caída De Lochner**

Luego del fallo *Lochner* existieron varios fallos relativos a regulaciones gubernamentales sobre el comercio y la industria, consideradas irrazonables interferencias sobre la economía. Los jueces Holmes y Harlan, quienes siempre se encontraban en oposición de este pensamiento, opinaban que la Corte no debía invalidar legislación simplemente porque los jueces no la creyeran apropiada ya que, a su concepto, la Constitución fue creada por personas con visiones fundamentales diferentes<sup>109</sup>.

La aplicación subjetiva en el aspecto judicial que caracterizo a esta época fue lo que finalmente llevó al debilitamiento del debido proceso sustantivo en los años posteriores y hasta la actualidad en lo que respecta a legislación que afecta los intereses económicos de los individuos.

El caso que marcó el principio del fin del debido proceso sustantivo fue *Nebbia v. New York*<sup>110</sup> de 1934, realizado en una época de grandes cambios y crisis económicas y sociales. La Corte sostuvo la constitucionalidad de una legislación de precios mínimos para la leche manifestando: “*un Estado es libre de adoptar cualquier tipo de política económica que considere razonable para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines*”<sup>111</sup>; con esto, la aplicación del test del debido proceco sustantivo a leyes que protegían el bienestar económico estaba llegando a su fin. Aún así, la Corte siguió aplicando este principio a normas que incomodaban a la economía. La “era

---

<sup>106</sup> 198 U.S. 45 (1905).

<sup>107</sup> 198 U.S. 45, 65 (1905).

<sup>108</sup> 198 U.S. 45, 54-55 (1905).

<sup>109</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75-76 (1905)

<sup>110</sup> 291 U.S. 502 (1934).

<sup>111</sup> *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 547 (1934).

*Lochner*” termina en el año 1937 con el fallo *West Coast Hotel Co. v. Parrish* con el cual se abandonó definitivamente el control estricto al estilo *Lochner* de legislación económica bajo el debido proceso legal de la enmienda XIV, señalando “(...) *si las regulaciones a la propiedad privada guardan una relación razonable con un legítimo fin legislativo, y no son discriminatorias o arbitrarias, los requerimientos del debido proceso se encuentran satisfechos; los tribunales son incompetentes para controlarlas si resulta adecuada y practicable; (...) no puede ser invalidada salvo que el exceso legislativo sea palpable (...)*”

Desde 1937 el control judicial sobre el contenido de la legislación de policía bajo la enmienda XIV se subdividió en dos aspectos: el debido proceso (*due process clause*) y la protección de la igualdad (*equal protection clause*); de esta manera, prácticamente todo el análisis constitucional sobre el contenido de una norma parte de la siguiente distinción: cuando una ley regula un derecho o una libertad que afecta a todos los hombres por igual, se la somete al test del debido proceso sustantivo; pero cuando una norma establece clasificaciones mediante las cuales se regula el ejercicio de un determinado derecho o libertad de un modo distinto a diversos grupos o personas, la Corte analiza el caso a la luz de la protección de la igualdad. En definitiva, el debido proceso sustantivo juzga la justicia general de la norma; el principio de igualdad (*equal protection*) juzga la justicia respecto de la clasificación establecida.<sup>112</sup>

### **3.1.3 La Exigencia De Razonabilidad Dentro Del Sistema De Escrutinios**

Con el objetivo de evitar el subjetivismo judicial y poder mantener el orden económico y la seguridad jurídica, la Corte norteamericana diseñó tres tipos de estándares (tests) de revisión legal, denominados “*escrutinios*” (*scrutiny*), que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y sobre todo y especialmente para la protección de la igualdad; estos escrutinios se tratan, de distintos niveles de intensidad en el control de razonabilidad de las leyes<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> M. Sapag *El Principio De Proporcionalidad Y De Razonabilidad Como Límite Constitucional Al Poder Del Estado: Un Estudio Comparado* Dikaion, Vol. 22, Núm. 17, Diciembre, 2008, Pp. 157-198

<sup>113</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV, *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, Marcial Pons, 2008, pp. 301-343.

El primer escrutinio es el más exigente, es conocido como el “*escrutinio estricto*” (*strict scrutiny*)<sup>114</sup> el mismo que señala que una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas “*libertades preferidas*”<sup>115</sup>(conjunto de derechos que no sólo exigen la más alta protección estatal, sino que también resisten la más mínima de las intromisiones de regulación. Son los derechos llamados ‘personalísimos’, que carecen de contenido económico, como el derecho de información, la libertad religiosa, el derecho a la privacidad, los derechos de participación política, etcétera”) se presume inconstitucional; para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal “imperioso” (*compelling state interest*) y, además, que es necesario y se encuentra “confeccionado a la medida” (*narrowly tailored*).<sup>116</sup>

El segundo test es el “*escrutinio intermedio*” (*intermediate scrutiny*), con el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en función de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino “*importantes*”. La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios de aplicación y ejecución, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. No se requiere que la norma se encuentre confeccionada a la medida, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas “menos discriminatorias”. Lo cierto es que la distinción entre este estándar y el anterior es una cuestión de grados: se aplicará uno u otro de acuerdo con el carácter de la medida y el derecho regulado. Siempre se debe tratar de derechos constitucionales aunque, a diferencia de este test, el escrutinio estricto se aplica generalmente a aquellas “libertades preferidas”.<sup>117</sup>

El tercer y último escrutinio es el *rational basis review*, (*control de relación razonable*), y se trata de un examen sobre normas que no están dentro de los supuestos de aplicación de los dos escrutinios anteriores. Este *test* exige que la medida, que se presume constitucional,

---

<sup>114</sup> E l escrutinio estricto tiene su antecedente en la nota 4 del voto del juez Stone en el fallo *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938), en donde se señaló que determinadas normas discriminatorias “podían demandar un análisis judicial más intenso”

<sup>115</sup> Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2 ed., New York, Foundation Press, 1988, pp. 769-1435.

<sup>116</sup> M. Sapag *El Principio De Proporcionalidad Y De Razonabilidad Como Limite Constitucional Al Poder Del Estado: Un Estudio Comparado* Dikaion, Vol. 22, Núm. 17, Diciembre, 2008, P. 168

<sup>117</sup> *Ibidem*

mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida, que debe ser legítima, y que los medios resulten adecuados a la misma. El *rational basis review* es el examen por excelencia de leyes que regulan la propiedad.<sup>118</sup>

Estos tres niveles de control de razonabilidad se aplican con frecuencia por la Corte Suprema estadounidense, especialmente en el análisis de la razonabilidad de las leyes que establecen clasificaciones y pueden resultar violatorias del derecho a la igualdad. En cuanto al debido proceso legal, la Corte ha venido aplicando el escrutinio menos riguroso: el *rational basis review*, lo que implica que resulta muy difícil franquear la fuerte presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas.<sup>119</sup>

### **3.2 LA VERSIÓN EUROPEA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

#### **3.2.1 El Origen Del Principio De Proporcionalidad En Europa A Través Del Derecho Alemán**

En Europa, el origen del concepto de proporcionalidad se le atribuye a un pensamiento tradicional del derecho penal: la exigencia, de que las penas deben ser graduadas en forma proporcional al delito; y se establezcan con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido.<sup>120</sup> Esa exigencia respecto de la exigencia de proporcionalidad surge del concepto clásico del derecho penal conocido como la “prohibición de exceso”<sup>121</sup>, que se remonta a la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia (1875-1941).<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> *United States Dept. of Agriculture v. Moreno* en el que el máximo tribunal estadounidense declaró la inconstitucionalidad de una ley que establecía una exención mediante una clasificación “claramente irrelevante” y que “racionalmente no perseguía ningún legítimo interés estatal”, 413 U.S. 528, 534 (1973).

<sup>119</sup> M. Sapag *El Principio De Proporcionalidad Y De Razonabilidad Como Límite Constitucional Al Poder Del Estado: Un Estudio Comparado* Dikaion, Vol. 22, Núm. 17, Diciembre, 2008, P. 170

<sup>120</sup> José I. López González, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1988, pp. 16-17.

<sup>121</sup> Hans H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4 ed., trad. de José L. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 22

<sup>122</sup> Martin Ibler, “Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 50/51, p. 17

Durante el siglo XIX, el principio de proporcionalidad pasó del derecho penal al derecho administrativo y fue aceptado como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía<sup>123</sup>.

El Tribunal Federal alemán consideró que los principios tradicionales del derecho administrativo eran principios constitucionales,<sup>124</sup> y así llevó la máxima de la proporcionalidad al control de los actos estatales que regulan o intervienen sobre los derechos fundamentales<sup>125</sup>. Por lo tanto, la jurisprudencia y la doctrina constitucional alemana tienen el principio de proporcionalidad como el máximo criterio delimitador del contenido esencial de los derechos, y es considerado una institución primordial del derecho constitucional alemán.

El principio de proporcionalidad ha sido definido como:

*“(...) El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades(...).<sup>126</sup>*

De este modo, es en el derecho alemán donde nacen los tres subprincipios que se derivan de la máxima de proporcionalidad:

- *el subprincipio de idoneidad o adecuación,*
- *el subprincipio de necesidad o indispensabilidad, y;*
- *el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.*

---

<sup>123</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 42.

<sup>124</sup> Martin Ibler, “Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 50/51, p. 17

<sup>125</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 42.

<sup>126</sup> Javier Barnes, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 500.

Son tres aspectos conforme a los cuales se compara la proporción que existe entre el principio protegido por el medio utilizado y el principio protegido por la finalidad objetiva, es decir, se controla la constitucionalidad de los actos gubernamentales basado en un análisis entre el costo y el beneficio de una medida. El primer subprincipio que los medios empleados sean los adecuados para lograr la finalidad legítima que se busca. El subprincipio de necesidad exige que el medio utilizado sea el menos “restrictivo” sobre el derecho fundamental que afecta; y por último, en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se realiza una ponderación entre los principios jurídicos, lo cual significa que se realiza un examen entre las ventajas y los sacrificios de la medida. Estos subprincipios se aplican de una manera sucesiva y ordenada, de tal modo que, si no se puede concluir una de esas etapas, la norma debe ser declarada inconstitucional.

### **3.3 EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE LOS SUBPRINCIPIOS EN ESPAÑA**

El principio de proporcionalidad en el derecho español comienza a surgir a mediados del siglo XX como una herramienta de control de las decisiones administrativas; sin embargo, el principio se aplicaba de manera imprecisa y asistemática. Fue a fines de siglo cuando el Tribunal Constitucional adoptó la estructura de los tres subprincipios proveniente del derecho alemán, en la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de febrero de 1959, en la que anuló una orden del Ministerio de Educación al entender que la finalidad podría haberse conseguido por “otros medios más adecuados”.<sup>127</sup>

Tiempo después, el principio de proporcionalidad fue llevado al ámbito del derecho constitucional a través del Tribunal Constitucional al decir que: “(...) *el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales*”.<sup>128</sup> El Tribunal también señaló que el principio de proporcionalidad no es un principio autónomo del derecho constitucional:

*“(...) El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada*

---

<sup>127</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 52.

<sup>128</sup> STC , 55/1996, 28 de marzo de 1996, FJ 3º

*respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales –y en particular de los aquí invocados– y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad (...)*<sup>129</sup>

### **3.3.1 Forjamiento Del Principio**

Con lo antes mencionado, la versión europea del principio de proporcionalidad ha sido entendida como una herramienta para explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente a una norma que en determinado momento los reglamenta o restringe, y al mismo tiempo es un criterio para la fundamentación de las decisiones judiciales que tratan sobre los mismos; de esta manera opera como un test en el cual se realiza un control sobre los actos normativos a fin de decidir si son o no acordes a la Constitución, siendo también una vía para fundamentar las decisiones tomadas.

El principio de proporcionalidad se está compuesto de tres juicios, que determinan que una norma es proporcional cuando exista: 1) adecuación o idoneidad del medio con respecto a su finalidad, 2) necesidad del medio, y 3) proporcionalidad (en sentido estricto) entre unos y otros. De esta manera, en el derecho continental se pudo forjar el principio de razonabilidad compuesto de tres juicios que posibilitan la seguridad jurídica y favorecen la objetividad en el proceder de los tribunales encargados de aplicar la Constitución.

---

<sup>129</sup> *Ibíd*em

### **3.4 EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO**

En el derecho argentino el principio de razonabilidad tuvo un desarrollo similar al de Estados Unidos<sup>130</sup>, del cual ha tenido gran influencia. El principio de razonabilidad se desarrolló de la mano del concepto de poder de la policía y su paso desde su concepción restringida a la amplia, y la aplicación novedosa del artículo 28 de la Constitución argentina. El primer paso consistió en que la Corte Suprema admitió la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan ser regulados o delimitados con miras en el interés público<sup>131</sup>. Así, el tribunal supremo determinaba la distribución de competencias entre el gobierno federal y los provinciales, abriendo camino al control de constitucionalidad tomado en consideración el contenido del acto y no solo los aspectos formales del mismo.

El caso “Hileret”<sup>132</sup> fue uno de los primeros fallos en los que se declaró la inconstitucionalidad de una norma utilizando un control constitucional de razonabilidad. La norma impugnada pretendía imponer un impuesto al excedente de la producción de azúcar que establecía la propia ley de la provincia de Tucumán; el máximo tribunal sostuvo la inconstitucionalidad de la norma invocando los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, diciendo que se alteraban los derechos de trabajar, ejercer industria lícita, igualdad ante la ley e igualdad como base del impuesto (art. 16 CN). La Corte Suprema dejó sentada su postura inflexible a la hora de controlar legislación en materia de regulación de la propiedad: dio a entender que este tipo de normas recae una fuerte presunción de inconstitucionalidad que el Estado debe superar a través de la prueba contundente que afirme que la finalidad es de orden público, que justifique los medios empleados y que certifique que los derechos y las garantías constitucionales no se ven alterados (conforme al art. 28 de la Constitución).<sup>133</sup>

Posteriormente, la línea jurisprudencial argentina se vio marcada por fallos similares a los del caso “Hileret”; el más importante se dio en el año 1922 con el fallo “Ercolano c/ Lanteri de

---

<sup>130</sup> Alberto B. Bianchi, “Las llamadas ‘libertades preferidas’ en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, *Rev. Régimen de la administración pública*, Año 13, noviembre 1990, núm. 146, pp. 7-49

<sup>131</sup> CSJN, “Plaza de Toros c/ Prov. de Buenos Aires”, Fallos 7:152 (1870).

<sup>132</sup> “Hileret c/ Pcia. de Tucumán”, Fallos 98:20 (1903).

<sup>133</sup> Alberto B. Bianchi, “Las llamadas ‘libertades preferidas’ en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, *Rev. Régimen de la administración pública*, Año 13, noviembre 1990, núm. 146, pp. 12-17

Renshaw”<sup>134</sup>, el mismo que marcó un quiebre en este periodo jurisprudencial de fuerte protección a la propiedad, en este mismo año y en 1925 dos fallos confirmaron la postura de la Corte sentada en “Hileret”: “Horta c/ Harguindeguy”<sup>135</sup> y “Mango c/ Traba”<sup>136</sup>, respectivamente.

El fallo “Ercolano” de 1922 dio inicio a la declinación del periodo jurisprudencial proteccionista de intereses económicos. La Corte se pronunció en favor de la constitucionalidad de una ley que congelaba los precios de los alquileres. Esa fue la primera vez que se usó el término “razonabilidad” al expresar que esa ley satisfacía las “*condiciones necesarias de razonabilidad*”. Aunque no detalló cuáles eran esas condiciones, sostuvo que quien alega la inconstitucionalidad de la norma debe probar su irrazonabilidad<sup>137</sup>. A partir de ese fallo, la exigencia de la razonabilidad de las leyes se convirtió en una garantía constitucional que el interesado puede invocar y probar para obtener una declaración de inconstitucionalidad. La carga de la prueba siempre, y sin distinción de supuestos, recae sobre quien alega la inconstitucionalidad.

