

UNA MIRADA CRÍTICA SOBRE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA EXPERIENCIA ECUATORIANA*

Jorge Baquerizo Minuche**

RESUMEN:

La reciente introducción del llamado “juicio de ponderación” en la jurisdicción constitucional ecuatoriana y en la legislación de la materia, concomitantemente con el novedoso influjo del “Neoconstitucionalismo” –de reciente aparición en la dogmática nacional y en el criterio de los jueces constitucionales-, ha supuesto una aplicación judicial que deja ver las costuras de su incipiente conocimiento. El objeto de este trabajo es aclarar varios de los equívocos que empiezan a tornarse comunes en la práctica jurídica local, tratando de identificar las reales propiedades del razonamiento ponderativo.

PALABRAS CLAVE:

Ponderación, principios, razonamiento, aplicación judicial, crítica jurídica.

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Las críticas. II.1.- Ni es necesario ni siempre se debe ponderar. II.1.a.- Las forzadas lagunas axiológicas.

* Este trabajo va precedido de un agradecimiento especial al profesor Carlos Salmon Alvear, maestro y amigo, por su desinteresada generosidad con el mundo académico y con el autor.

** Abogado (UCSG, 2003). Doctor en Jurisprudencia (UCSG, 2009). Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España (2007). Ha realizado cursos de postgrado de Derecho Constitucional y de Derecho Público en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor de Argumentación Jurídica (UEES, UCSG). Profesor de Derecho Procesal Constitucional (UEES). Profesor de Postgrado en la Especialización de Derecho Constitucional (UEES).

II.1.b.- La mala técnica del legislador. II.1.b.i) La redacción del principio de proporcionalidad (Art. 3.2 de la LOGJCC). II.1.b.ii) La redacción del juicio de ponderación (Art. 3.3 de la LOGJCC).

I INTRODUCCIÓN

Identificar a la ponderación, ante todo, como *técnica de aplicación judicial de los principios*, como un tipo de razonamiento jurídico peculiar que transforma aquellas peculiares normas en reglas (en reglas específicas para la aplicación circunstancial en los casos concretos) viene a resultar una obviedad en la teoría jurídica contemporánea: una respuesta a un problema de razonamiento jurídico justificativo, antes que cualquier otra cosa.

Pero si quisiéramos mostrar por qué se vuelve necesario transformar los principios en reglas, responderíamos lo siguiente: porque es una exigencia que dimana de las *razones para la acción* que encierran los principios, los que, como se sabe, sólo entrañan un carácter *prima facie* (a primera vista). Al no contener razones perentorias o protegidas¹ (como en el caso de las reglas, cuya aplicación se realiza al modo del “todo o nada”), se vuelve necesaria la comparación o contraste entre las razones de un determinado principio en juego, y aquellas otras razones que provengan de principios o reglas que pudieran tener relevancia en el caso particular, y que juegan en sentido contrario.

Pero, en segundo término, es una necesidad que deriva de la inexistencia de condiciones de aplicación² que enlisten un conjunto finito y

¹ El carácter no perentorio o no protegido de las *razones para la acción* que contienen los principios, se inserta dentro de una perspectiva funcional del Derecho, que atiende al funcionamiento de las normas en el razonamiento práctico. Esta tesis, desarrollada ampliamente por H.L.A. HART y Joseph RAZ, se traduce en afirmar que los principios, a diferencia de las reglas, no están destinados a excluir la deliberación de otras razones en posible conflicto para que el órgano aplicador del Derecho tome una decisión. Dicho de otro modo: que los principios exigen, a quien los aplique, la apertura de un balance de razones subyacentes en la norma, frente a otro tipo de razones que podrían entrar en tensión.

² Conocida también es la explicación teórica de dicho fenómeno. Y es que este tipo de normas no proporciona pautas determinantes para que los operadores jurídicos puedan

cerrado de propiedades predicables para un caso. Los principios configuran el caso de forma tan abierta y tan indeterminada, que quien quiera aplicarlos debe primero *cerrar* su ámbito de aplicación para el respecto de que se trate. Al cerrar o acotar el principio para las específicas circunstancias que se presenten, el aplicador del derecho construye, precisamente, esas condiciones de aplicación bien determinadas. Pero no podría hacer tal operación sin antes ponderar el principio con otro u otros principios eventualmente concurrentes.

Así las cosas, se ha convenido pacíficamente que los principios no pueden aplicarse al modo de las reglas, vale decir, que no pueden funcionar –en primer término– dentro de un esquema de *subsunción*; y ello se vuelve sencillo de admitir cuando se demuestra la imposibilidad de subsumir ciertos hechos concretos en una norma que no tiene estructura condicional o hipotética. ¿Cómo pretender aquella operación de encaje mecánico, si en primer término se desconoce *dónde* encajar?

Luego, si es preciso edificar esas condiciones de aplicación es porque, en último término, el órgano aplicador del Derecho necesita volver a un tipo de razonamiento silogístico, cuya premisa mayor no va a ser ya un enunciado regulativo abstracto, sino una *regla* específica, una regla judicial elaborada como producto de la ponderación precedente. Con esa premisa mayor, ya se puede entonces *subsumir* los hechos sometidos a conocimiento (la premisa fáctica) en la mentada regla.