La postura planteada por la Corte en “Ercolano” quedó confirmada con “Avico c/ de la Pesa”<sup>138</sup> de 1934. En este caso se discutía la constitucionalidad de una ley que establecía una prórroga de tres años a los contratos de mutuo con garantía hipotecaria y una reducción de la tasa de interés al 6% durante este periodo. En este caso, el máximo tribunal, con una extensa fundamentación, tomó el modelo la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense en lo concerniente a la noción del debido proceso legal sustantivo ya que destacó, citando la postura estadounidense en torno a las Enmiendas 5<sup>a</sup> y 14<sup>a</sup>, que “*la garantía del debido proceso legal (...) sólo requiere que la ley no sea irrazonable, arbitraria o caprichosa, y que los medios elegidos tengan una relación real y sustancial con el objeto o finalidad que se procura alcanzar.*”<sup>139</sup>; y realizó una vinculación conceptual entre tres cuestiones de derecho constitucional: a) la noción y justificación del poder de policía en sentido amplio y sus límites; b) los alcances del control de la legislación de emergencia, y; c) la garantía de razonabilidad como criterio de control y límite al ejercicio del poder de policía; después de haber justificado la aplicación de un poder de policía en sentido amplio, la Corte se adentro en

---

<sup>134</sup> CS JN, “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161 (1922).

<sup>135</sup> CS JN, “Horta c/ Harguindeguy”, Fallos 137:47 (1922).

<sup>136</sup> CS JN, “Mango c/ Traba”, Fallos 144:219 (1925).

<sup>137</sup> CSJN, “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161 (1922)

<sup>138</sup> CSJN, “Avico c/ De la Pesa”, Fallos 172:21 (1934).

<sup>139</sup> CS JN, “Avico c/ De la Pesa”, Fallos 172:21 (1934)

el análisis de la norma en cuestión y sostuvo que la misma debe guardar un fin legítimo, y que las disposiciones deben ser justas y razonables.<sup>140</sup>

En 1944 con el caso “Inchauspe c/ Junta Nacional de Carnes”<sup>141</sup>, la Corte confirmó el alcance del principio de razonabilidad sentado en “Avico”, sosteniendo que la agremiación obligatoria establecida en la ley que creaba la Junta Nacional de Carnes no significaba una imposición “*arbitraria o caprichosa del legislador, sino como el medio de salvaguardar sus intereses y también los de todos los habitantes del país, y la economía nacional, afectados por la crisis de la ganadería*”<sup>142</sup>. Con este pronunciamiento se aprecian dos aspectos interesantes, el primero es que hace referencia a la arbitrariedad como concepto antinómico de razonabilidad; y el segundo es que realiza un análisis entre los medios y la finalidad de la norma para legitimar su contenido razonable y no arbitrario o caprichoso.

Fallos más actuales, como “Peralta”<sup>143</sup>, “San Luis”<sup>144</sup> y “Bustos”<sup>145</sup>, confirman la línea jurisprudencial trazada con el caso “Avico”. De esta manera, la Corte exige que las leyes sean razonables, y esto encierra varios factores: 1) la norma debe perseguir una finalidad constitucional; 2) los medios deben ser adecuados con respecto a los fines; 3) los medios deben guardar algún grado de proporcionalidad con respecto a los fines; 4) no es función de los jueces juzgar acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de la medida ; y 5) no se deben alterar los derechos fundamentales, conforme al artículo 28 de la Constitución Nacional argentina. Quien debe probar la irrazonabilidad, en todos los casos, es aquel que alega la inconstitucionalidad.

### **3.4.1 Fundamento Constitucional Del Principio De Razonabilidad En El Derecho Argentino**

El principio de razonabilidad en el derecho argentino se fundamenta en los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional, el 28 expresa: “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que*

---

<sup>140</sup> *Ibidem*

<sup>141</sup> CS JN, “Inchauspe Hnos. c/ Junta Nac. de Carnes”, Fallos 199:483 (1944).

<sup>142</sup> *Ibidem*

<sup>143</sup> CSJN, “Peralta c/ Estado Nacional”, Fallos 313:1513 (1990).

<sup>144</sup> CSJN, “San Luis c/ Estado Nacional”, Fallos 326:417 (2003).

<sup>145</sup> C fr. CSJN, “Bustos c/ Estado Nacional”, Fallos 327:4495 (2005).

*reglamenten su ejercicio*”, de este modo se consagra la garantía de inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales; pero, bien una ley no puede alterar un derecho en su esencia, si puede delimitarlo o regular su contenido, o su ejercicio razonable. Por vía indirecta, a partir de este artículo se llega al principio de razonabilidad, implicando que la ley que regula el derecho no debe alterarlo, debe delimitarlo de un modo razonable sin afectar ni restringir su “contenido esencial”<sup>146</sup>. El artículo 33, en cuanto a la garantía de razonabilidad de las leyes, establece: “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”.

### **3.4.1.1 Razonabilidad Y Proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad europeo y el principio de razonabilidad (*substantive due process* o *reasonableness*) de origen anglosajón, son muy similares, pero lo que prinipiamente los une es la posibilidad del órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad de hacerlo sobre la sustancia o el contenido de los actos estatales. En el derecho europeo, la palabra “razonabilidad” se refiere generalmente a la “constitucionalidad o legalidad de los motivos o las razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado”<sup>147</sup>; lo que significa que se relaciona con la interpretación y aplicación del principio de igualdad.<sup>148</sup> Por otro lado, la proporcionalidad se refiere al análisis de la relación entre los medios y los fines del acto normativo; generalmente se entiende que el test de proporcionalidad es un examen de ponderación entre dos principios jurídicos, diciendo que cuando una norma restringe o reglamenta un derecho fundamental, sólo es admisible si el Estado tiene razones suficientes para su implementación, con lo que el principio perseguido por la norma debe ser “proporcionado” al principio que protege el derecho fundamental restringido o regulado.

El principio de proporcionalidad, en diversos países de Europa, tiene tres juicios internos por los cuales se realiza el control de constitucionalidad de la norma; se examina tanto la eficacia

---

<sup>146</sup> Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, II-A, p. 806

<sup>147</sup> José Ignacio López González, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, p. 117.

<sup>148</sup> Gustavo Zagrebelsky, “Su tre aspetti della ragionevolezza”, en *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, pp. 179-185.

(subprincipio de idoneidad o adecuación) como la eficiencia de la norma (subprincipio de necesidad), y la proporcionalidad entre los medios y los fines (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto); este análisis de proporcionalidad es un criterio de fundamentación de las decisiones que implica un control riguroso que se aplica principalmente a las normas que regulan derechos fundamentales. La norma que no atraviese alguno de estos juicios que se aplican escalonadamente será declarada como inconstitucional.

El principio de razonabilidad, o el debido proceso legal sustantivo que es aplicado en el derecho estadounidense, es un control estricto las normas que tratan sobre materias sensibles, sobre todo cuando afectan las llamadas “libertades preferidas”, o en ciertas materias del derecho a la igualdad de sexo, raza, religión, etc. Sin embargo, el debido proceso sustantivo es débil a la hora de controlar leyes de contenido económico ya que se recurre al escrutinio más tenue: el *rational basis review*. Después de la “era *Lochner*”, la Suprema Corte estadounidense invalidó muy pocas leyes que perseguían fines económicos basada en este test. De igual manera, se sigue admitiendo la posibilidad de un control de constitucionalidad por medio de un examen de la relación y ponderación entre los medios y los fines. En Argentina se ha tomado, principalmente, el modelo estadounidense de control de razonabilidad; su evolución histórica ha sido similar en ambos ordenamientos. El principio, de la manera en la que es aplicado por los jueces argentinos, carece de parámetros que permitan determinar un grado de predicción sobre su modo de aplicación; aun cuando pueda realizarse alguna diferencia entre la noción de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.

### **3.5 DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL CONTROL CONSTITUCIONAL DE RAZONABILIDAD**

#### **3.5.1 La Razonabilidad Como Principio**

La razonabilidad funciona como un criterio que permite llegar a una solución justa dentro del derecho, ya sea una solución normativa, una solución en un proceso contencioso, entre otras; esta solución exige que sea humana, no violenta, no arbitraria, y de algún modo, conforme a razones. De este modo, la razonabilidad es un factor que legitima el derecho, esta exigencia de razonabilidad o proporcionalidad es, ante todo, un principio; y de esa manera es reconocida en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, como por ejemplo en Alemania y España; y el ser considerada como principio significa que, a diferencia de las normas que no

admiten grados (reglas) un principio admite su aplicación en grados pero exige su máximo cumplimiento posible; son los llamados “mandatos de optimización”, según la definición de Alexy. Esta diferenciación entre principios y reglas es esencial para comprender la problemática de los derechos fundamentales ya que cuando colisionan dos reglas contrapuestas, una excluye a la otra y se aplica en toda su extensión, pero frente a dos principios, ninguno debe ni puede ser excluido, sino que los jueces deben buscar la armonización entre ellos procurando el ejercicio de los mismos en su mayor grado posible. Al exigir la razonabilidad dentro del ordenamiento jurídico, lo que se busca es el mayor grado de realización de esa razonabilidad, minimizando la arbitrariedad y buscando la armonización con otros principios como pueden ser otros derechos fundamentales, los mismos que operan como principios.

Con el principio de razonabilidad el juez debe buscar la maximización de la razonabilidad ya sea en la sanción de cualquier acto normativo, en la interpretación, o en su aplicación y control; esto significa que forma parte del ordenamiento jurídico independientemente de que sea o no declarado en forma expresa. El principio de razonabilidad o proporcionalidad, es un principio general del derecho, opera como un límite constitucional al poder del Estado, y como un criterio de control de las normas a fin de que su contenido sea conforme a derecho y que los derechos fundamentales no se vean afectados o alterados en su contenido esencial.

### **3.5.2 El Principio De Proporcionalidad En La Determinación De Afectación A Los Derechos Fundamentales**

El control constitucional que significa la proporcionalidad es como criterio de control en la aplicación e interpretación del derecho. Para esto, los jueces que tienen esta potestad deben analizar la norma vigilando que guarde una relación razonable entre los medios y los fines legítimos o constitucionales; adicionalmente, para que la norma sea constitucionalmente válida, corresponde que la misma esté de acuerdo con el resto de las finalidades constitucionales y sus principios a fin de poder lograr también la optimización de éstos. En ese aspecto, un control constitucional de razonabilidad debe incluir el examen de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial.

Existen dos teorías que se refieren a la protección de los principios fundamentales: la teoría absoluta, la cual afirma que existe un núcleo duro del derecho que debe ser protegido siempre, y un núcleo blando que puede ser manejado por el legislador y la teoría relativa, que señala que el contenido esencial es el que surge luego de aplicar el principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios: lo que es desproporcionado y sólo lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial<sup>149</sup>. Ambas teorías admiten la restricción de los derechos por límites externos. La teoría absoluta conduce al conflicto entre derechos y a la jerarquización, lo que implica rendir un derecho fundamental frente a otros considerados más importantes<sup>150</sup>. La teoría relativa tiene la idea de limitación de los derechos en cuanto la aplicación de los tres subprincipios y puede llevar a la justificación de la postergación de un derecho cuando la finalidad, o el beneficio, sea importante. La solución del problema respecto del contenido esencial debe comprender que los derechos fundamentales no tienen límites externos y que el contenido esencial de los derechos se determina internamente a partir de la finalidad del derecho mismo. Las leyes no limitan los derechos sino que delimitan el contenido esencial de los mismos y regulan su ejercicio razonable. Siendo esto es así, el control de razonabilidad no debe llevar a la restricción o limitación de un derecho, sino a la armonización de los derechos, sin afectar, limitar o alterar el contenido esencial de los mismos.

### **3.5.3 El Control De Razonabilidad En La Práctica.**

#### **3.5.3.1 Control De Razonabilidad De La Norma En Su Letra Y En Su Aplicación**

La Suprema Corte estadounidense ha elaborado una serie de criterios jurisprudenciales para juzgar la inconstitucionalidad de una ley que se conocen como la doctrina del “desafío facial”<sup>151</sup> (*facial challenge*), y la doctrina de la “aplicación” (*as applied challenge*). De esta manera, aquel que plantea la inconstitucionalidad de una norma lo puede hacer de dos maneras: 1) alegando la inconstitucionalidad de la norma en su letra (*on its face*), es decir, que la norma es inconstitucional para todos los supuestos de aplicación; o, 2) planteando la inconstitucionalidad en su aplicación (*as applied*), es decir, que la norma es inconstitucional

---

<sup>149</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 560.

<sup>150</sup> Pedro Serna y Fernando M. Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 46

<sup>151</sup> *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987).

sólo en la aplicación a un caso concreto<sup>152</sup>. Una vez que se detecta la inconstitucionalidad en la letra de la ley el juez debe declararla inconstitucional en su totalidad, esta declaración de inconstitucionalidad surte efectos *erga omnes*, o sea, que es para todos los casos de aplicación, quedando virtualmente derogada. Pero, si la norma es declarada inconstitucional en su aplicación, podrá hacerlo respecto de una parte de la norma o modificar sus alcances para el caso en análisis<sup>153</sup>. Esto quiere decir que el control de razonabilidad constitucional debe realizarse en toda su extensión, sobre la letra y en los casos concretos de aplicación, sin que ello implique la declaratoria de inconstitucionalidad universal de la norma. En el derecho argentino, la declaración de inconstitucionalidad de las normas tiene efectos *inter partes*, es decir, que solo surte efecto para el caso concreto resuelto, por lo que esta jurisprudencia norteamericana no es trasladable con todos sus alcances al derecho argentino<sup>154</sup>.

### **3.5.3.1.2 Los Cinco Juicios Del Control De Razonabilidad**

#### **3.5.3.1.2.1 Primer Test: El Juicio De Finalidad**

Tres cuestiones quedan abarcadas en este juicio:

- ¿Cuál es la finalidad?
- ¿Es constitucional?
- ¿Es socialmente relevante?<sup>155</sup>

Para el correcto control de constitucionalidad sobre la base de la razonabilidad, es necesario investigar y determinar la finalidad o las finalidades que persigue la norma, es necesario mencionar que es posible que una norma, o disposición particular, no persiga finalidad alguna, por lo cual deberá declararse su inconstitucionalidad ya que toda norma debe perseguir alguna finalidad legítima, por lo tanto, examinar minuciosamente la finalidad es lo que determinará una acertada aplicación de los juicios.

---

<sup>152</sup> David L. Franklin, "Facial Challenges, Legislative Purpose, and the Commerce Clause", 92 *Iowa L. Rev.* pp.41, 53-54.

<sup>153</sup> *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 546 U.S. 320 (2006).

<sup>154</sup> M. Sapag *El Principio De Proporcionalidad Y De Razonabilidad Como Límite Constitucional Al Poder Del Estado: Un Estudio Comparado* Dikaion, Vol. 22, Núm. 17, Diciembre, 2008, P. 170

<sup>155</sup> *Ibidem*

Es preciso que el juez no solamente conozca la intención del legislador o evalúe los motivos, sino que descubra la finalidad real detrás de ella. Para esto, el juez debe tener en cuenta las circunstancias de la norma, es decir, los hechos que motivaron la medida, los antecedentes, las fuentes jurídicas, etc. Respecto del análisis intrínseco, los propios medios empleados delatan la finalidad de la medida; el juez puede tener en cuenta la finalidad de los medios, de acuerdo con lo que la experiencia demuestra como efectos de los mismos.

Luego hay que verificar la legitimidad del fin normativo. La finalidad de la norma debe ser conforme a la Constitución, y no estar prohibida explícita o implícitamente.<sup>156</sup> Luego corresponde determinar si la finalidad es socialmente relevante, esto significa que la finalidad debe estar dirigida a la justicia y al bien común; no al interés de particulares., dicho con otras palabras, la norma que no persiga ninguna finalidad pública, o que su finalidad sea inconstitucional o socialmente irrelevante, deberá ser declarada inconstitucional por el juez.

#### **3.5.3.1.2.2 Segundo Test: El Juicio De Adecuación**

También llamado de idoneidad, este juicio examina la eficacia de los medios adoptados frente a la finalidad perseguida por la norma. Es decir, que una norma que no establezca medios que sean capaces de lograr la finalidad deseada debe ser declarada inconstitucional por no ser razonable. Este juicio y el de finalidad, conforman el subprincipio de adecuación, la cual debe ser realizada en el momento y las circunstancias de la aplicación de la norma, de tal modo que si era inadecuada al momento de su sanción, pero resulta adecuada posteriormente, es razonable. La adecuación puede evaluarse y probarse por distintos medios. Muchas veces el juicio es técnico, por lo que se deberá probar científicamente la adecuación de la medida y en caso de duda, se estará a favor de la constitucionalidad, ya que la prueba recae sobre quien alega la inconstitucionalidad.