La subsunción, en estos casos, si bien es desplazada por la centralidad del razonamiento ponderativo, juega un papel importante (al que nos hemos referido en una precedente ocasión)³. Cuando no existe un problema de principios, el encaje fáctico y la solución normativa vendrán siempre de la mano de la pertinente regla; pero, por el contrario, cuando se advierte una concurrencia efectiva de principios, tanto la subsunción como la ponderación van a operar en distintas fases de la aplicación del Derecho.

aplicar el Derecho sobre un caso genérico. La ausencia de condiciones de aplicación, característica sobresaliente en los principios, impide correlacionar el "caso" con la respectiva solución normativa.

³ Vid. BAQUERIZO MINUCHE, Jorge, "Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación", en Revista de Derecho Público, Número 1, Ediciones de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009, p. 48-50.

Entendido este esquema de razonamiento práctico, nos queda claro que la imperatividad tan notoria en la formulación de los principios (y tan presente en las Constituciones) resulta no ser tan categórica como una lectura superficial pudiera suponer. El derecho a la libertad de expresión, o el principio de eficiencia en la recaudación de los tributos, por poner dos ejemplos, no son ni podrían ser absolutos. Y es que más allá de las consideraciones que impone el pluralismo democrático, para tal escenario existe también una seria inviabilidad lógica: si todas las circunstancias pertinentes a determinados hechos pudieran ser *siempre* cobijadas bajo los principios, no demoraríamos en advertir serias contradicciones⁴.

Justamente el resultado de la aplicación *prima facie* de los principios determina que no siempre un derecho o una libertad pública, por ejemplo, debe ser la premisa mayor de todas las situaciones de la experiencia jurídica en las que se encuentren involucrados; en tal estado de cosas, las restricciones que los afecten podrán ser justificadas⁵, siempre que se funden en razones relevantes provenientes de otros principios (cuyo valoración, por supuesto, sea prioritaria).

⁴ Si se pensara que todos los principios tuvieran que aplicarse indefectiblemente por la imperatividad del mandato constitucional, entonces se estaría negando las posibilidades de contradicciones reales entre ellos, que de hecho suceden muy comúnmente. Bien dice Manuel ATIENZA que "*Una solución podría venir de una jerarquización estricta (...) ¿Pero cómo hacerla? Y aunque lo lográramos, ¿existiría sólo uno o más de un valor último?*". La problemática, pues, quedaría sin solución. Vid. "*El sentido del Derecho*" Segunda edición revisada, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 215.

⁵ Se debe admitir que no toda limitación o disminución de los derechos es inconstitucional; sólo lo serían en tanto carezcan de justificación. Puede encontrarse una aproximación a esta idea en el Artículo 11, numeral 8, segundo inciso, de la Constitución del Ecuador, a saber: "*Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*". La pregunta inmediata a formular es: ¿Cómo podrían justificarse esas disminuciones, menoscabos o anulaciones del ejercicio de los derechos? Pues en unos casos, de ninguna manera. En otros, mediante una argumentación que pueda dar cuenta, o bien de la proporcionalidad de la medida limitadora que persigue un interés público, o bien del mayor valor o del mayor peso del principio balanceado en sentido contrapuesto, según corresponda.

II LAS CRÍTICAS

II.1.- Ni es necesario ni siempre se debe ponderar.-

Una visión bastante superflua del juicio de ponderación ha logrado que muchos de los operadores jurídicos locales identifiquen en la ponderación de principios una suerte de panacea para todos los problemas existentes, invocando su aplicación para supuestos francamente inadmisibles. Ello, a mi criterio, se ha visto alentado por dos situaciones: i) por una mala comprensión del rasgo de *sobreinterpretación* de la Constitución⁶, que supone que todos los aplicadores del Derecho vienen obligados a reconducir, hacia los principios constitucionales, todos los casos que se les presenten (bien para constatar que son casos fáciles⁷ en los que bastan las regulaciones de las reglas, o bien para constatar la existencia de una laguna normativa o axiológica que configura un caso difícil⁸); y, ii) por una deficiente técnica en la imbricación del método de

⁶ “Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de –esto es, «libres» del Derecho Constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aun minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. (...) no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sólo sea una political question, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes. GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en “Neoconstitucionalismo(s)”, Miguel Carbonell (Ed.), segunda edición. Editorial Trotta, Madrid, 2005, pág. 54 y 55. La exigencia de sobreinterpretación constitucional es una de las condiciones de la «constitucionalización» o proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, por cuyos efectos queda totalmente impregnado por las normas constitucionales.

⁷ Un caso es fácil no simplemente cuando se advierte la existencia de una regla que contenga una solución normativa para unos ciertos hechos subsumibles en sus condiciones de aplicación (condición necesaria); sino también –y esto es lo más importante- cuando no hay controversia en la subsunción de tales hechos en la regla “a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate” (condición suficiente). Cfr. ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, Tercera Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2005, Capítulo I, pág. 46.