#### **3.5.3.1.2.3 Tercer Test: El Juicio De Necesidad**

Este juicio es el que se conoce como subprincipio de necesidad o de indispensabilidad y se formula en términos negativos, es decir que la norma debe ser la que menos restrinja el derecho fundamental entre otras normas eficaces, sin embargo, Bernal Pulido señala que la

---

<sup>156</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 690-712.

medida debe ser la más “benigna”<sup>157</sup> entre otras medidas igualmente eficaces, pero lo que se debe analizar es la eficiencia de la medida en comparación con otras medidas eficaces, es decir, que debe implementarse la medida que mejor logre la finalidad propuesta; una norma ineficiente no supera este test.

#### **3.5.3.1.2.4 Cuarto Test: El Juicio De Proporcionalidad (En Sentido Estricto)**

Más que una ponderación entre dos principios en conflicto, es una comparación de los costos y beneficios de la norma, en el cual, si se concluye que los costos son superiores a los beneficios, la norma debe ser declarada inconstitucional, para esta evaluación se debe considerar el carácter de la medida y la relevancia de la finalidad que implican, en este juicio la valoración que realicen los jueces debe estar suficientemente motivada y fundamentada.

En este juicio no debe realizarse un balance entre los derechos, como el *balancing test* que se aplica en el derecho estadounidense para resolver problemas de derechos fundamentales, este juicio consiste en balancear el derecho regulado o afectado frente al derecho que busca proteger la finalidad de la medida; una aplicación similar existe en el derecho europeo con la regla de ponderación o de conflicto. En este juicio no se busca jerarquizar los derechos, sea en forma abstracta o concreta, más bien pretende que se cuantifiquen y califiquen de algún modo los medios con respecto a los fines que se pretende alcanzar a efectos de vislumbrar la proporción que debe existir entre los costos y los beneficios y, así, se brinden razones para ello. Los beneficios deben resultar siempre mayores que los costos, de otra forma, la norma no tendría “razón” de ser.

#### **3.5.3.1.2.5 Quinto Test: El Juicio De Respeto Al Contenido Esencial De Los Derechos Regulados**

El control de proporcionalidad no se puede limitar a un simple control de costos frente a los beneficios de la medida y fin ya que eso no garantiza la intangibilidad de los derechos fundamentales en conflicto. Junto con los juicios mencionados anteriormente, es necesario controlar la norma tomando en consideración los fines constitucionales como es la garantía de los principios constitucionales y derechos fundamentales, así como del ordenamiento jurídico.

---

<sup>157</sup> Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 734.

Es vital verificar si la norma altera o vulnera el contenido esencial de los derechos que aparecen en contexto o de aquellos que son regulados por la ley; para esto se requiere que se realice una interpretación del derecho fundamental tomando como punto de partida el bien jurídico protegido y su función en el sistema de los derechos, a fin de encontrar su armonización con los demás derechos y no de hacerlos entrar en conflicto. De esta manera, el juez podrá evaluar si la ley en cuestión altera el ejercicio de un derecho fundamental. Una norma determinada puede superar todos los juicios anteriores, pero no puede, bajo ninguna circunstancia, violar la garantía de la inalterabilidad de los derechos de los ciudadanos consagrados en la constitución, una norma con semejantes características no puede existir dentro del ordenamiento jurídico constitucional, y el juez debe declarar su irrazonabilidad e inconstitucionalidad.

### **3.6 ESTUDIO PRÁCTICO DEL CASO CERVECERÍA NACIONAL, UNA SENTENCIA JUDICIAL EN ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL ECUADOR<sup>158</sup>**

#### **3.6.1 El Caso**

Dentro del Recurso de Apelación No. 41-DTAJ-2010, interpuesto por los trabajadores y ex trabajadores intermediados y tercerizados de la Compañía Cervecería Nacional C.A., el Ministro de Relaciones Laborales dictó el 7 de julio de 2010, una resolución por la cual declara: "*(...) este Ministerio no es competente para conocer, tramitar y resolver sobre la existencia de un derecho individual a percibir utilidades, ya que ésta es privativa de los jueces del trabajo conforme lo manda el Art. 568 del Código del Trabajo (...)*".

Los mismos trabajadores presentaron una Acción de Protección Constitucional que contenía como pretensión que "*(...) en sentencia se declare la nulidad de la Resolución que dictó el Ministra de Relaciones Laborales (...) por cuanto dicha resolución administrativa vulnera tanto el principio constitucional de que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)*" Según los demandantes, en una resolución de 4 de julio de 2007 del mismo órgano administrativo que decidiera un caso sustancialmente igual, se declaró la competencia administrativa para resolver sobre el pago de las utilidades

---

<sup>158</sup> (Tomado de la exposición del Dr. Jorge Zavala Egas, durante el ciclo de conferencias magistrales como parte del programa de Educación Continua de la Universidad Espíritu Santo de Guayaquil en junio del 2012)

laborales reclamadas y ordenó que se haga el depósito en la respectiva cuenta del Banco Central del Ecuador.

Según la demanda, *"La desigualdad en la protección de la ley, como lo establece la Corte Constitucional se produce cuando un órgano aplicador del Derecho (bien un órgano de la Administración, bien un órgano Judicial) interpreta la norma pertinente en un supuesto determinado de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales"*.

La Sentencia del Juez, recaída en el expediente 893-2010-F, en la que se recoge las pretensiones y el fundamento, plantea la pregunta ¿Es irracional o desproporcionado, con respecto al principio de igualdad, que una autoridad pública decida sobre un tema en forma distinta a como lo hizo antes en otra causa que trató una situación esencialmente igual?

La Sentencia declara: *"(. . .) No podía ni puede emitir resoluciones distintas, y menos en una cuestión relativa a la competencia. Y si lo hizo, tenía que dar las razones para justificar un cambio de criterio. Ante supuestos fácticos semejantes, el Ministerio de Trabajo aplicó la misma norma en un sentido diferente y se declaró, para un grupo, competente y, para otro, incompetente. Usó la ley para proteger a unos, y utilizó la misma ley para desamparar a otros. El principio de igualdad impide separarse en un caso concreto del criterio seguido con anterioridad (si concurren las mismas circunstancias de hecho, no cabe discriminar sin fundamento, y tratar de forma desigual a dos personas o grupos de personas que están en la misma posición). La igualdad impide que la Administración trate de forma diferente a varios ciudadanos que bajo el mismo marco legal han formulado una solicitud con idéntico contenido. El principio de seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad impiden que a lo largo del tiempo se trate de forma diferente personas que se encuentren en la misma posición"* (Considerando Noveno).

Esta parte de la sentencia se refiere a lo anteriormente resuelto, y que se busca que se tome como o precedente, en el caso "Holcim" el cual, dentro del proceso, actúa como base de la supuesta discriminación laboral de los accionantes. El Fallo del Juez de protección no sólo anuló la decisión administrativa, también dispuso que el Ministro dicte la resolución "que ordene y ejecute el pago de las utilidades reclamadas, tal como lo hizo el mismo Ministerio en

el Caso “Holcim”, es decir, que se declare el derecho de los trabajadores de la Cervecería a percibir las utilidades no pagadas y que se ejecute el pago de 92 millones de dólares.

### **3.6.2 La Argumentación Del Juez Sobre El Principio De Igualdad**

El centro de la demanda y que se resuelve en la Sentencia es el principio de igualdad que reconoce la Constitución de la República en el artículo 66.4 y, sobre éste, en el Considerando Sexto el Juez hace referencia a los cuatro mandatos establecidos por Carlos Bernal Pulido para tener la dimensión objetiva del principio; sin embargo, Bernal Pulido diferencia lo que es el nivel en el que se proyecta como principio de igualdad //ante// la ley lo que es //en// la ley; el primero, se refiere a la dimensión de aplicación del principio y el segundo es el derecho fundamental que debe respetar el legislador en la creación de las normas.

El Juez se acoge a la doctrina de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre el principio de igualdad «ante» la ley, en cuanto a decidir si un tratamiento diferente es discriminatorio, utilizando como método de interpretación del derecho de igualdad, el principio de razonabilidad o proporcionalidad, dando como resultado que en la sentencia el Considerando Sexto señala: *“(…) Para la Corte Constitucional del Ecuador el derecho a la igualdad prohíbe la existencia de un trato diferente entre dos sujetos o grupos de sujetos puestos en la misma situación fáctica o jurídica, en otras palabras, no se justifica la diferencia de trato o protección de la ley cuando existiendo situaciones similares o equiparables se realice una diferenciación sin justificación. Hay discriminación cuando existe diferencia en situaciones similares, cuando lo diferencia no tiene justificación objetiva razonable y no hay proporcionalidad entre los medios y el objeto (sentencia No. 002-09-SIN-CC)”* Esto quiere decir que el tratamiento diferenciado en la protección de derechos en cuanto a una aplicación distinta de la ley, exige un fundamento constitucional legítimo y no arbitrario, y que debe ser razonable y proporcionado.

En consecuencia, el Juez dice que el principio de proporcionalidad es funcional en cuanto sirve para la interpretación de las normas de derechos, como método para formular el juicio de igualdad ante la ley solamente para la aplicación de una norma de competencia administrativa en dos casos similares

El principio de proporcionalidad es protector de los derechos de las personas frente a las actuaciones de la Administración, la misma que para cumplir un fin determinado, toma medidas que los sacrifican o limitan y el límite de esa limitación es la proporcionalidad, ya que, sólo hasta ese extremo puede llegar la incidencia administrativa, incluso la legislativa, en el ámbito de los derechos (por lo tanto decir que el principio de proporcionalidad se debe usar solo para la aplicación de una norma en competencia administrativa es un error)

### **3.6.3 Sobre El Principio De Proporcionalidad Que Sin Pertinencia Cita El Juez**

El principio de proporcionalidad es de extracción constitucional, establecido en el artículo 76 de la Constitución que señala: “(...) *en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (. . .)*; este principio constitucional es el que prohíbe la arbitrariedad en la actividad de la Administración pública y en la actividad de los jueces que tenga por efectos crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de toda especie, ya que en esos procedimientos, se debe asegurar el “debido proceso”, adjetivo, cumpliendo las diferentes fases predeterminadas por la ley, como el sustantivo, cuando se toma la decisión final que debe ser razonable y proporcionada.

La proporcionalidad de un acto o de una norma que afecta a un derecho se comprueba en cuatro fases:

1. Se determina el fin de la afectación del derecho protegido, el cual siempre debe ser constitucionalmente legítimo y justificado;
2. Se Comprueba la idoneidad para alcanzar la finalidad de la intervención en el derecho;
3. Se constata la necesidad de adoptar la medida y de que no existe otro medio, o al menos uno que afecte menos, al derecho afectado; y,
4. Se Comprueba la proporcionalidad de la medida en sentido estricto, es decir, si para el o los destinatarios de la misma ésta es tolerable.

Según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la proporcionalidad no constituye ni estructura un juicio de constitucionalidad, es apenas un principio usado como método o regla de interpretación de los derechos constitucionales; y así lo dice la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional en el artículo 3: “(...) *Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y*

*reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:*

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

El juez comete un error al pretender analizar el caso de la decisión administrativa del Ministro de Relaciones Laborales, al adoptarla como ejercicio de potestad establecida sobre la competencia del órgano del que es titular, no en el campo de la legalidad que corresponde, sino frente al derecho de igualdad ante la ley que no tiene nada que ver en el asunto, porque no se trata de una resolución administrativa regule en forma directa los derechos subjetivos de personas con referencia a otros, ni expande uno restringiendo a otro y por lo tanto no es posible practicar algún tipo de juicio de proporcionalidad sobre una decisión que no involucra sacrificio o limitación de derechos de los involucrados.

La acción de protección se basa en que la decisión administrativa vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, lo cual, no tiene comparación, pues, en este caso, no supone la existencia de alteridad, es decir, otro grupo de personas en situaciones idénticas, de las que uno sale favorecido y otro grupo discriminado. Por ejemplo, que el Ministro, en este caso, haya expresado: "me declaro competente para resolver lo petitionado por "Holcim", pero me afirmo incompetente para lo que solicitan "Los trabajadores de la Cervecería", no obstante que es lo mismo". Por el contrario, en el caso en mención sólo existe el grupo de personas supuestamente afectadas por la decisión, faltando las terceras beneficiadas que pudieran servir como contraparte beneficiada que pudiera servir de base para concluir en una discriminación.

Como bien manifiesta el Juez en el Considerando Sexto: "(...) *para determinar en el caso sub judice si existe o no una vulneración al derecho a la igualdad es preciso que se proponga un tertium comparationis válido, esto es, un término de comparación que sea suficiente y adecuado, a partir del cual sea posible constatar que, ante situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente, sin mediar razones objetivas y*

*razonables que lo legitimen (...) la igualdad es un derecho relacional (...)*". Hasta ahí tiene razón, pero, por otro lado no dice cuál es el término de comparación o sea cuál es, en la relación de la decisión de ese caso, el grupo que recibió un trato diferente y no lo puede hacer porque no existe; lo que el Juez hace es comparar la decisión de un caso en juzgamiento, que no puede jamás ser discriminatoria, con una resolución adoptada en caso análogo que tampoco es discriminatorio, y de la comparación entre ambas resoluciones, afirma que la que está en juzgamiento es "distinta, opuesta y contradictoria", como en efecto lo es, pero no necesariamente vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley; ya que en la primera decisión (Holcim) todos los sujetos recibieron igual trato y en la segunda (Cervecería), también. En las resoluciones no hay términos que permitan arribar a la conclusión de que hubo discriminación. Lo acusan los trabajadores es el cambio de criterio entre la primera y la segunda decisión, y que eso vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley debido a que la decisión de Holcim fue favorable a los derechos laborales reclamados mientras que en la de Cervecería se abstiene de pronunciarse en forma positiva o negativa, alegando la incompetencia para resolver y dispone que la decisión se adopte en sede judicial.

También se debe señalar, que en ninguno de los dos casos, el órgano administrativo (Ministro) tiene la facultad para resolver discrecionalmente si es o no competente para decidir sobre la acción de los ex trabajadores, la autoridad debe simplemente declarar lo que el enunciado normativo prescribe, claro, según su interpretación. Sólo si la autoridad tuviera facultad de decisión en forma discrecional su intervención en la igualdad de tratamiento (derecho de igualdad), asumiendo la competencia para resolver lo peticionado o negándola y debiendo omitir cualquier respuesta, tal actuación podría ser sometida al test de proporcionalidad y determinar si hubo discrimen o no, pero no es así en este caso, es la Ley la que dispone que resuelva sobre lo peticionado porque es competente o le ordena que no actúe porque carece de la competencia; en el caso Holcim lo hizo con fundamentos y en el segundo también, pese a que su decisión fuera diferente; en consecuencia, de lo que se trata aquí es de dos aplicaciones diferentes de la ley ya que cada una obedece a distintas interpretaciones por parte del mismo órgano administrativo (Ministerio), el cual asignó, en distintos momentos, al mismo enunciado legal, motivadamente, diferentes criterios acerca de competencia del mismo; por ende, es necesario que las resoluciones administrativas contradictorias se sometan al juicio de legalidad del cual una, necesariamente, será invalidada o anulada, aunque también puede suceder que las dos sean declaradas legítimas,

Lo que es claro es que el Juez ante el que se presentó la acción de protección no puede resolver el tema de legalidad ordinaria, por no ser competente para realizar la función de unificar decisiones contradictorias en materia de competencia administrativa, ya que eso le corresponde, exclusivamente, a los jueces de lo contencioso administrativo.

Se ha establecido en la jurisprudencia que el cambio de criterio en la decisión judicial o administrativa no genera discrimen cuando, según la doctrina, existe una fundamentación expresada de modo explícito, lo cual acepta el Juez de protección cuando afirma que "(...) *el órgano no podía ni puede emitir dos resoluciones distintas y si lo hizo tenía que dar las razones para justificar un cambio de criterio*" (*Considerando Noveno*). También, afirma la jurisprudencia que se actúa sin vulnerar el principio de igualdad, aun cuando no se expresa explícitamente el fundamento para el cambio de criterio, siempre y cuando se lo pueda inferir de los términos de la resolución donde se encuentra implícito.

¿Puede, un órgano administrativo cambiar de criterio sobre el significado de una norma legal sin vulnerar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley? ,es decir, ¿Puede aplicar una distinta interpretación de la ley que la aplicada en una resolución anterior sin lesión a derecho alguno? La respuesta es sí, cuando está debidamente motivada y legalmente fundamentada.