⁸ Vid. ATIENZA, Manuel, “El Derecho como Argumentación”. Primera Edición, Ariel, Barcelona, 2006, pág. 168. Decimos que existe una *laguna normativa* cuando no existe una regla aplicable a una determinada situación. Decimos asimismo que existe una *laguna*

la ponderación a nivel regulativo (en las disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

II.1.a.- Las forzadas lagunas axiológicas.-

La primera causa nos remite a la noción de *derrotabilidad* de las reglas: cuando las reglas dejan de ser tomadas como razones excluyentes en la base de la deliberación judicial. Vale decir, *"cuando el resultado al que llevaría aplicar una regla con autonomía semántica no se compadece bien con el compromiso de razones de primer orden expresado en la regla"*⁹.

Como bien lo expone la profesora Ángeles RÓDENAS, la derrotabilidad de las normas puede suceder en dos niveles: en la prescripción contenida en la formulación normativa, pero también en el nivel de los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones subyacentes a las reglas. *"De manera que es posible también que, en segundo término, de forma excepcional, los jueces y demás aplicadores del Derecho consideren derrotada una regla cuando estimen que el compromiso entre razones que subyace a la formulación normativa está mal construido. Tal cosa sucede cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla"*¹⁰.

Lo característico de este tipo de derrotabilidad es que la regla fracasa como razón protegida. No estamos sólo ante un problema de aplicabilidad de la prescripción contenida en la regla, lo que cuestionamos es su propia validez. Que las razones de las reglas sean independientes de su contenido –pues atienden más bien al origen de su producción– no es impedimento para que el aplicador del Derecho detecte una eventual incongruencia en la articulación de aquellas razones subyacentes. Como lo dice ATIENZA, *"...la pretensión de la regla de servir como razón conclu-*

axiológica cuando hay efectivamente una regla aplicable a esa determinada situación, pero ésta resulta incompatible con los valores y principios del sistema.

⁹ RÓDENAS, Ángeles, *"En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas"*. En DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 24, Alicante, 2001, p.p. 74 y 75.

¹⁰ *Idem*, pág. 75.

yente y excluyente falla, porque el aspecto directivo de la misma se separa del justificativo"¹¹.

No es difícil imaginar un ejemplo concreto de esta separación entre *prescripción y justificación* de una regla, por la que resulta derrotada o se advierte derrotable. Todas las normas que adolecen de un vicio de inconstitucionalidad aún no declarada formalmente, pueden pasar por caso. Lo que debe quedar claro es que los jueces y los órganos de aplicación del Derecho, pese a poder (y tener que) resolver los problemas de coherencia normativa¹² en relación con los fines y valores incorporados en los sistemas jurídicos, no están autorizados para rechazar o recomponer *arbitrariamente* los compromisos de razones de primer orden subyacentes en las reglas. Así, no es jurídicamente admisible que se invoquen razones no expresadas ni reconocidas por el ordenamiento jurídico para objetar los juicios de prevalencia de las mentadas razones¹³; ni tampoco lo sería componer un nuevo compromiso de razones de primer orden para una determinada regla que ya las tiene prefijadas¹⁴.

Luego, esas operaciones propias de la derrotabilidad resultante de la incoherencia o incongruencia normativa de las reglas, deben estar siempre amparadas en el sistema de principios. Más concretamente, en el principio o principios que *doten de sentido* a la parcela jurídica regulada; hacemos referencia, siguiendo a ATIENZA y RUIZ MANERO¹⁵, tanto a

¹¹ "El Derecho como argumentación", *op. cit.*, pág. 168.

¹² *Vid.* Artículos 424, 425 y 426 de la Constitución Ecuatoriana.

¹³ "Por ejemplo, no puede (el juez) apelar simplemente a la consecución de los intereses de ciertos grupos sociales, a la realización de programas políticos, a la potenciación de nuevos objetivos sociales o a la promoción de nuevos valores no incorporados hasta el momento al orden jurídico. Razones como éstas sólo pueden ser alegadas por el legislador para justificar la aprobación de una regla que incorpore un nuevo compromiso de razones de primer orden, o la derogación de una regla que contenga un compromiso que se estime inadecuado..." RÓDENAS, Ángeles, *op. cit.*, pág. 76

¹⁴ "Este es el error en el que incurre el particularismo sensible a las reglas cuando estima que el operador jurídico que decide dejar de lado una regla es libre de componer, con las razones de primer orden contenidas en las mismas, el balance que estime oportuno. En contra de lo que supone el particularismo sensible a las reglas, los jueces sólo pueden dejar de lado las reglas oponiendo la prevalencia de otros compromisos entre las razones de primer orden aplicables al caso en cuestión que ya figuran expresa o tácitamente en el sistema". Ídem, p. 76-77.

¹⁵ "Las piezas del Derecho", *Op. Cit.*, p. 46

“ los valores cuya realización viene asegurada por el cumplimiento de la regla”, como a “ los objetivos sociales para cuya consecución el cumplimiento de la regla aparece como medio”¹⁶.

¿Qué es lo que ha ocurrido en la experiencia local? Pues que los jueces constitucionales, en no pocas ocasiones, han advertido la existencia de lagunas axiológicas allí donde no propiamente existen. Ello, con la finalidad de declarar derrotado el compromiso de razones prefijado en ciertas reglas legales y articular uno nuevo que han compuesto -para el caso concreto- sobre la base de otros principios. Pasando de los principios así convenientemente invocados y sopesados, hacia las reglas judiciales; o sea, ponderando.

El ejemplo más preocupante es el que se atribuye a la Corte Constitucional para el Período de Transición, que instauró en nuestro país la llamada doctrina del «error de derecho e injusticia del resultado»¹⁷. En varios fallos de la Corte Constitucional se ha dicho que las sentencias judiciales que se fundamentaron en los principios de la Constitución de 1998 (anterior a la vigente Constitución) *“no pueden mantenerse, ni aun poniendo en práctica los métodos más sofisticados de interpretación constitucional, pues los fundamentos filosóficos que inspiraron a las sentencias mencionadas y aquellos fundamentos que sostienen la ingeniería constitucional vigente, tienen un génesis opuesto...”* Ello supone, siempre en sus palabras, que los principios que sustentan las Constituciones de 1998 y 2008 son “irreconciliables”. Y continúan diciendo que *“(...) La evolución del pensamiento científico-doctrinario, así como del pensamiento jurídico-político de una nación como la ecuatoriana, transita hacia la emergencia de un nuevo paradigma que cambia sustancialmente la realidad y las características nucleares de los hechos y situaciones en la que en un momento se basaron las sentencias sujetas a crítica”¹⁸.*

¹⁶ Es decir, el contenido de los principios que proporcionan coherencia, en su orden, a las reglas de acción y a las reglas de fin (los dos tipos de reglas en la clasificación de los enunciados jurídicos regulativos, autoría de los citados catedráticos de Alicante).

¹⁷ Cfr. Sentencia No. 003-09-SIN-CC (Caso 0021-2009-IA) del 23 de julio de 2009; y Sentencia No. 020-09-SEP-CC (Caso 038-09-EP) del 13 de agosto de 2009.

¹⁸ Págs. 53 y 54 de la Sentencia 003-09-SIN-CC, del 23 de julio de 2009.

Se advierte, pues, que la Corte Constitucional descubre una supuesta laguna axiológica cuando opone a las razones de las normas jurídicas pre-constitucionales, la “realidad normativa y filosófica” de la actual Constitución. En consecuencia, todas las sentencias (y en general, todos los actos de aplicación del “anterior” Derecho) se verían afectados por esa irremediable contradicción, pues por muy bien fundamentados que estuvieren, el actual panorama principialista les resulta diametralmente opuesto.

Así las cosas -y por poner un caso real acorde a esta nueva “realidad normativa y filosófica” de la Constitución- sólo se respetarían las formalidades procesales dispuestas por el legislador si son justas “...y *provocuen desenlaces justos, y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues de lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, írrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia*”¹⁹. Un desenlace “justo” se observaría, siguiendo el pronunciamiento de la Corte Constitucional, “*cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada*”. Esto es, será justo cuando sea justo (con toda la circularidad que ello conlleva).

Pues bien, resulta que si una sentencia judicial ha negado el acceso a un recurso procesal (el de casación) por haber sido interpuesto inoportunamente de conformidad con la ley, puede que a los jueces de la Corte Constitucional les parezca que dicha sentencia conlleva un desenlace “injusto”, y entonces anularla. De hecho, eso es lo que determinó el contenido resolutorio de la Sentencia No. 020-09-SEP-CC, del 13 de agosto de 2009, que dispuso retrotraer los efectos de la tramitación procesal hasta el momento inmediato anterior a la negación del acceso al recurso.

¿Qué es lo que hicieron los jueces constitucionales? Ponderar, entre los principios que desencadenaron la llamada “injusticia del resultado” (el principio de seguridad jurídica y respeto a las solemnidades procesales) y los principios que exige el caso concreto para un “desenlace justo” (tutela judicial efectiva, prohibición de sacrificar la justicia por la omisión de formalidades, garantías del debido proceso) ¿Cómo se definió

¹⁹ Página 11 de la Sentencia No. 020-09-SEP-CC, del 13 de agosto de 2009.

la ponderación? Mediante la descalificación del compromiso de razones prefijadas en las reglas procesales (las de la Ley de Casación), que fueron contrastadas con la “nueva realidad normativa y filosófica de la Constitución” –lo que origina, a su modo de ver, un “error de derecho”- y, mediante la invención de un nuevo compromiso de razones de creación pretoriana: las consecuencias jurídicas de la aplicación de las reglas sobre la oportunidad de interposición del recurso de casación, están sujetas a la valoración de lo que a la Corte Constitucional le parezca justo o injusto. Esto es, el más claro desarrollo del particularismo jurídico.