#### **3.6.4 La Decisión Objeto De La Acción De Protección No Es Regulatoria De Derechos, Es Sobre La Competencia Material Del Órgano**

En este caso, la decisión administrativa que se califica de lesiva de derechos no tiene efectos regulatorios sobre los derechos de las personas actoras, la resolución acusada de vulnerar el derecho de igualdad no manda, prohíbe o permite, no regula, no restringe, no limita posiciones de ventaja o derechos subjetivos, por el contrario, simplemente se abstiene de regular conducta o hecho alguno y, por lo tanto, no hay derecho constitucional alguno sacrificado o limitado por la decisión. No hay como realizar un juicio de igualdad entre derechos sacrificados y otros favorecidos porque no existen derechos en dichas condiciones.

### **3.6.5 El Precedente Administrativo Y Su Efecto Vinculante**

La Sentencia manifiesta que la decisión del órgano administrativo de declararse incompetente en materia de utilidades vulnera el principio de igualdad porque existe un “precedente administrativo” en el cual, en un caso esencialmente igual, declara su competencia para decidir el asunto de las utilidades de los ex trabajadores, y además afirma que ese precedente es de carácter vinculante. Para reforzar el argumento trae la cita de la profesora- investigadora de la Universidad Autónoma de Madrid, Silvia Diez Sastre, pero el Juez omite señalar dos presupuestos sustanciales que la autora resalta en la misma obra que cita y que son contrarios al argumento de la Sentencia: a) el requerimiento de la multiplicidad de causas que constituyan una práctica administrativa continuada, para que se configure un precedente administrativo y, b) que la Administración puede aceptar precedentes, previa ponderación del caso, solo cuando ejerce su potestad discrecional y, en este supuesto, siempre que se considere cerrada o agotada la discrecionalidad administrativa que es inagotable.

Es incoherente, inconsistente e irracional afirmar que el principio de legalidad, que es el que regula los actos administrativos que son producto del ejercicio de la potestad reglada, pueda rendirse ante la vinculación del precedente administrativo, se trate de uno o cientos de casos, dado que tal precedente no es reconocido como fuente de derecho.

### **3.6.6 No Existe La Arbitrariedad De La Autoridad Pública**

En el Considerando Noveno de la sentencia, el juez afirma: *"El Ministro de Relaciones Laborales en el caso que motiva este análisis actuó arbitrariamente. No podía ni puede emitir resoluciones distintas, y menos en una cuestión relativa a la competencia. Y si lo hizo, tenía que dar las razones para justificar un cambio de criterio. Ante supuestos fácticos semejantes, el Ministerio de Trabajo aplicó la misma norma en un sentido diferente y se declaró, para un grupo, competente y, para otro incompetente (...)"*. El juez no puede calificar, aun en caso que tener razón de arbitraria la decisión ministerial, sino de ilegal, pues, se está tratando estrictamente la legalidad y no en el espacio de la discrecionalidad administrativa y solo existen dos panoramas posibles: el Ministro es competente según la ley y dictó una resolución ilegal o es incompetente según la ley y dictó una resolución adecuada a la legalidad. Los efectos son la nulidad de la que fuese calificada por autoridad competente.

### **3.6.7 Improcedencia De La Acción De Protección**

En este caso concreto, el tema de importancia que omite considerar el Juez es que la decisión sobre la competencia administrativa es un asunto de simple interpretación y aplicación normativa en el plano de la legalidad y que, como no existe espacio alguno de discrecionalidad para que funcione el supuesto “precedente administrativo”, que no hay posibilidad de lesión al principio de igualdad, y que en ningún caso puede haber vulneración al principio de seguridad jurídica, dado que el precedente administrativo no está reconocido como fuente de Derecho, no se dan los supuestos que motivaron la resolución de procedencia de la acción de protección.

## **CAPÍTULO IV**

### **METODOLOGÍA**

## **CAPÍTULO 4.**

### **METODOLOGÍA**

#### **4.1 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

La finalidad del presente trabajo es conocer el origen, desarrollo y aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación constitucional a través de la historia y su aplicación práctica dentro del derecho ecuatoriano, así como establecer la importancia de la misma dentro del desarrollo académico de los futuros profesionales del derecho.

Investigar, es el acto humano de indagar a partir de un supuesto con la finalidad de descubrir algo, el ser humano es un investigador por excelencia, está en la naturaleza humana la sed de conocimiento y la comprensión de los fenómenos que nos rodean.

El método más común de investigación es el método científico que es una serie de pasos establecidos previamente con la finalidad de encontrar y adquirir conocimientos a través de diversos métodos y técnicas.

Para realizar esta investigación los métodos que fueron utilizados fueron:

- Analítico
- Deductivo
- Descriptivo
- Comparativo

Estos métodos fueron sometidos a un proceso de análisis histórico y comparado que permitieron conseguir un entendimiento mejorado de lo que es el principio de proporcionalidad constitucional, así como de la ponderación que es, sin duda, su pilar más importante, pese a no ser el único.

Es necesario indicar que el resultado de esta investigación tuvo una variada gama de fuentes de investigación, principalmente documentales, sin dejar de lado a las de laboratorio y de campo. Estas fuentes me permitieron no solo tener un conocimiento más amplio de lo que trata el estudio, sino que hicieron posible un acercamiento directo con la realidad jurídica del país, lo cual otorga a esta investigación el carácter de primaria ya que los datos que presenta esta investigación fueron recopilados y procesados por quien realizó el presente trabajo.

## **4.2 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN**

Lo primordial para que una investigación sea científicamente válida es que esté sustentada en información verificable, que sea coherente con lo que se pretende demostrar con la hipótesis que se ha formulado. Para esto es de vital importancia realizar un proceso ordenado de recopilación de datos de manera planificada, con objetivos claros sobre los alcances de la información que es recolectada, así como de los resultados que se pretende obtener.<sup>159</sup>

Los métodos aplicados principalmente en el presente trabajo son el documental y el descriptivo, los cuales permitieron recopilar abundante información sobre el origen y aplicación del Principio de Proporcionalidad y la Ponderación Constitucional, que en combinación con el trabajo de campo y el procesamiento científico de los datos recolectados me permitió una interpretación racional y objetiva de los mismos.

### **4.2.1 Fuentes De Información**

Las fuentes de información son todos los medios que permiten un acceso directo o indirecto a la información, para de esta manera satisfacer la necesidad de conocimiento sobre una situación determinada, en el presente caso, el motivo del trabajo, y que es utilizado para logar los objetivos trazados.

Estas fuentes, según su origen, se clasifican en:

- Primarias
- Secundarias

---

<sup>159</sup> Facultad de Ingeniería-Universidad Rafael Landívar, boletín electrónico No. 03 “Métodos de Recolección de Datos para una investigación”, Ing. Mariela Torres, //www.tec.url.edu.gt/boletín.pdf

Las fuentes primarias son la que proporcionan directamente los datos que se recogen de la población o del área de muestreo predeterminada; las fuentes secundarias son las que proporcionan información de datos que han sido elaborados con anterioridad, por ejemplo, libros de consulta, internet, boletines informativos, etc.

A su vez las fuentes primarias se subdividen en observación directa e indirecta. La observación directa es cuando el investigador obtiene los datos directamente de la población muestral, por medio de estudios estadísticos cara a cara; mientras que la observación indirecta es cuando los datos obtenidos por el investigador son elaborados por medio de cuestionarios o entrevistas, lo que hace necesario, la elaboración de una encuesta.

#### **4.2.2 La Encuesta**

Este método de obtener información constituye, sin duda, el punto medio entre la observación y la experimentación, ya que a través de la que se puede registrar situaciones que pueden ser observadas en la población; por esto se dice que la encuesta es el método descriptivo con el cual es posible identificar ideas, situaciones y fenómenos en general.

La encuesta es una investigación realizada sobre una población muestral de sujetos que representa a un colectivo de mayor amplitud, en la cual se utilizan métodos estandarizados de interrogación con la finalidad de obtener mediciones numéricas de las manifestaciones objetivas y subjetivas de dicha población.

La aplicación de una encuesta a una sección representativa de la población, se la realiza con la finalidad de obtener resultados tangibles que puedan ser trasladados al conjunto total de la población.

Las características de la encuesta son:

1. Es un método de investigación
2. Es una observación no directa de los hechos por medio de los que manifiestas los interesados.
3. Permite la aplicación a gran escala, por medio de un sistema muestreo que puede abarcar a la totalidad de la población basada en sectores muestrales.

Con estas características, la encuesta se convierte en el método de investigación más comúnmente utilizado.

#### **4.2.2.1 Pasos Para Preparar Una Encuesta**

1. Definir el objeto de la encuesta.
2. Elaborar el cuestionario a ser aplicado.
3. Trabajo de campo (selección y capacitación de los encuestadores).
4. Procesamiento y tabulación de los resultados obtenidos.
5. Presentación de informe de resultados.

#### **4.2.2.2 Tipos De Preguntas**

1. Selección Múltiple: permite elegir varias respuestas a la misma serie de preguntas.
2. Dicotómicas: solo admite respuestas de SI o NO.
3. Cerradas: solo se puede elegir una respuesta entre varias opciones.
4. Abiertas: el encuestado puede responder según su criterio.<sup>160</sup>

#### **4.2.2.3 El Sistema Muestral Y La Población**

La población es el conjunto de personas que poseen alguna característica común, esa misma denominación tiene el conjunto de datos que se obtienen de la investigación realizada.<sup>161</sup>

Una vez determinado el universo poblacional se procedió a la realización del muestreo aleatorio, por medio del cual se espera conseguir que las respuestas obtenidas y sus propiedades sean referenciales a la población general, este es un procedimiento auxiliar dentro del método descriptivo, el cual permite ahorrar recursos y a su vez obtener resultados tentativos de la opinión de la totalidad de la población la cual será definida de la siguiente manera:

---

<sup>160</sup>V. Marban Gallego, "La Encuesta Estadística", Universidad de Alcalá, Madrid/www.uah.es/vicente\_marban/assignaturas/sociologia%20economica.pdf

<sup>161</sup> F. Leiva, "Nociones de Metodología de Investigación Científica", Quito, 1996, p. 25

<b>ESTRATO</b>	<b>NO. DE ENCUESTADOS</b>
FUNCIONARIOS JUDICIALES DEL GUAYAS (JUECES)	19
ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO	15

La encuesta se realizó al nivel de estrato que forma parte de la Administración de Justicia en la provincia de El Guayas.

En algún momento, todos los ciudadanos pueden convertirse en usuarios de la Administración de Justicia, por lo que se convierten en tenedores del derecho de recurrir a ella en defensa de sus derechos en caso de ser violentados o ignorados por disposiciones gubernamentales o actos de terceros; por otro lado están los abogados en libre ejercicio de la profesión; y todos los jueces, los mismos que tienen la calidad de constitucionales, y están facultados para otorgar o negar acciones de protección en caso de que sea requeridas por los ciudadanos.

Para el presente estudio, tal como se encuentra establecido en el cuadro arriba mencionado se tomó un porcentaje de cada uno de los estratos señalados que componen la administración de justicia, ya sea como usuario, funcionario o beneficiario de la misma, de esta manera se realizó la encuesta a 19 jueces y 15 abogados en libre ejercicio de la profesión, intentando abarcar la totalidad del universo a lo que concierne con el conocimiento del principio de proporcionalidad y ponderación constitucional.

#### **4.2.2.4 Instrumento De Medición “La Encuesta”**

Las encuestas fueron entregadas a los consultados, las mismas que estaban compuestas por un total de cuatro preguntas, tres preguntas dicotómicas, con opción de respuesta de SI o NO y una pregunta con cuatro opciones, dejando al final, al consultado la opción de emitir algún comentario para completar o aclarare algún punto que crea pertinente. Se deja establecido que cada una de las encuestas realizadas fue contestada individualmente por los encuestados.

Con la aplicación de esta encuesta, se pretendió conocer si el principio de proporcionalidad y la ponderación constitucional son temas que se manejan correctamente a nivel de los jueces de la provincia de El Guayas, obteniendo interesantes resultados.

#### 4.2.2.5 Presentación De La Encuesta

Buenos/as días/tardes

Mi nombre es Andrés Loor Moreira, egresado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, me encuentro realizando mi proyecto de investigación denominado **LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ECUATORIANO (LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN)**, a fin de poder alcanzar el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales del Ecuador.

Necesito su amable colaboración a fin de que sean contestadas las cuatro preguntas en el cuestionario que le entregaré ya que necesito su opinión como profesional del derecho/administrador de justicia ya que tiene como objetivo conocer su noción y opinión en relación a la aplicación de estos temas, por eso le solicito, que sus respuestas sean dadas con la mayor sinceridad posible, advirtiéndole por supuesto que sus respuestas y comentarios no requieren su identificación personal.

Gracias por su amable ayuda.

## ENCUESTA

1.- CONOCE USTED QUE ES EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL?

SI \_\_\_\_

NO \_\_\_\_

NO RESPONDE \_\_\_\_

2.- CONOCE USTED QUE EXISTEN OCASIONES EN LAS CUALES LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN ENTRAN EN CONFLICTO Y PUEDEN LLEGAR A SER SUPERADOS POR OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES?

SI \_\_\_\_

NO \_\_\_\_

NO RESPONDE \_\_\_\_

3.- CONOCE USTED EN QUÉ MOMENTO DE LA TRAMITACIÓN DE UNA ACCIÓN DE PROTECCIÓN SE INVOCA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL?

SI \_\_\_\_

NO \_\_\_\_

NO RESPONDE \_\_\_\_

4.- QUÉ CREE USTED QUE HACE FALTA PARA DESARROLLAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ECUATORIANO?

- CONOCIMIENTO/CAPACITACIÓN/PREPARACIÓN
- OBJETIVIDAD
- SANA CRÍTICA
- JURISPRUDENCIA

#### 4.2.2.6. Procesamiento De La Información

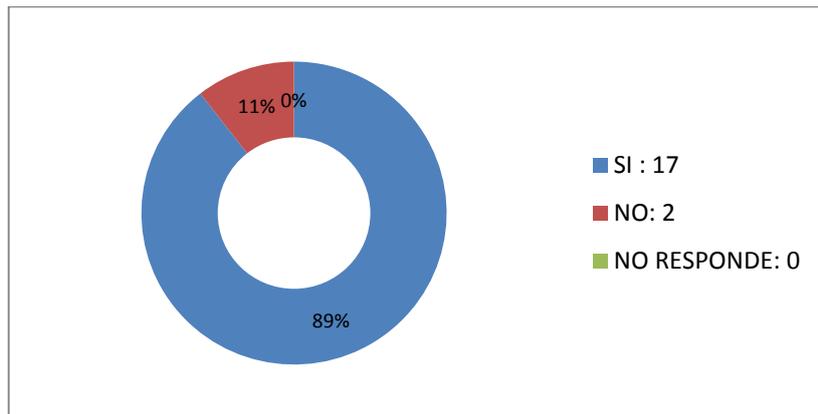
Una vez realizadas las encuestas, la información que se obtuvo del cuestionario, fue ubicada en cuadros estadísticos de acuerdo a cada uno de los estratos consultados y a cada pregunta formulada, a fin de por obtener un resultado global con la unión de la respuesta de los dos estratos.