No puede dejarse de admitir que los jueces de la Corte Constitucional en ningún momento se refieren a la idea de la ponderación de principios para resolver lo antes comentado. Pero, en puridad, eso es lo que hacen: aplican judicialmente unos principios que han determinado vencedores frente a otros, cerrando los márgenes de indeterminación normativa de los primeros con la creación de una sub-regla judicial que es la base de la resolución. Está claro que ponderan (aunque parecería que ni los propios jueces se han dado cuenta), pero ponderan mal, sencillamente porque no debían haber ponderado nada.

Y no lo debían haber hecho porque el balance o compromiso de razones establecido en las reglas de la Ley de Casación (que otorga preeminencia a las formalidades procesales) no podía ser dejado de lado para favorecer una más que artificiosa doctrina, que en el grado máximo de las exageraciones quiere encontrar contradicciones diametrales allí donde no las hay²⁰, y que en último término deja al libre albedrío de los jueces la composición de nuevos compromisos para aquellas reglas, sujetos a un indefinido y circular criterio de justicia. Es decir, coincidiendo con la pionera advertencia del profesor Jorge ZAVALA EGAS, que *“la Corte Constitucional dictó una sentencia irracional (sin consistencia lógica), eludiendo una norma válida y vinculante, argumentando*

²⁰ La Constitución de 1998 también contenía los principios constitucionales de tutela judicial efectiva, prohibición del sacrificio de la justicia por la sola omisión de formalidades y garantías del debido proceso, así como la actual Constitución de 2008 vuelve a reconocer en su texto al principio de seguridad jurídica. Sólo en el contexto del caso tomado como ejemplo (no digamos en otros contextos), parece bastante irrazonable asegurar una contradicción de realidades normativas, cuando lo que se advierte es una muy semejante aproximación.

critérios éticos y políticos no reconocidos por nuestro Ordenamiento jurídico y, en consecuencia, expidiendo una sentencia sin justificación alguna; un acto de hecho, pues jurídicamente no tiene calificación posible"²¹.

Creemos que este ejemplo demuestra cómo en tan temprana edad de la nueva Corte Constitucional ecuatoriana, ni se tiene idea de la ponderación de principios cuando se pondera, ni se contemplan las exigencias mínimas para la procedencia de este método. Con la agravante, ya anunciada, de que esta mala comprensión de las capacidades jurisdiccionales puede autorizar la libre creación de lagunas axiológicas allí donde se quiera verlas, y la libre intromisión en el ámbito del legislador para formular regulaciones particularistas e irrespetuosas con el principio democrático. Eso no es *sobre-interpretar la Constitución*, eso es abusar de la interpretación constitucional para marginar la legislación a conveniencia y subvertir las judicaturas en oráculos.

Ejemplos hay muchos otros²², pero por ahora baste señalar, como conclusión de este apartado, que ante la existencia de reglas basadas en compromisos de razones que no pueden ser marginados sino arbitrariamente (esto es, con una arbitraria reconducción hacia los principios por causa de inexistentes lagunas), ponderar no es posible: no es jurídicamente admisible.

²¹ Vid. "La corrección de autos y sentencias judiciales ejecutoriados basada en error de derecho e injusticia del resultado por la Corte Constitucional: su ilegitimidad" en "Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica", Edilex, Guayaquil, 2010. El profesor Jorge Zavala Egas ha sido el primer jurista de nuestro país en acusar, con muy buenas razones, tales excesos de la Corte Constitucional.

²² Como aquél contenido en la Sentencia No. 0001-09-SIS-CC (Caso No. 0003-08-IS) del 19 de mayo de 2009, que dispone el cumplimiento de una resolución del desaparecido Tribunal Constitucional, que avala la (re)inscripción de unos inmuebles adquiridos en un *juicio de remate de prenda* (sic). Aquí la Corte Constitucional no advirtió ningún "error de Derecho" en la resolución pre-constitucional (pese a que en el otro caso que ejemplificamos dijera que esas sentencias no podían permanecer "*ni aun poniendo en práctica los métodos más sofisticados de interpretación constitucional*"); pero lo más importante es que, así las cosas, la interpretación de la Corte puede originar (y así lo ha hecho) que las prendas recaigan sobre inmuebles, que los recursos interpuestos fuera de término se tengan como oportunos, o que los delitos sexuales sean susceptibles de amnistía política.

II.1.b.- La mala técnica del legislador.-

En el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52, del 22 de Octubre de 2009, fue publicada la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), en cuyo Artículo 3 se definen los "*métodos y reglas de interpretación constitucional*".

Precisamente en los numerales 2 y 3 de ese Artículo se plasman sucesivamente el *principio de proporcionalidad* y la *ponderación*, pero con tan desafortunada redacción que, en mi opinión, ella se vuelve tributaria de las inexactitudes y confusiones que aquí criticamos. Vamos a ver.

II.1.b.i) La redacción del principio de proporcionalidad (Art. 3.2 de la LOGJCC):

"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".

De la lectura de la disposición en referencia, parecería que la condición suficiente para articular el test de proporcionalidad es la sola existencia de una colisión de principios, y nada más. Nada más equivocado, agregamos nosotros. Pues este instrumento de interpretación típicamente constitucional²³ sólo tiene aplicación en el marco de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, no ante cualquier tipo de relaciones. Y es que la finalidad del *test* es la protección de los derechos de los particulares frente a la intervención oficial, de tal modo que "*sólo puedan ser limitados en la medida en que ello sea estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos a los que sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo*"²⁴.

²³ Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 11, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 15

²⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, "*La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*", Primera Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 105

Ello es así porque el principio de proporcionalidad fue concebido originalmente a partir de la posición que la persona jurídica-Estado ocupaba en el modelo del *Estado de Derecho* liberal individualista (marcado, según FORSTHOFF, por la tensión dialéctica entre el poder estatal y la libertad individual), con una *presunción de libertad* en favor de la persona, derivada del reconocimiento de su dignidad²⁵. Claro está que dicho modelo de Estado se encuentra definitivamente superado, como es obvio, pero el principio de proporcionalidad sigue conservando de forma intacta su conceptualización, reforzado y potenciado ahora por las *condiciones de constitucionalización* que predominan en los actuales Estados Constitucionales.

Lo que es importante destacar, aquí y ahora, es que el principio de proporcionalidad tiene un ámbito de aplicación más restringido que el de la «ponderación» (entendida como técnica de aplicación judicial de los principios). Nótese que el presupuesto del principio de proporcionalidad no es la concurrencia de cualquier tipo de principios (como en la ponderación), sino específicamente la contradicción entre un *derecho individual* y un *bien colectivo*²⁶. Por ejemplo, el derecho de reunión frente al orden público; el derecho de propiedad privada frente a la protección del medio ambiente; la integridad física e intimidad personal frente al interés público en la persecución de los delitos; etc.

El objeto del principio de proporcionalidad, pues, será siempre examinar si la utilización de un determinado medio (la limitación del ámbito de autodeterminación individual) es proporcional para la consecución de cierto fin (el bien público que aquella limitación persigue)²⁷. Las exigencias del principio de proporcionalidad, así, se encuentran gobernadas por un razonamiento de corte finalista, vale decir, por una lógica inherente a la *relación de medio a fin*.

Es por esto que el principio de proporcionalidad, en todo caso, toma siempre como punto de partida el examen de *una medida limitadora* de un derecho individual, que revela la tensión con un bien colectivo cuya

²⁵ *Ibidem*, p. 106

²⁶ *Ibidem*, p. 107

²⁷ *Ibidem*

satisfacción se pretende. Y es ante esta medida limitadora (que puede consistir en actos, actuaciones, operaciones, contratos, etc.) que se formulan las siguientes cuestiones, propias del escrutinio justificativo: ¿Persigue esa medida limitadora un fin constitucionalmente legítimo? ¿Es idónea o adecuada? ¿Es necesaria? y, finalmente: ¿Es estrictamente proporcionada?²⁸

Luego, puede concluirse que *la ponderación tiene un ámbito de aplicación más amplio que el del principio de proporcionalidad*²⁹ o, lo que es lo mismo, que éste no tiene la aptitud para resolver cualquier contradicción entre principios (como erradamente ha dicho el legislador). Esto no parece dimensionarse claramente. En nuestro medio, por ejemplo, ante un conocido caso de enfrentamiento de derechos de dos sujetos particulares (la libertad de expresión, por una parte, y el derecho a la honra, por otra³⁰) se sugirió que *“se tendría que haber aplicado primero el test de idoneidad, luego el de necesidad y por último el de proporcionalidad en sentido estricto”*³¹. Lo que sin duda es inviable, como demostraremos a continuación.

Enfrentados dos derechos de particulares ¿qué relación de medios y fines podría enjuiciarse en el test de proporcionalidad? Sin duda, no podría tomarse a cada derecho como “fin” y a su pertinente ejercicio como “medio”; puesto que el ejercicio de los derechos, como es obvio, está disponible en la autonomía de cada sujeto, no siendo coherente que se pregunte sobre la *idoneidad o aptitud* de su ejercicio (entre el ejercicio y el derecho ejercido no hay ninguna frontera: cuando alguien ejerce su derecho ya lo ha alcanzado en ese mismo momento) ni tampoco que se pregunte sobre su necesidad (lógicamente, no existe ninguna alternativa menos gravosa para el derecho contrapuesto que no sea la ausencia de ejercicio del derecho que se le contrapone: o sea, que los derechos se

²⁸ Cfr. BAQUERIZO MINUCHE, *op. cit.*, págs. 37 y siguientes.

²⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *op. cit.*, p. 111

³⁰ Es el caso que se desprende del proceso penal por injurias seguido por Camilo Samán (autoridad administrativa) contra Emilio Palacio (editor de opinión del Diario “El Universo”) por la publicación de una columna editorial que le habría imputado al primero, supuestamente, la falsa comisión de varios delitos.

³¹ “*Sobre la sentencia contra el periodista Emilio Palacio*”, columna de opinión publicada en Diario “El Universo” el 12 de Abril de 2010.

ejercen o no se ejercen, sin que haya otras posibilidades). Lo único que bien podría enderezarse es la cuestión de si ese ejercicio de derechos es proporcionado con las exigencias contextuales, pero eso ya es ponderar.