#### 4.2.2.7 Instrumentación De Los Datos

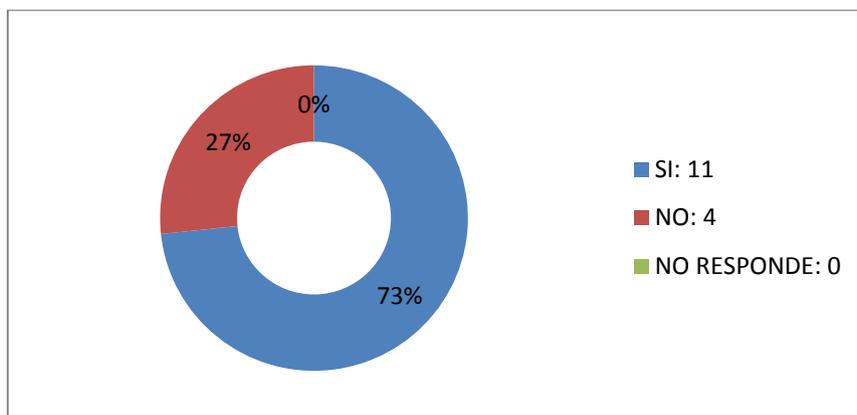
##### **Pregunta No. 1**

**¿Conoce usted que es el principio de proporcionalidad constitucional?**

##### **Jueces:**



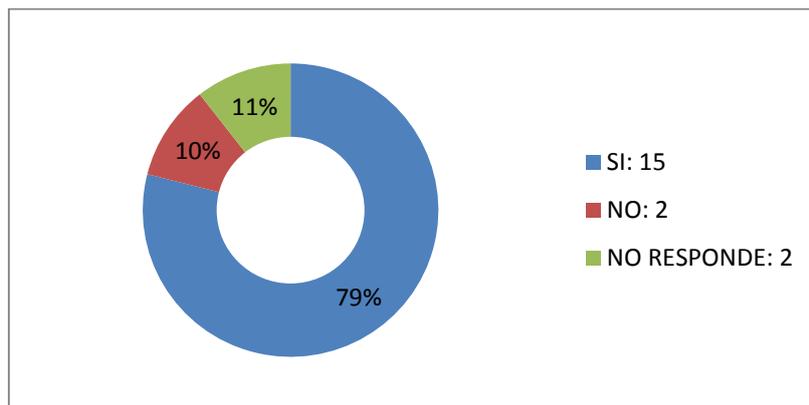
##### **Abogados libre ejercicio:**



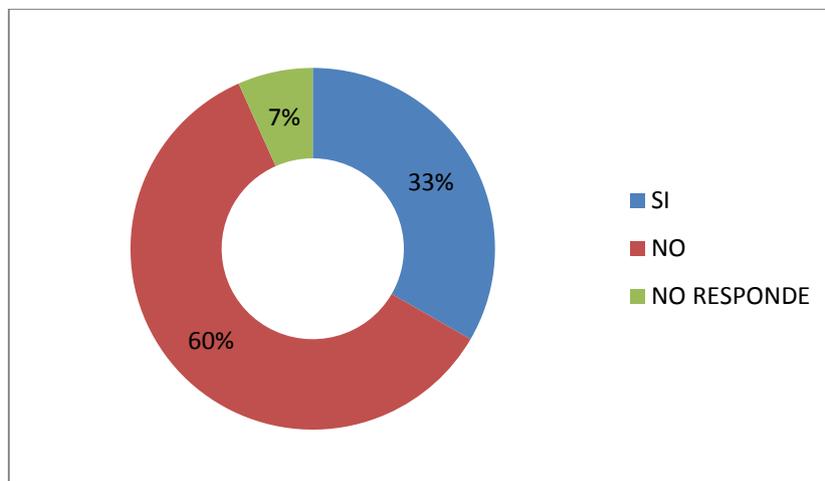
## Pregunta No. 2

¿Conoce usted que existen ocasiones en las cuales los derechos garantizados por la constitución entran en conflicto y pueden llegar a ser superados por otros derechos constitucionales?

**Jueces:**



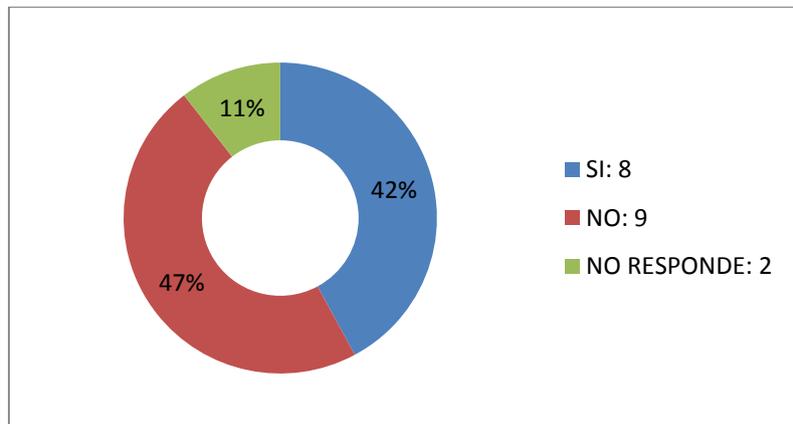
**Abogados libre ejercicio:**



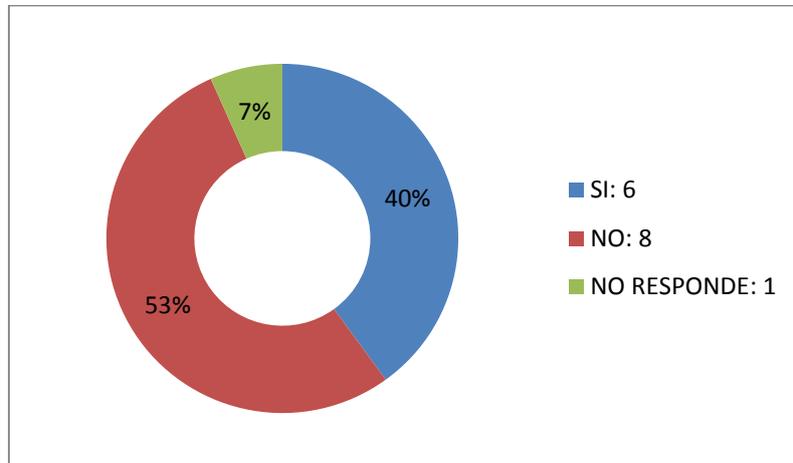
### Pregunta No. 3

¿Conoce usted en qué momento de la tramitación de una acción de protección se invoca el principio de proporcionalidad constitucional?

**Jueces:**



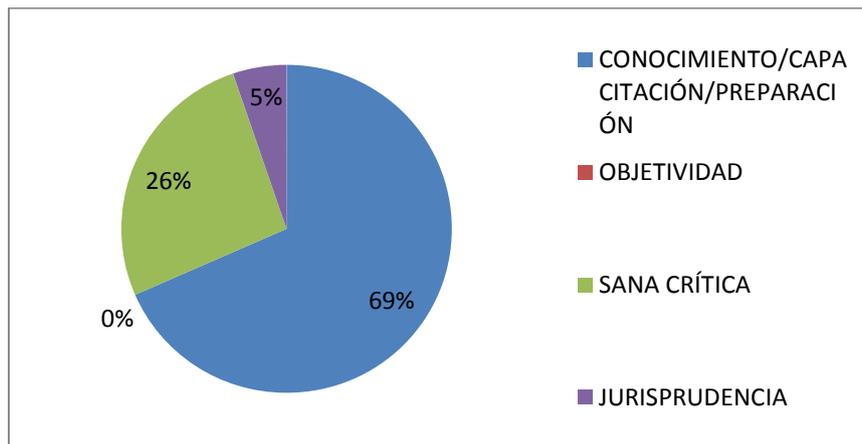
**Abogados libre ejercicio:**



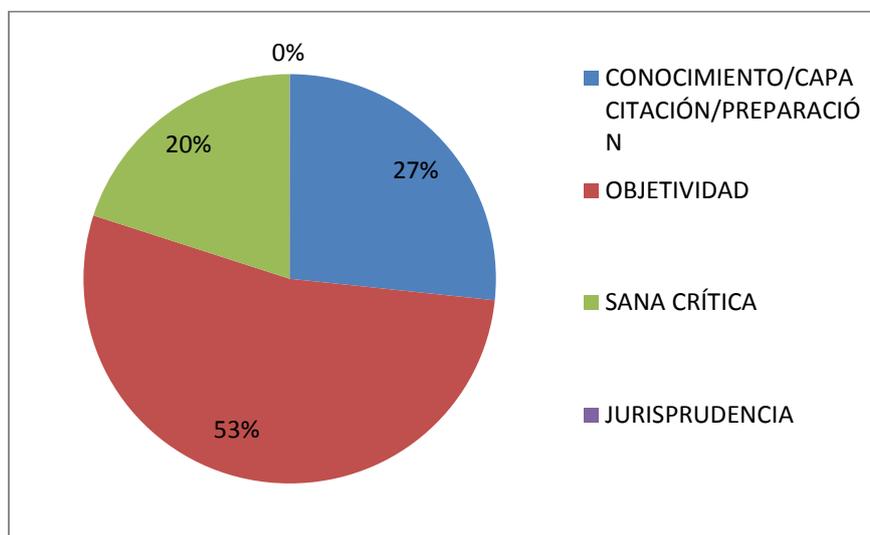
#### Pregunta No. 4

¿Qué cree usted que hace falta para desarrollar la aplicación del principio de proporcionalidad constitucional en el derecho ecuatoriano?

**Jueces:**



**Abogados libre ejercicio:**



## **CAPÍTULO V**

### **APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA**

## **CAPÍTULO 5.**

### **APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA**

#### **5.1 FORMA DE APLICACIÓN**

Una vez realizado el plan de investigación que se va a llevar a cabo, habiéndose resuelto el muestreo de los estratos, se procede al análisis directo de los datos obtenidos por medio de la encuesta realizada en campo, así como de la información obtenida a lo largo de este trabajo.

En este capítulo se implementará la globalización de los métodos y técnicas que han sido aplicadas a lo largo de la investigación, ya que es necesario el análisis de las fuentes y la comparación de los datos obtenidos.

Dentro de este proceso se identifican los siguientes elementos: “un sujeto, un objeto, el acto de observación y el registro de lo observado”.<sup>162</sup> Los mismos que generalmente permiten obtener datos confiables, pero, como no existe método infalible, en ocasiones pueden arrojar datos imprecisos que pueden provocar errores en las respuestas de lo consultado.

#### **5.2 ASPECTOS FORMALES Y ÉTICOS**

##### **5.2.1 Consentimiento Político**

Para la aplicación de la encuesta en los diferentes juzgados de la provincia de El Guayas, se solicitó la autorización de la Coordinación de los mismos, el cual fue amablemente otorgado, notificando previamente a cada uno de los jueces a fin de que prestaran toda la colaboración necesaria.

---

<sup>162</sup> R. Sierra, “Técnicas de Investigación Social. Teoría y Ejercicios”, p 240

### **5.2.2 Consentimiento De Los Entrevistados**

Habiendo identificado a las personas a quienes iba a ser aplicada la encuesta se les hizo conocer, de manera verbal y escrita, la finalidad de la investigación, para el efecto se adjuntó a la encuesta una hoja informativa que expresa el fin de la investigación, dejándoles a los entrevistados la decisión de participar en la misma.

### **5.2.3 Garantía De Confidencialidad**

La confidencialidad de la información fue garantizada desde el primer momento, ya que no se solicitaron nombres ni número que pudieran identificar a las personas en el llenado de la encuesta, de igual manera se le informo de primera mano que la finalidad era llegar a la comprobación de una hipótesis de manera global.

## **5.3 RESULTADOS DE LA METODOLOGÍA APLICADA**

### **5.3.1 Comprobación De La Hipótesis**

Realizar un trabajo de investigación que se basa en una hipótesis planteada, tiene como objetivo, no el apoyo incondicional o el rechazo tajante a la misma, ya que no se puede aceptar o rechazar una idea basándose en un solo trabajo respecto de la misma, sino más bien, busca contribuir en algo con el apoyo o rechazo de la hipótesis y cada trabajo al respecto es un elemento más que se aúna.

Luego de la recopilación de los datos concernientes al tema materia de la presente investigación, como lo son, análisis de documentos, leyes, artículos, resoluciones, sentencias, entrevistas, datos estadísticos, encuestas y demás pruebas de campo realizadas por el investigador, se pudo constatar que la idea de la proporcionalidad constitucional y de la ponderación de derechos constitucionales en el Ecuador es una vertiente del Derecho a la que le falta mucho camino por recorrer, muchas etapas que atravesar y muchas posturas de pensamiento a las cuales debe cambiar y convencer.

Dentro del presente trabajo, se puede palpar de primera mano que la idea de la aplicación de la justicia, basada en razonabilidad y en “pesos” de principios fundamentales o de los derechos constitucionales no está desarrollada de manera general, ya que ciertos administradores de justicia (los más antiguos) lo ven como una manera elegante de decir “El Juez decide todo”; y mucho más complicado es la idea de la aplicación de una fórmula matemática en el derecho a fin de ayudar a decidir en qué sentido debe ir una resolución o sentencia, lamentablemente, esta corriente del Derecho se enfrenta con posturas rígidas respecto del cambio de la aplicación de la justicia en la primera línea, que es la de los jueces de primera instancia, que son precisamente los que otorgan o niegan las Acciones de Protección.

De acuerdo con los resultados que arrojaron la recopilación y análisis de datos, es posible establecer con respecto a la hipótesis que se planteó en esta investigación que:

- a) El principio de proporcionalidad es desconocido para algunos operadores de justicia y abogados en el libre ejercicio.

La primera y segunda pregunta fueron definitivas para poder establecer esta afirmación, ya que la mayoría respondió que desconocía que era el Principio de Proporcionalidad Constitucional, en el primer caso, y en el segundo, llegando incluso a increpar al investigador afirmando que los derechos constitucionales son insuperables.

- b) Las personas que conocen el termino de proporcionalidad, lo asocian a la proporcionalidad que existe en las leyes penales, en cuanto que la pena debe ser proporcional al delito, mas no en el aspecto constitucional, ni en las Acciones de Protección.

La Constitución y el Código Penal establecen que las penas deben ser proporcionales a los delitos, pero en materia constitucional no es conocido cabalmente el significado de la proporcionalidad o de la ponderación.

- c) La hipótesis interrogativa que se planteó, y que origino el presente trabajo se responde con la recopilación de datos que se realizó en este estudio, por medio de la encuesta aplicada y de los datos estadísticos obtenidos.

## **CAPÍTULO VI**

### **CONCLUSIONES**

**Y**

### **RECOMENDACIONES**

## **CAPÍTULO 6.**

### **6.1 CONCLUSIONES**

El objetivo principal de esta investigación no fue simplemente mencionar las cualidades principales del principio de proporcionalidad (ya sea en materia constitucional o cualquier otra rama del derecho), lo cual sirve como base para entender su correcto funcionamiento como límite jurídico al poder del Estado o de particulares.

Si bien el desarrollo del presente trabajo ha servido para poder entender el principio de proporcionalidad y su esquema de aplicación a través de los subprincipios, juicios o cualquier nombre que se le otorgue a la dinámica de ponderar el valor de los principios constitucionales o de las normas emanadas de estos principios, no es menos cierto que, efectivamente, puede llegar a ser una herramienta muy útil para los jueces en todos los aspectos del derecho, y que no es una ciencia exacta ni es infalible.

El principio de proporcionalidad en general no es un juicio de competencia o de legitimidad de origen, sino de legitimidad del contenido de la norma; la evolución y la aplicación de este principio en el derecho comparado nos ha hecho ver que estamos preocupantemente atrasados en cuanto a entendimiento y aplicación. Este trabajo ha servido para comprender sus alcances y funcionamiento en distintos países, los cuales, a su manera y adaptándose cada uno a su realidad histórica y social han desarrollado su aplicación buscando armonizar los principios constitucionales o las normas que emanan de los mismos.

Desde sus inicios, el principio de proporcionalidad estuvo ligado a la limitación del poder de policía; la razonabilidad terminaría siendo el principio que modera y limita el poder de policía para que la legislación sea acorde con la Constitución, es decir, razonable y justa. A partir de ellos la noción de limitación del poder traspasó al derecho administrativo, penal y contemporáneamente al constitucional ya que cualquier tipo de poder implica una toma de decisión respecto de determinada materia entre diversas alternativas o vías de acción posibles; y, siendo la constitución la norma suprema y madre de todas las normas que existen en un Estado, es imperante que su estudio y desarrollo sea prioritario en las carreras de Jurisprudencia.

En términos generales podemos decir que el poder del Estado para legislar no es infinito ni ilimitado, ya que como todos los poderes existentes debe respetar la Constitución, ya sea en los fines buscados como en los medios escogidos para conseguir un fin, y se debe guardar una relación de razonabilidad o proporcionalidad entre normas y principios. Sin embargo, es inevitable que en algún momento se produzca una colisión de principios, lo cual debe ser resuelto por las autoridades competentes para el efecto.

Es claro que las leyes no restringen derechos, pero si los limitan o regulan. Decir que un derecho limita o restringe a otro no tiene sentido, ya que un derecho no puede ser restringido si no que debe ser protegido. El desafío está en saber determinar qué es derecho y qué no lo es, y para esto se debe buscar que estén en armonía tanto en esencia como en contenido.