La respuesta es que en este tipo de casos no se debe (no tiene sentido) que se implemente el test de proporcionalidad, sino que se proceda a la ponderación de principios de forma directa, sin más ambages. Eso es lo que hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán, en un ejemplo muy parecido al que citamos precedentemente, con el mismo par de derechos en colisión real. Nos referimos al fallo Lebach³².

En este caso, el TCF no se detiene en improbables preguntas que pudieran darse si alguien pensara en invocar el test de proporcionalidad (¿es el ejercicio de la libertad de expresión apto para alcanzar la libertad de expresión? O ¿cabe otra posibilidad que lesione menos severamente el derecho a la honra, y que cumpla de la misma forma con la libertad de expresión, que no sea el ejercicio de la libertad de expresión?); más bien, la argumentación de los jueces se desarrolla en los siguientes niveles:

Primero, se constata una colisión entre la protección constitucional del derecho a la personalidad y de la libertad de información. En segundo término, se establece que bajo el supuesto abstracto de información actual sobre delitos graves, existiría una prioridad *prima facie* a favor de la libertad de información. Y finalmente, se decide que dadas las condiciones concretas del caso (información televisiva repetida, inexistencia de interés informativo, y peligro sobre la resocialización del reo), la protección de la personalidad prevalece sobre la libertad de información. Las condiciones en las que un principio prevalece sobre otro, y que

³² Citado y explicado por Robert ALEXY en "Teoría de los derechos fundamentales", Primera Edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 95 y siguientes. Se trata de lo siguiente: un programa de televisión proyectaba la emisión de una película documental ("El asesinato de soldados en Lebach"), acerca de un crimen en el que cuatro soldados del Ejército Federal cerca de Lebach fueron asesinados mientras dormían. Una persona que había sido condenada por complicidad en este crimen, y que estaba a punto de abandonar la prisión, consideró que la emisión de esta película televisiva, en la que aparecía fotografiada y era mencionada expresamente, violaba su derecho fundamental a la protección de la personalidad y la dignidad como persona, sobre todo porque hacía peligrar su resocialización.

constan en la regla judicial así delineada, forman el supuesto de hecho necesario para determinar las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente³³.

En conclusión, y pese a la deficiente elaboración de la norma jurídica que introduce en el ordenamiento ecuatoriano el test de proporcionalidad, éste no puede ser empleado por los jueces constitucionales sino únicamente ante la presencia de conflictos entre derechos individuales, por una parte, y bienes o intereses colectivos perseguidos por una medida de poder público, de otra parte. El resto de conflictos entre principios debe ser resuelto con la aplicación directa de la ponderación en sentido estricto.

II.1.b.ii) La redacción del juicio de ponderación (Art. 3.3 de la LOGJCC):

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

Para empezar el análisis de la técnica legislativa empleada en la ponderación, diremos en primer término que no es que exista aquí error manifiesto en la plasmación del modelo –que, por demás, es una copia literal de la “ley de la ponderación” de Robert ALEX³⁴– sino que la falta de cualquier otra indicación parecería sugerir, otra vez, la ausencia de condiciones excepcionales para la utilización de este método. Y ello no es así: no siempre se debe llegar a ponderar principios, cuando los choques son aparentes y no reales.

³³ ALEX³⁴, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” (traducción de Manuel Atienza), en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Volumen 5, Alicante, 1998, págs. 146-147

³⁴ “Teoría de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 161. “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta regla expresa una ley que vale para la ponderación de principios, de cualquier tipo que ellos sean. Puede ser llamada “ley de la ponderación”.

Lo dicho es consecuencia casi inmediata de asumir el corolario del test de proporcionalidad. Porque si en el enjuiciamiento concreto se identifica la tensión entre principios de dimensión individual y principios de dimensión colectiva o de interés general, aquí lo propio es que *no se pondere*, al menos no de manera directa, sino que se utilice prioritariamente el principio de proporcionalidad. Sólo si de la articulación de este principio resulta que se pasan correctamente los filtros de idoneidad y necesidad, es que se tendría que ponderar en sentido estricto.

¿Cuál es la razón de este condicionamiento previo? Pues que no todo principio de interés general alegado por una medida de poder público tiene que resultar constitucionalmente relevante. Y si así lo fuere, no siempre la medida oficial adoptada será apta para conseguir o alcanzar ese principio. Y si así también lo fuere, no siempre esa misma medida será la única alternativa posible: puede que exista otra que cumpla de igual forma con la preservación del principio de interés general en referencia, sin lesionar tanto el principio de dimensión individual como consecuencia. Todas estas son buenas razones que demuestran la incorrección de un examen valorativo sobre los principios en pugna, cuando existen otras inconsistencias precedentes que no pueden ser pasadas por alto.

Todas las anteriores posibilidades, que se corresponden con cada uno de los pasos del test de proporcionalidad, tienen no poca frecuencia en las prácticas jurídicas del derecho público ecuatoriano. Así por ejemplo, la emanación de actuaciones administrativas sin identificación de ningún principio jurídico en que se pretendan fundar³⁵, es una actuación patentemente inmotivada, que ya desde la forma carece de justificación³⁶. Esa ausencia de justificación también ocurre cuando se

³⁵ La identificación del principio perseguido por la actuación administrativa no necesariamente ha de verse reflejada en una norma constitucional, pero sí que ha de poder reconducirse necesariamente hasta ese marco.