La armonía y razonabilidad de los principios y de las normas que de ellos nacen, es el ideal del derecho neoconstitucional, es por este motivo que se rechaza la idea de que el principio de proporcionalidad genere el conflicto de derechos fundamentales de determinada jerarquía, ya sea en abstracto o en concreto. El principio de proporcionalidad, tal como se lo expone aquí, pretende la dinámica racional de los derechos fundamentales buscando que no exista posibilidad de que uno resulte relegado por medio de argumentos subjetivos.

Los mayores problemas en torno al principio de proporcionalidad se presentan a la hora determinar sus alcances. ¿Qué criterios se utilizan para examinar la proporcionalidad de las leyes? En el derecho anglosajón se han establecido algunos parámetros para evitar que, mediante este principio, se pueda imponer la visión única del juez; sin embargo, algunas leyes merecen un control más exigente de proporcionalidad, particularmente aquellas que pueden resultar violatorias del derecho a la igualdad como las llamadas categorías sospechosas (Ley de Arizona); en estas normas se produce un examen de proporcionalidad más profundo y llega incluso a establecer una presunción de inconstitucionalidad el hecho de que el Estado elabore normas con esas características.

En el derecho alemán el control de proporcionalidad tiene tres juicios o subprincipios que son aplicados sistemáticamente en las decisiones acerca de derechos fundamentales, pero, esta aproximación de los subprincipios no es suficiente ya que, en determinados casos, los derechos fundamentales no están blindados contra algunas leyes.

En Argentina el principio de proporcionalidad se aplica para analizar la constitucionalidad de las normas cuando se cuestiona la justicia del contenido de las mismas, el principio se complementa con el juicio de inalterabilidad de los derechos fundamentales conforme al artículo 28 de la Constitución argentina.

De lo que se ha estudiado en este trabajo, el principio de proporcionalidad y la ponderación constitucional, son parte de un control constitucional que determina la aplicación de una serie de juicios sobre el contenido de los actos normativos del Estado o de acciones particulares al momento de ejercer su poder o derechos. Se examina de este modo, debido a que al realizar una acción de carácter público o una acción privada que afecta a terceros, no se hace, o al menos eso se quiere pensar, con la intención de violentar los derechos fundamentales de alguien más, y se lo hace pensando que es en ejercicio de un derecho propio en el caso de particulares o de la potestad estatal que otorga la constitución y las leyes a las instituciones públicas, lo cual es correcto; el problema resulta cuando la realización de esas acciones, sean públicas o privadas entran en conflicto con derechos garantizados por la constitución y, ese conflicto debe ser resuelto a través de un examen completo de proporcionalidad y razonabilidad en el cual no se puede omitir criterios que sometan a un derecho a otro sino más bien que busquen que los derechos fundamentales sean operativos y optimizados.

## **6.2 RECOMENDACIONES**

Dentro de las posibles propuestas que se pueden presentar con el fin de tener un mejor análisis y entendimiento de lo que es y cómo se aplica el principio de proporcionalidad y la ponderación constitucional dentro del sistema de justicia ecuatoriano, se encuentra lo siguiente:

- 1) Como medida inmediata, el inicio de una campaña de capacitación masiva para los jueces de todas las ramas del derecho de parte de la Corte Constitucional en colaboración con los centros de estudios superiores.**

La capacitación dentro de los operadores de justicia debe ser constante principalmente para los jueces, ya que son ellos los que la administran en nombre del pueblo ecuatoriano, por ende, no podemos permitir que estén desactualizados en cuanto a las tendencias del Neoconstitucionalismo, en muchas ocasiones, el desconocimiento y la falta de criterio

jurídico ha ocasionado que las acciones de protección que se presentan en los juzgados, sean una especie de “vía rápida” para conseguir sentencias que pueden ser conseguidas por las vías ordinarias establecidas en la constitución y las Leyes, es muy importante recordar para este tipo de capacitación que las sentencias crean jurisprudencia y que en un futuro, resoluciones constitucionales mal fundamentadas o analizadas incorrectamente, pueden traer conflictos muy graves dentro del derecho. La forma más efectiva para estas capacitaciones es el estudio práctico de casos suscitados y el estudio de derecho comparado.

**2) Procurar que el estudio de la ponderación constitucional y el principio de proporcionalidad sean ejes centrales en las mallas curriculares de las universidades.**

La mayor responsabilidad de la clase de profesionales del derecho que existen en el país, recae indudablemente sobre las universidades; si bien es cierto que no es posible enseñar a los estudiantes todas las leyes o normas existentes, no es menos cierto que es mucho más factible, oportuno y consecuentemente necesario enseñarles a analizar el derecho, a que la sana crítica no sea simplemente una palabra utilizada como referente o sinónimo del sentido común con el que se debe decidir las resoluciones, si no que sepan aplicar las normas de manera crítica, sabiendo discernir las situaciones, los hechos y las circunstancias, no basta simplemente con enseñar códigos o artículos que probablemente serán modificados posteriormente, es imprescindible que los estudiantes, más que memorizar las leyes, sepan interpretarlas y aplicarlas.

Por los motivos señalados, se deben implementar sistemas de enseñanza de razonamiento del derecho, en todos los niveles, desde el estudiante de primer año, hasta el juez con mayor rango y antigüedad, a través de clases teóricas, combinadas con prácticas y talleres, que son la mejor forma en la que se puede enseñar, otorgando las herramientas necesarias para la aplicación del razonamiento jurídico y de la sana crítica, a fin de poder tener verdaderos profesionales en el presente y aún mejores en el futuro.

## **CAPÍTULO VII**

### **BIBLIOGRAFÍA**

## CAPÍTULO 7.

### BIBLIOGRAFÍA

#### **A**

- A. García Figueroa “Principios y positivismo jurídico”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998
- A. Ollero, “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, en Pensamiento y Cultura, n°3, Bogotá, 2000.
- A. Ruiz Miguel, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Doxa, n°19, 1996
- Alberto B. Bianchi, “Las llamadas ‘libertades preferidas’ en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, Revista Régimen de la administración pública, Año 13, noviembre 1990.
- Arroyo Jimenez, Luis (2009): Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo; de: [//www.indret.com/pdf/621\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf), Universidad de Castilla-La Mancha; España.-

#### **B**

- Baquerizo Minuche, Jorge - Bernal Pulido, Carlos (2011): Material de Cátedra, Diapositivas y Video Didáctico: Proporcionalidad y Ponderación Constitucional (La racionalidad de la ponderación); de: <http://controlconstitucional.blogspot.com/2012/11/materiales-didacticos-sobre.html>; Ecuador-Colombia.-

#### **C**

- Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Charles Fried, “Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Courts Balancing Test”, Harvard Law Review, num. 76.
- Constitución de la República Argentina

#### **E**

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, México, Marcial Pons, 2008.

Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 14 ed., Princeton, Princeton University Press, 1978.

## **F**

F. Laporta, “Is ‘counter-majoritarian difficulty’ so difficult?” (inédito), p.16 del texto mecanografiado.

F. Leiva, “Nociones de Metodología de Investigación Científica”, Quito, 1996.

F. Rubio, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción” (1991), en *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Facultad de Ingeniería-Universidad Rafael Landívar, boletín electrónico No. 03 “Métodos de Recolección de Datos para una investigación”, Ing. Mariela Torres, [//www.tec.url.edu.gt/boletín.pdf](http://www.tec.url.edu.gt/boletín.pdf)

## **G**

G. Zagrebelsky, “Storia e costituzione”, en *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro y J. Luther, Einaudi, Torino, 1996.

Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Gustavo Zagrebelsky, “Su tre aspetti della ragionevolezza”, en *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994.

## **H**

Hans H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4 ed., trad. de José L. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

Hans Kelsen “*Ilusión De La Certeza Jurídica*”, Eudeba, Buenos Aires, 1999.

## **I**

I. Perelló, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, nº28, 1997.

## **J**

J. Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.

J. Moreso, *Conflictos entre principios constitucionales*, in: Miguel Carbonell, ed, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, 2003

J.C. Bayón, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, 24, 2001.

- J.C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994
- J.J. Moreso, “Conflitti tra principi costituzionali”, en *Ragion Pratica*, nº18, 2002.
- J.J. Moreso, “El encaje de las piezas del Derecho” (primera parte), en *Isonomía*, nº14, 2001
- J.M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, M. Pons, Madrid, 2000.
- Javier Barnes, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, septiembre-diciembre 1994.
- John E. Nowak y Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, Minnesota, West Group, 2000.
- John Elster, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión* (traducción de Carlos Gardini), Gedisa, Barcelona, 1999.
- John R. Searle, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (traducción de Luis M. Valdés Villanueva), Ediciones Nobel, Barcelona, 2000.
- Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional*, Tomo I y II. 2005.
- José I. López González, *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1988.
- José Ignacio López González, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988.
- Juan A. Garcia Amado, “.Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, *Archivo de Filosofía del Derecho*, Tomos XIII – XIV, 1996 – 1997.
- Jurgen Habermas, “Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso” (traducción de Manuel Jimenez Redondo), Trotta, Madrid, 1998.

## **K**

- K. Günther en “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, traducción de J.C. Velasco, *Doxa* 17-18, 1995.
- Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Madrid, 1983
- Kathleen M. Sullivan y Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 14 ed., New York, Foundation Press, 2001.
- Kent Greenwalt, “Objectivity en Legal Reasoning”, *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1992.

Klaus Gunther, "Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special - Case Thesis'", *Ratio Juris*, 1993.

Kurt Baier, *The Rational y the Moral Order*, Open Court, Chicago - La Salle, 1995.

## **L**

L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

L. Prieto Sanchís, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derechos y Libertades*, nº8, 2000.

L. Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº5, 2001

L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998

Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2 ed., New York, Foundation Press, 1988

Lawrence Tribe, "Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency", *Harvard Law Review*, num. 98, 1985

Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo III.

## **M**

Miguel Carbonell, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, CNDH, 2005

M. Borowski, "La restricción de los derechos fundamentales" (traducción de Rodolfo Arango), *Revista Española de Derecho Constitucional*, # 59, 2000.

M. Carbonell, "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional", *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador*, 2008

M. Sapag *El Principio De Proporcionalidad Y De Razonabilidad Como Límite Constitucional Al Poder Del Estado: Un Estudio Comparado* *Dikaion*, Vol. 22, Núm. 17, Diciembre, 2008

Martin Ibler, "Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 50/51

## **O**

Ota Weinberger, *Alternative Handlungstheorie*, Bohlau, Vienna et alt., 1996.

## **P**

P. de Lora, "Tras el rastro de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº60, 2000.

Pedro Serna y Fernando M. Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2001.

Pedro Granja, *El Principio de Proporcionalidad*; de: [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5903:el-principio-de-proporcionalidad&catid=31:derecho-constitucional&Itemid=420](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5903:el-principio-de-proporcionalidad&catid=31:derecho-constitucional&Itemid=420); Ecuador, 2010

## **R**

R. Alexy, *“Teoría De Los Derechos Fundamentales”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997

R. Alexy *“Die Gewichtsformel”*, Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, Berlín, 2003.

R. Alexy, *“Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Oxford University Press, Oxford, traducción al castellano de C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002.

R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), traducción de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

R. Guastini, *“Antinomias y Lagunas”* en estudios sobre la interpretación jurídica, traducción de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 2ª ed., 2000.

R. Guastini, *“Los principios en el Derecho positivo”*, traducción de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 2ª ed., 2000.

Robert Alexy, *“Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”* (traducción de Carlos Bernal Pulido), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002.

Robert Alexy *“On Balancing y Subsumption. A Structural Comparison”*, *Ratio Juris*, num. 16, 2003.

## **S**

Sanchez Goyanez, *“Constitución Española Comentada”*, editorial PARAINFO, Madrid, 1998

Schwabe, Jürgen; Woischnik, Jan; Anzola Gil, Marcela, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*; Alemania, 2003

## **T**

Thomas Alexander Aleinikoff, *“Constitutional Law en the Age of Balancing”*, *Yale Law Journal*, num. 96, 1987.

## **U**

Ulfrid Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.

## **V**

V. Marban Gallego, “La Encuesta Estadística”, Universidad de Alcalá, Madrid/[www.uah.es/vicente\\_marban/asignaturas/sociologia%20economica.pdf](http://www.uah.es/vicente_marban/asignaturas/sociologia%20economica.pdf)

## **W**

Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

## **Z**

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta, 1995.

## **CAPÍTULO VIII**

### **ANEXOS**

## UNA SENTENCIA JUDICIAL EN ACCIÓN DE PROTECCIÓN

*(CASO TRABAJADORES vs. CERVECERÍA NACIONAL)**Jorge Zavala Egas*

## EL CASO

El Ministro de Relaciones Laborales, dentro del Recurso de Apelación No. 41-DTAJ-2010, interpuesto por los trabajadores y ex trabajadores intermediados y tercerizados de la Compañía Cervecería Nacional C.A., dictó el 7 de julio de 2010, la Resolución por la cual declara que *"este Ministerio no es competente para conocer, tramitar y resolver sobre la existencia de un derecho individual a percibir utilidades, ya que ésta es privativa de los jueces del trabajo conforme lo manda el Art.568 del Código del Trabajo (...)".*

Los mismos ciudadanos presentaron demanda de protección constitucional la que contiene como pretensión que *"en sentencia se declare la nulidad de la Resolución que dictó el Ministro de Relaciones Laborales (...) por cuanto dicha resolución administrativa vulnera tanto el principio constitucional de que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)"* (p.38). Esto porque, según los demandantes, en una resolución de 4 de julio de 2007 del mismo órgano administrativo que decidiera un caso sustancialmente igual, se declaró la competencia administrativa para resolver sobre el pago de las utilidades laborales reclamadas y ordenó que se haga el depósito en la respectiva cuenta del Banco Central del Ecuador.

Según la misma demanda, *"La desigualdad en la protección de la ley, como lo establece la Corte Constitucional se produce cuando un órgano aplicador del Derecho (bien un órgano de la Administración, bien un órgano Judicial) interpreta la norma pertinente en un supuesto determinado de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales"* (p. 36).

La Sentencia del Juez, recaída en el expediente 893 - 2010 - F, acoge las pretensiones y el fundamento, lo que nos plantea el punto a analizar: ¿puede ser contraria a la norma principio-derecho de igualdad una decisión administrativa que declara su *incompetencia* para resolver un tema cuando, sobre el mismo, antes se declaró *competente*? O, de otra forma, ¿puede ser irracional o desproporcionado, con respecto al principio de igualdad, que una autoridad pública decida, porque así lo manda la ley, sobre una cuestión competencial, en forma distinta a como lo hizo antes en otra causa que trató una situación esencialmente igual?

La Sentencia declara al respecto: *"(...) No podía ni puede emitir resoluciones distintas, y menos en una cuestión relativa a la competencia. Y si lo hizo, tenía que dar las razones para justifica un cambio de criterio. Ante supuestos fácticos semejantes, el Ministerio de Trabajo aplicó la misma norma en un sentido diferente y se declaró, para un grupo, competente y, para otro, incompetente. Usó la ley para proteger a unos, y utilizó la misma ley para desamparar a otros. El principio de igualdad impide separarse en un caso concreto del criterio seguido con anterioridad (si concurren las mismas circunstancias de hecho, no cabe discriminar sin fundamento, y tratar de forma desigual a dos personas o grupos de personas que están en la misma posición). La igualdad impide que la Administración trate de forma diferente a varios ciudadanos que bajo el mismo marco legal han formulado una solicitud con idéntico contenido. El principio de seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad impiden que a lo largo del tiempo se trate de forma diferente personas que se encuentren en la misma posición"* (Considerando Noveno).

**¿POR QUÉ LOS ACTORES NO PLANTEARON LA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE DECLARA LA INCOMPETENCIA DEL ÓRGANO PARA RESOLVER SOBRE LAS UTILIDADES LABORALES?**

No afirmamos que la acción de protección por vulneración de derechos constitucionales sea subsidiaria, pues, es en el Ecuador es *alternativa* y un buen ejemplo de ello es el presente caso, en que el acto de autoridad pública, si bien es acusado de lo primero, no quita que es, al mismo tiempo, tachado de contrario a la legalidad, quebranta la legalidad en cuanto a que una autoridad, titular de un órgano público que es competente según expresa norma legal, declara su incompetencia; sin embargo, al mismo tiempo, según los accionantes, vulnera el derecho constitucional a la igualdad en su dimensión de dar diferente tratamiento en la aplicación de la ley, al quebrantar un antecedente inmediato en el tiempo, que evidencia tal desigualdad en el trato por la Administración pública.

Si la competencia del órgano administrativo Ministerio de Relaciones Laborales se encuentra determinada por la ley, la declaratoria de incompetencia orgánica es ilegítima o ilegal y, por tanto, impugnabile en sede judicial contencioso administrativa, pero, claro está, el pronunciamiento de los jueces sólo se limitará a reconocer la competencia legal del órgano para resolver, pero no sobre lo qué debe resolver y cómo hacerlo.

En la alternativa de la acción de protección, bajo el supuesto, que se haya, con la decisión competencial administrativa, vulnerado el derecho constitucional a la igualdad, la pretensión es la reparación integral del derecho vulnerado, pero

tampoco va más allá de anular la resolución de incompetencia y ordenar el Juez constitucional que se decida, en sede administrativa, sobre los derechos laborales, sin tampoco disponer qué y cómo resolver el fondo del concreto reclamo laboral.

¿Para qué entonces forzar la Resolución administrativa a que aparezca como vulneradora de derechos constitucionales cuando, naturalmente, no lo es? Seguramente se intentó, vía garantía jurisdiccional de derechos constitucionales, apostar a obtener un fallo que logre no solamente la anulación de la decisión administrativa expedida, sino que disponga que se dicte la decisión no limitada a la declaración de la competencia administrativa para resolver, sino lo que debía ser resuelto conforme al antecedente o precedente administrativo "Holcim" que, en el proceso, juega como base de la supuesta discriminación laboral de los accionantes.

Lo curioso del caso es que éstos resultaron adivinos y buenos jugadores, el Fallo del Juez de protección no sólo anuló la decisión administrativa, también dispuso que el Ministro dicte la resolución "*que ordene y ejecute el pago de las utilidades reclamadas, tal como lo hizo el mismo Ministerio en el Caso Holcim*", es decir, que declare el derecho de los trabajadores a las utilidades no pagadas y ejecute el pago de 92 millones de dólares.

Con ello se contesta la interrogante del por qué hubo la decisión de postergar la esencia del tema, que es de pura legalidad sobre competencia administrativa y exponer, en la demanda, una imposible y mal construida postura de vulneración del derecho de igualdad erigida sobre la decisión administrativa de declarar la incompetencia del órgano para resolver el reclamo laboral.

### **LA ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD**

La premisa de la demanda y también de la Sentencia es la norma - principio - derecho - mandato de igualdad que reconoce nuestra Constitución en el artículo 66.4 y, sobre éste, en el Considerando Sexto hace el Juez algunas referencias doctrinarias y jurisprudenciales, comenzando por la enunciación de los cuatro mandatos que, según el prestigiado profesor *Carlos Bernal Pulido*, derivan de la dimensión objetiva del principio; sin embargo, el mismo autor citado diferencia lo que es el nivel en el que se proyecta como principio de igualdad «ante» la ley y, otro nivel, en que se irradia como principio de igualdad «en» la ley. El primero, se refiere a la dimensión *aplicativa* del principio por parte de la Administración y los jueces en sus decisiones; el segundo, es el derecho fundamental que debe respetar, en su contenido, el legislador en su labor de *creación* de las regulaciones normativas.

En la misma línea argumental, el Juez acoge la doctrina de nuestra Corte Constitucional sobre el principio de igualdad «ante» la ley, en cuanto a decidir si un tratamiento diferenciado es discriminatorio, utilizando como método de interpretación (Art.3.2 LOGYC) del derecho de igualdad, el principio de razonabilidad o proporcionalidad. En efecto, la Sentencia en su Considerando Sexto dice: “(...) Para la Corte Constitucional del Ecuador el derecho a la igualdad prohíbe la existencia de un trato diferente entre dos sujetos o grupos de sujetos puestos en la misma situación fáctica o jurídica, en otras palabras, no se justifica la diferencia de trato o protección de la ley cuando existiendo situaciones similares o equiparables se realice una diferenciación sin justificación. Hay discriminación cuando existe diferencia en situaciones similares, cuando la diferencia no tiene justificación objetiva y razonable y no hay proporcionalidad entre los medios y el objeto (Sentencia No. 002-09-SIN-CC)”. Es decir, el tratamiento diferenciado en cuanto a protección de derechos, consecuencia de la distinta aplicación de la ley, exige un fundamento constitucional legítimo, no arbitrario, por el contrario, debe ser razonable y proporcionado.

Los demandantes y el Juez de protección, en consecuencia, asumen, en este caso, el principio de proporcionalidad, que es funcional en cuanto sirve para la interpretación de las normas de derechos, como método para formular el juicio de igualdad ante la ley, pero nada menos que... ¡de la disímil aplicación de una norma de competencia administrativa en dos casos iguales!

Se trata de un grueso error, pues, el principio de proporcionalidad es protector de los derechos de las personas frente a las injerencias de la Administración que, para cumplir determinados fines, adopta ciertas medidas que los sacrifican o limitan. El límite de esta limitación es la proporcionalidad, pues, sólo hasta ese extremo puede llegar la incidencia administrativa, incluso la legislativa, en el ámbito de los derechos.

El grave error del Juez, al haber acogido el método de interpretación aludido (proporcionalidad), para determinar si la decisión administrativa es discriminatoria es de gran peso. Dice éste: “Hay discriminación cuando existe diferencia en situaciones similares o equiparables, cuando la diferencia no tiene justificación objetiva y razonable y no hay proporcionalidad entre los medios y el objeto” (Considerando Sexto); sin embargo, la decisión administrativa en juzgamiento es una que causa igual efecto a todos los involucrados por ésta y todos reciben el mismo tratamiento. Lo que no advierte el Juez es que al no haber un tercero con quien comparar la decisión adoptada, no cabe test de

proporcionalidad para determinar si se discrimina a ese inexistente tercero o le da tratamiento desigual a un no-ser en la aplicación de la misma o, finalmente, si la diferencia de trato, otorgado al que no existe, está justificada por ser razonable y proporcionada. En otras palabras, el Juez pretende saber si existe discriminación causada al grupo de accionantes consigo mismo. Eso es un imposible lógico, o sea, un absurdo.

Ninguna aplicación tiene el principio de proporcionalidad en el campo de los actos administrativos que se dictan en ejercicio de potestades regladas, esto es, que se dictan para cumplir la voluntad de la ley, menos aún cuando esos actos no tienen repercusión directa sobre los derechos de las personas, sino que se refieren a presupuestos que la ley determina para el debido procedimiento administrativo, como es la competencia del órgano que ejerce potestad pública y de la que constituye límite para su ejercicio. Y menos es aplicable el método de la proporcionalidad para evidenciar la vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley si no existen, como destinatarios de los efectos del acto o medida, al menos, dos sujetos tratados en forma distinta.

### **SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD QUE SIN PERTINENCIA CITA EL JUEZ**

El principio - método de proporcionalidad es de extracción constitucional:

*Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (...).*

Este principio constitucional es el que prohíbe la arbitrariedad en la actividad de la Administración pública y en la de los jueces que tenga por efectos crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de toda especie, pues, en el proceso o procedimiento de toma de decisiones administrativas o judiciales y en las determinaciones o resoluciones mismas, se debe asegurar el «debido proceso», tanto «adjetivo», cumpliendo las diferentes fases predeterminadas por la ley, como «sustantivo», cuando se toma la decisión final que debe ser razonable y proporcionada.

El debido proceso «sustantivo» es el que rechaza la arbitrariedad, sea en sede administrativa o judicial, con su exigencia de racionalidad, que conlleva la necesaria proporcionalidad en la expedición de decisiones por parte de las autoridades públicas, que contengan regulaciones que sean determinantes de

derechos y obligaciones para las personas, pues, son conceptos contrarios al de arbitrariedad los de racionalidad y/o razonabilidad<sup>1</sup>.

La racionalidad de toda decisión que regula derechos subjetivos se debe controlar en el campo en que opera la *discrecionalidad administrativa*, en ese espacio propio de las autoridades públicas que les configura el ordenamiento jurídico para decidir por varias opciones igualmente legítimas, esto es, jurídicamente conformes, se ejerce el control constitucional. La razonabilidad en toda medida que afecte derechos de las personas, sea norma o sea acto, se descubre apelando al criterio de proporcionalidad.

La proporcionalidad de un acto o de una norma que incide en un derecho se verifica en cuatro fases:

- A. Se determina el fin de la injerencia en el derecho protegido, el cual siempre debe ser constitucionalmente legítimo, justificado ante el principio de igualdad;
- A. Comprobación de la idoneidad para alcanzar la finalidad de la intervención en el derecho que debe ser, en consecuencia, adecuada;
- B. Constatación de la necesidad de adoptar la medida, de la no existencia de otro medio que sea la intervención para conseguir el fin o, al menos, de otro menos gravoso para el derecho afectado; y,
- C. Comprobación de la proporcionalidad de la medida en sentido estricto, es decir, si para el o los destinatarios de la misma ésta es tolerable.

Este juicio ciertamente no excluye las valoraciones administrativas, pero las racionaliza, formaliza y sistematiza en la aplicación de los derechos fundamentales. Según nuestro Ordenamiento, la proporcionalidad no constituye ni estructura un juicio de constitucionalidad, apenas es un principio utilizado como método o regla de interpretación de los derechos constitucionales. En efecto, dice la LOGYC: "*Art.3. (...) Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el*

---

<sup>1</sup> Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad del legislador*. CIVITAS, 1998, p.30.

*principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.*

Nuestro legislador, con mucha claridad, evidencia su postura frente a la proporcionalidad al considerarla como un principio general del Derecho con carácter metodológico que sirve para interpretar las normas de derechos. Se trata, así, de un principio jurídico.

A este respecto V. GIMENO SENDRA en su voto particular a la Sentencia 215/1994 sostuvo que el principio de proporcionalidad no constituye un juicio o un examen de constitucionalidad, sino un método de interpretación de la ley conforme a la Constitución: *“la proporcionalidad no es más que un método que nos indica en qué condiciones puede una norma, que incide en un derecho fundamental, obtener una aplicación conforme con la Constitución y no un examen de la norma que permita, en cualquier caso, predicar su constitucionalidad o aplicación constitucional de la misma”.*

Por no estar expresamente nominada, la proporcionalidad, en el texto de la Constitución, la LOGYC le concede la categoría jurídica de principio general del Derecho y, de esta forma, la consideración del juicio de proporcionalidad como un principio general del Derecho construye una vía adecuada y oportuna para afirmar el carácter jurídico del mismo. Por otra parte, si es principio general del Derecho tiene, como lo enuncia nuestra LOGYC, una indisoluble vinculación con la interpretación jurídica, evidente función hermenéutica y, por ende, es una de las reglas para la construcción de las decisiones administrativas y judiciales que inciden en los derechos constitucionales.

### **VOLVIENDO AL DERECHO A LA IGUALDAD, PREMISA DEL JUZGAMIENTO**

El error en la premisa del Juez es querer analizar el caso de la decisión administrativa del Ministro, que la adopta en ejercicio de potestad reglada y que versa sobre la competencia del órgano del que es titular, no en el campo de la legalidad que corresponde, sino frente al derecho de igualdad *ante* la ley en el que ningún rol juega, pues, no se trata de una resolución administrativa que, en forma directa, regule derechos subjetivos de personas con referencia a otros, esto es, en alteridad, ni expandiendo alguno ni restringiendo otro y, al no hacerlo, no hay juicio de proporcionalidad practicable sobre una decisión que no involucra sacrificio o limitación de derechos de personas involucradas. Por esto, tampoco

hay como, en consecuencia, afirmar que exista una decisión que afecte al derecho a la igualdad *ante la ley* que se pueda formular, por no haber sujetos discriminados por esa decisión administrativa. Necesariamente, en cualquier medida o decisión acusada de discriminatoria, debe haber alteridad, o sea, *“la referencia a otro exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo”* (STC 29/2005. F.6, b.).

Este es un caso de distinta interpretación de la ley en cuanto a la competencia del órgano y llega hasta la averiguación de si ese cambio de criterio vulnera o no el derecho a la igualdad de tratamiento en la aplicación de la ley, en dos momentos distintos y adoptados por dos titulares del mismo órgano.

El tema se centra en que la decisión administrativa impugnada por ser vulneradora del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley no tiene términos de comparación, pues, en este caso, no supone la existencia de alteridad, esto es, que exista más de un grupo de personas en situaciones idénticas, de las que uno sale favorecido y otro grupo discriminado. Por ejemplo que el Ministro, en este caso, haya expresado: “me declaro competente para resolver lo peticionado por S1 y S2, pero me afirmo incompetente para lo que solicitan S3 y S4, no obstante que es lo mismo”. Por el contrario, en el caso en juzgamiento sólo hay las personas supuestamente afectadas por la decisión, faltando las terceras beneficiadas que pudieran servir como *tertium comparationis* que sirva de base para concluir en una discriminación. Como bien lo afirma el Juez en el Considerando Sexto: “(...) para determinar en el caso *sub judice* si existe o no una vulneración al derecho a la igualdad es preciso que se proponga un *tertium comparationis* válido, esto es, un término de comparación que sea suficiente y adecuado, a partir del cual sea posible constatar que, ante situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente, sin mediar razones objetivas y razonables que lo legitimen (...) la igualdad es un derecho relacional (...)”. Hasta ahí el Juez acierta, pero, no obstante ello, no puede revelar cuál es el término de comparación o sea cuál es, en la relación de la decisión *sub judice*, el grupo que recibió diferente trato. No lo dice ni lo puede hacer porque no existe. Lo que hace el Juez es comparar la decisión del caso en juzgamiento, que no puede jamás ser discriminatoria, con otra resolución adoptada en caso análogo que tampoco lo es y, de la comparación entre ambas, afirmar que la que está *sub judice* es “distinta, opuesta y contradictoria”, como en efecto lo es, pero de ahí no se concluye que es vulneradora del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

En la primera decisión todos los sujetos de la relación recibieron igual trato y en la segunda, igualmente, todos fueron tratados de la misma forma. No hay, en las decisiones adoptadas, términos de comparación para arribar al veredicto de discriminación. Lo que se acusa es que el cambio de criterio entre la primera y la segunda decisión vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y porque la anterior es favorable a los derechos laborales reclamados mientras que la posterior se abstiene de pronunciarse en forma positiva o negativa, afirma la incompetencia para resolver y dispone que la decisión se adopte en sede judicial.

Por otra parte, en ninguno de los dos casos, existe como opción del órgano administrativo (Ministro) resolver discrecionalmente si es o no competente para decidir la acción de los ex trabajadores, la decisión surge *ex lege* y la autoridad debe simplemente declarar lo que el enunciado prescribe, claro, según su interpretación y aplicar la norma. Sólo si la autoridad tuviera espacio para decidir en forma discrecional, en una u otra situación, intervenir en la igualdad de tratamiento (derecho de igualdad), asumiendo la competencia para resolver lo peticionado o negándola y debiendo omitir cualquier respuesta, tal actuación podría ser sometida al test de proporcionalidad y determinar si hubo discrimen. Pero no es así en este caso, es la ley la que dispone que resuelva sobre el mérito de lo peticionado porque es competente o, por el contrario, ordena que no actúe porque carece de la competencia. En el primer caso así lo hizo con fundamentos plausibles y en el segundo también.

En consecuencia, se trata el caso, de dos aplicaciones diferentes de la ley porque cada una obedece a distintas interpretaciones, por parte del mismo órgano administrativo, que asignó, en distintos momentos, al mismo enunciado legal, con suficiente motivación, diferentes significados acerca de competencia del mismo. Por ende, en la necesidad de preservar la coherencia del sistema jurídico y la igualdad en la aplicación de la ley, se hace necesario que las resoluciones administrativas contradictorias se sometan al juicio de legalidad del cual una, necesariamente, será invalidada o nulificada. O, bien puede suceder, que ambas sean declaradas legítimas produciéndose el llamado *uso alternante del Derecho* que explica el Tribunal Constitucional español (STC 201/1991 del 28 de octubre, Fundamento 3):

*“(...) no habrá pronunciamientos sobre cuál de las dos soluciones divergentes alternativamente elegidas en las sentencias citadas pueda ser la más conforme a derecho, sino tan sólo constatar que ambas se fundamentan en razones jurídicas objetivas que alejan toda sospecha de que, cualquier de ellas, vulnere*

*el principio de igualdad en la aplicación de la ley por no poder, en modo alguno, estimarse que han sido adoptadas con irreflexión o arbitrariedad”.*

Lo que aparece claro es que el Juez de protección no puede resolver ese tema de legalidad ordinaria, por no ser competente para realizar la función de unificar decisiones contradictorias en materia de competencia administrativa que corresponde decidir, en *exclusiva*, a los jueces de lo contencioso administrativo. Mucho menos tiene competencia para decidir sobre el fondo del tema laboral y adjudicar o negar derechos que se deciden en la justicia de la legalidad.

Lo que debe el Juez constitucional es analizar las tesis que sustentan las decisiones constitucionales actuales y que superan la doctrina del uso alternante del Derecho que, a nuestro criterio, es lesiva al derecho de la igualdad en la aplicación de la ley por efecto de sentencias o decisiones administrativas contradictorias. Se ha establecido en la jurisprudencia que el cambio de criterio en la decisión judicial o administrativa no genera discriminación cuando, según la doctrina, existe una fundamentación expresada de modo explícito, lo cual acepta el Juez de protección cuando afirma que el órgano no podía ni puede emitir dos resoluciones distintas “y si lo hizo tenía que dar las razones para justificar un cambio de criterio” (Considerando Noveno). También, afirma la jurisprudencia, se actúa sin vulnerar el principio de igualdad, aun cuando no se expresa explícitamente el fundamento para el cambio de criterio, siempre que se lo pueda inferir de los términos de la resolución donde se encuentra implícito, por ejemplo, STC 268/2005 del 24 de octubre, F.8:

*“(...) si bien es verdad que la explicitación de ese cambio de criterio no siempre es exigible (...) cuando se puede inferir de los términos de la resolución (...)”*

La doctrina afirma, de la misma manera, que tampoco hay discriminación cuando se concluye en que el cambio de criterio está dotado de una vocación de generalidad, esto es, que se trata de la solución genérica al caso:

*STC 201/1991, F.2: “Los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica dotada de vocación para ser aplicada en casos futuros y no como cambio inadvertido por el órgano judicial o que sea fruto de voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diversos (...)”*

Tampoco hay vulneración al principio de igualdad en la aplicación de la ley si se puede inferir que el nuevo criterio expresa una continuada vocación de futuro:

*STC 201/1991: “Lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución «ad personam», siendo ilegítimo si constituye tan solo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (...)”.*

Además, para que el cambio de criterio constituya vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, debe “separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició” (STC 29/2005, F.6, d) de 14 de febrero).

En cuanto a la desigualdad de tratamiento en la aplicación de la ley en supuestos iguales, por parte del mismo órgano administrativo, no obstante provenir de dos titulares diferentes, a dos grupos de personas es evidente que se produce, pero se resuelve en el plano de la legalidad, declarando la ilegitimidad y anulación de uno de los dos actos.

El cambio de criterio adoptado en una decisión sólo vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, cuando se sustenta y toma como razón las personas intervinientes (*ad personam*) y no en razones objetivas. Cuando el cambio es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad, es legítimo y no vulnera derecho alguno.

Si bien es verdad que las autoridades decisoras son personas distintas, no altera, este hecho, que la manifestación de voluntad contenida en el acto antecedente es producto del mismo órgano que produce el acto subsecuente, pero es un dato relevante para excluir la sospecha de falta de objetividad y asumir que en el nuevo acto existe la aspiración de permanencia, esto es, la vocación de futuro continuado del nuevo criterio.

Otra de las equivocaciones del juez radica en estimar que, en el caso *sub judice*, existe *precedente administrativo vinculante* porque ha habido decisión anterior, en un caso sustancialmente igual y que el hecho de separarse de ese criterio, sin

argumentación suficiente y justificada, vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Omitió considerar que, aun en la hipótesis que *una decisión* constituya precedente, ella jugaría algún rol vinculante en el ejercicio de una potestad discrecional, pero en ningún caso cuando se actúan potestades regladas. En los actos reglados sólo trasciende la Constitución y la ley como fuente de juridicidad, no la afirmación del precedente.

¿Puede, sin vulnerar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, cambiar de criterio un órgano administrativo sobre el significado de una norma legal? Es decir, ¿puede, sin lesión a derecho alguno, aplicar una distinta interpretación de la ley que la aplicada en una resolución constitutiva de un antecedente? Pues evidentemente sí, aun más, está inexcusablemente obligado a hacerlo por su vinculación a esa misma ley.

Eso es lo que hizo el Ministro en el caso sub judice afirmar que la norma que contiene el artículo 568 del Código del Trabajo

#### **LA DECISIÓN IMPUGNADA NO ES REGULATIVA DE DERECHOS, ES SOBRE LA COMPETENCIA MATERIAL DEL ÓRGANO**

En este caso, la decisión administrativa tachada de lesiva no tiene efectos regulativos sobre los derechos de las personas actoras. La resolución acusada de vulneradora del derecho de igualdad no manda, prohíbe o permite, no regula, no restringe, no limita posiciones de ventaja o derechos subjetivos, por el contrario, se abstiene de regular conducta o hecho alguno y, por lo tanto, no hay derecho constitucional alguno sacrificado o limitado por la decisión. No hay como realizar un juicio de igualdad entre derechos sacrificados y otros favorecidos, esto es, no existe el problema de verificar medida discriminatoria en la adjudicación de derechos, tal como está sustentado antes.

Es una decisión, la impugnada de vulneradora de derechos, sobre la competencia administrativa y no referente a derechos de las personas. Así lo reconoce la Sentencia bajo análisis en el Considerando Séptimo: *"(...) Las resoluciones que estamos comparando llegan a la misma conclusión fáctica, sin embargo, el Ministerio del Trabajo declara en un caso 'que es competente para resolver dudas relativas al pago de utilidades', en otro, 'que no es competente para tramitar y resolver sobre el pago de utilidades'".* Por eso, en este punto, el Juez abandona el argumento de la igualdad de derechos y pasa al análisis del *cambio de criterio administrativo* sobre la competencia del órgano público, uno es el que sustentó la resolución administrativa precedente y otro el que fundamenta la decisión que es objeto de la

acción de protección y que resuelve el punto de la competencia administrativa en forma distinta.

La Sentencia, desechando toda argumentación sobre el derecho de los actores a tener iguales derechos que otros que están en la misma situación, esto es, a tener derecho al porcentaje sobre utilidades, cuestión que no entra en el problema a resolver, pues, sobre eso no es la diferencia de trato acusado, inmediatamente pasa a considerar el problema de *"determinar si el Ministerio del Trabajo debe o no aplicar su criterio anterior, el precedente administrativo (...)"* (Considerando Octavo). No se tratará, por el Juez, el problema del discrimen en el goce de derechos, sino de decisiones en sede administrativa contrarias y, por tanto, no iguales y, exclusivamente, sobre la competencia del órgano público para resolver en sede administrativa sobre la cuestión del porcentaje de las utilidades a que tienen derecho los ex trabajadores.

Se trata, según el Considerando Noveno de la Sentencia, que el titular del órgano administrativo, de acuerdo con el Juez, *"No podía ni puede emitir resoluciones distintas y menos en una cuestión relativa a la competencia. Y si lo hizo tenía que dar las razones para justificar un cambio de criterio (...) El principio de igualdad impide separarse en un caso concreto del criterio seguido con anterioridad (...)"*. El problema a resolver, según el mismo Juez, ya no es el mismo, pues, se trata de formular el juicio de igualdad, no sobre derechos más o derechos menos de personas derivados de una decisión administrativa, sino sobre el tratamiento recibido por la diferente operación de interpretación-aplicación de la ley que produce efectos directos con respecto a la competencia del órgano lo que, sólo indirectamente repercute a los actores, pues, los deja sin decisión alguna sobre sus derechos en sede administrativa, cuando en el otro caso en comparación sí hubo decisión de competencia con eficacia directa para resolver la acción de los otros sujetos, lo que produjo atención a sus derechos, en sede administrativa y en tiempo posterior.

¿Se trata, la declaratoria de incompetencia para decidir, manifestada por el órgano administrativo, de una vulneración de derechos individuales y, específicamente, del derecho de igualdad *ante* la ley de los ex trabajadores cuando, el mismo órgano, se declaró competente para resolver en otro caso sustancialmente igual? Este es el problema a resolver en este caso, según la demanda planteada.

La pregunta *prima facie* aparece consistente, pero no lo es, pues, jurídicamente uno de los dos actos resolutorios es nulo de pleno Derecho y, en consecuencia, no existe en el mundo del Derecho, o bien, carece de toda eficacia jurídica. Si la competencia

administrativa para decidir está determinada por la ley, el acto que declaró la incompetencia del órgano está viciado de nulidad subsanable y, a la inversa, si la competencia no está atribuida por ley, el acto por el que se decidió asumir una inexistente es el nulo de pleno derecho. En consecuencia, la anomalía no plantea un tema de constitucionalidad ni de vulneración del derecho de igualdad, sino de pura legalidad circunscrita a la validez de los actos administrativos. Visto así no habrá jamás dos situaciones jurídicas diferentes, pues, las dos serán objeto del mismo tratamiento una vez que se pronuncie el fallo en el juicio de legalidad que debe operar.

Lo que surge a consideración es que el tema de la competencia administrativa, en este caso, se decide por la aplicación de norma expresa de la ley (*potestad reglada*) y no por decisión en ejercicio de *potestad discrecional* del órgano administrativo. Luego, el problema se reduce a conocer si una norma de rango legal determina la competencia, en razón de la materia, del órgano administrativo. Si existe la norma de ley, el órgano es competente y, al haber declarado su incompetencia, la resolución es anulable en sede administrativa o en sede judicial. Si no existe la norma de ley que determine la competencia, el órgano de plano es incompetente y la resolución es válida por ser legítima.

#### **SOBRE EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y SU EFECTO VINCULANTE**

La Sentencia afirma que la decisión del órgano administrativo de declararse incompetente en materia de utilidades vulnera el principio de igualdad porque existe un «*precedente administrativo*» en el que, en caso esencialmente igual, declara su competencia para decidir el asunto de las utilidades de los ex trabajadores. Y, afirma además, que ese precedente es vinculante. Para reforzar el argumento trae la cita de la profesora- investigadora de la Universidad Autónoma de Madrid, *Silvia Díez Sastre*, pero sorprendentemente el Juez omite señalar dos presupuestos sustanciales que la autora resalta en la misma obra que cita y que son contrarios al argumento de la Sentencia: a) el requerimiento de la *multiplicidad de casos* que constituyan una práctica administrativa continuada, para que se configure un *precedente administrativo* y, b) que la Administración puede aceptar, previa ponderación del caso, *sólo cuando ejercita su potestad discrecional* y, en este supuesto, siempre que se considere cerrada o agotada la discrecionalidad administrativa que decimos nosotros es, por definición, inagotable. No se acepta en la doctrina ni tampoco en la jurisprudencia que *un solo acto administrativo* constituya base de la autovinculación de la Administración ni tampoco que se produzca fuera del campo donde se ejerce *potestad discrecional*. “De acuerdo con

*sus postulados, la autovinculación no puede ir tan lejos como para impedir a la Administración tener en cuenta las circunstancias del caso concreto que ha de ponderar al ejercitar su discrecionalidad. Para garantizar la igualdad de tratamiento, las disposiciones han de aplicarse en múltiples casos. Sólo de este modo se va definiendo progresivamente la forma de ejercicio de la discrecionalidad (...)*<sup>2</sup>. Resulta incoherente, inconsistente e irracional afirmar que sobre el principio de legalidad, que es el que regula los actos administrativos que son producto del ejercicio de la *potestad reglada*, pueda imperar la vinculación del precedente administrativo, se trate de uno o cientos de casos, dado que tal precedente no es reconocido como fuente de derecho.

La competencia administrativa, ya se lo ha dicho, como límite de la potestad atribuida al órgano, la determina e impone una ley previa, en consecuencia, al decidir una acción o reclamo administrativo la autoridad debe constatar si como órgano tiene competencia legal para expedir la resolución que corresponde. Aquí no hay espacio para una decisión discrecional ni para su vinculación con ninguna fuente del Derecho que no sea la Constitución o la ley. Lo reconoce la misma Sentencia al afirmar, en el mismo Considerando Octavo de la Sentencia, que *"el principio de igualdad sólo puede entrar en juego si previamente se ha observado el principio de legalidad"*. Incluso la Sentencia acepta que si la legalidad es cumplida en la decisión del caso posterior, mientras que en el anterior la decisión es contraria a ley, o viceversa, es claro que *"la Administración no está obligada a seguir dictando resoluciones ilegales, sino más bien a procurar su anulación"*. En consecuencia, es de las partes en litigio la opción de seguir el procedimiento o proceso de anulación en sede administrativa o judicial contra una u otra decisión administrativa en juicio de simple legalidad.

Luego, la diferente operación aplicativa de la ley, por parte del mismo órgano administrativo, en casos esencialmente iguales, referida a la competencia para resolver el tema de las utilidades laborales se debe resolver exclusivamente bajo el parámetro de su conformidad con la ley, enjuiciando los actos y decidiendo cuál cumple con el principio de legalidad y cuál no. Aquél es válido, éste se nulita. Esta es la forma prevista por el Ordenamiento para superar la contradicción administrativa: la resolución administrativa que violó la ley desaparece del mundo jurídico, la otra pervive con eficacia plena.

---

<sup>2</sup> *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante.* Marcial Pons., Madrid, 2008, &281.

Ahora bien, este tema no es de competencia del Juez constitucional de protección, es exclusiva y excluyente competencia de la justicia contencioso administrativa.

### **NO HAY LUGAR A LA ARBITRARIEDAD DE LA AUTORIDAD PÚBLICA**

La Sentencia en el Considerando Noveno afirma: *“El Ministro de Relaciones Laborales en el caso que motiva este análisis actuó arbitrariamente. No podía ni puede emitir resoluciones distintas, y menos en una cuestión relativa a la competencia. Y si lo hizo, tenía que dar las razones para justificar un cambio de criterio. Ante supuestos fácticos semejantes, el Ministerio de Trabajo aplicó la misma norma en un sentido diferente y se declaró, para un grupo, competente y, para otro incompetente (...)”*. No puede calificar, aun en caso que tenga razón el Juez, de arbitraria la decisión ministerial, sino de ilegal, pues, repetimos, estamos en el campo estricto de la legalidad y no en el amplio, aunque controlable, espacio de la discrecionalidad administrativa. O el Ministro es competente según la ley y dictó una resolución ilegal o es incompetente según la misma ley y dictó una adecuada a la legalidad. Los efectos son la nulidad de la que fuese calificada, por autoridad con competencia para ello, de contraria a Derecho. No tiene pertinencia, para el análisis de este caso, la tacha de un *“cambio de criterio”* administrativo, pues ese viraje de opinión no es ajeno ni independiente del análisis y juicio de legalidad de la decisión. Todo el tema se decide bajo el prisma de la legalidad.

### **LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS**

Dice la Sentencia que la Administración tiene *“la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que desprenden de sus propios actos. Lo contrario constituye un supuesto de lesión de confianza legítima y de la seguridad jurídica de las partes: “venire contra factum proprium”*. La doctrina receptada y citada por el Juez también carece de pertinencia para el caso, pues, no opera en el campo reservado a la legalidad. Una vez más el Juez no alcanza a distinguir que la decisión administrativa, acusada de vulneradora de derechos constitucionales, no se adopta en virtud del ejercicio de la potestad discrecional, sino que se trata de un acto administrativo reglado, esto es, no tiene el Ministro dos opciones jurídicas para escoger al adoptar su decisión para el caso concreto: a) declararse competente o, b) reconocer su incompetencia. Sólo tiene una selección admisible: la que la ley le impone, no tiene más alternativas y tampoco tiene, en este punto, facultad discrecional alguna.

### **IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

En este particular caso, el tema trascendente que omite considerar el Juez es que la decisión sobre la competencia administrativa es un asunto de mera interpretación y aplicación normativa en el plano de la legalidad y que, al no existir ningún espacio discrecional para que funcione el supuesto precedente administrativo, que no hay tampoco posibilidad de lesión al principio de igualdad *ante* la ley por imperar, en el caso, el principio de legalidad y que, en ningún caso, puede haber vulneración al principio de seguridad jurídica, dado que el precedente administrativo no está reconocido como fuente de Derecho, no se dan los supuestos de procedencia de la acción de protección.