³⁶ Para demostrar este aserto, basta leer el contenido del Art. 76, núm. 7, literal l) de la Constitución de la República, que versa sobre la garantía de motivación jurídica de las decisiones de todos los poderes públicos. La no identificación de la *premisa normativa* en el razonamiento jurídico imposibilita siquiera la justificación interna de las decisiones, pues la *premisa fáctica* (los hechos del caso) no tendrían dónde ser encajados para encontrar la regulación jurídica proveedora de la solución pertinente.

enuncian principios que no son de ninguna relevancia o pertinencia³⁷ para el caso concreto, y que en tal virtud refleja, tanto como en el primer caso, una gratuidad en la afectación de los principios contrapuestos: se limitan o menoscaban éstos a cambio de nada (nada que se pueda identificar o nada relevante). La consecuencia es que tales actuaciones son radicalmente inválidas o nulas por falta de motivación (por carecer de justificación interna o externa³⁸), y que no es necesario ponderar nada. ¿Sería coherente que se pondere un principio irrelevante con un derecho existente? Pues no. Casualmente para demostrar las eventuales irrelevancias es que está el principio de proporcionalidad.

¿Y qué hay si el principio de interés público sí que es hallado relevante, pero la medida oficial no es apta o idónea para alcanzarlo? Pues tampoco se tiene que ponderar nada. En ese caso, la medida no aprueba el test de proporcionalidad y hasta ese punto ya estará comprobado su despropósito. Saltarse aquí ese *test* y proceder a ponderar principios que realmente no se contraponen, es un tremendo error del que ya ha hecho gala la Corte Constitucional ecuatoriana, en la conocida Sentencia No. 002-09-SAN-CC (Caso No. 0005-2008-AN)³⁹.

³⁷ Es lo que ocurre cuando se enuncian principios constitucionales como meros pretextos para dar cobertura o apariencia de buen derecho a la actuación pública (*v. gr.*, indicar que la extinción jurídica de una fundación tenga como finalidad a la preservación de la “seguridad del Estado”, por el simple hecho de que tal fundación no se encuentre supervisada y controlada por el ministerio correspondiente, sino por otro ministerio). Aquí la *justificación interna* puede que sea demostrable por la sola identificación de las premisas normativas y fácticas en el silogismo así construido; pero la *justificación externa*, esto es, la justificación ya no de la inferencia sino de las premisas (y más concretamente, de la premisa normativa) no puede ser acreditada. El efecto es el mismo que para la ausencia de justificación interna: la invalidez radical, por falta de motivación jurídica en lo tocante a la “pertinencia de aplicación” de los principios jurídicos a los “antecedentes de hecho” (en la terminología de la norma constitucional antes invocada: Art. 76, núm. 7, literal I, CRE).

³⁸ Sobre la distinción entre justificación interna y externa de las decisiones, puede ampliarse el tema en la obra de Manuel ATIENZA, “*Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*”, Segunda Edición, Editorial Palestra, Lima, 2006, p. 61 y siguientes.

³⁹ Suplemento del Registro Oficial No. 566, del 8-IV-2009.

En aquella oportunidad, se enjuiciaba un dictamen del Procurador General del Estado y unas actuaciones administrativas de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, que inaplicaron la exención tributaria (constante en la Ley sobre Discapacidades) para la importación de vehículos ortopédicos usados, de hasta tres años de antigüedad, destinados al traslado de personas discapacitadas. A partir de ese dictamen vinculante quedó prohibida la importación de vehículos con esas características, lo que se volvía operativo -según la argumentación del Procurador- en virtud de la preservación de los derechos de defensa del consumidor y de protección al medio ambiente. La Corte Constitucional, atendiendo una acción por incumplimiento de las disposiciones de la ley inaplicada, procedió directamente a ponderar esos derechos colectivos invocados, con el derecho de la población discapacitada a gozar de exenciones tributarias.

La conclusión a la que arriba la Corte Constitucional, es que a partir del uso de la fórmula del peso, se refleja que *"la satisfacción del derecho al medio ambiente sano y del consumidor – satisfechos sólo en 0.25-, no justifica la intervención en los derechos de los grupos de atención prioritaria (...) afectados en 4-*. Estos últimos derechos precedieron en la ponderación y, como resultado del caso, se estableció que era *inadmisible e inconstitucional* la restricción a la importación libre de impuestos de vehículos automáticos de hasta tres años de fabricación a favor de la población discapacitada. En consecuencia, y sobre la base de esta ponderación, se declaró la inconstitucionalidad por el fondo del dictamen emitido por el Procurador General del Estado.

Lo que pasó por alto la Corte Constitucional (a mi modo de ver, conscientemente) es la evidente falta de aptitud del dictamen del Procurador para preservar unos derechos colectivos que no podían verse afectados por la sola importación de un número discretísimo de vehículos ortopédicos de hasta tres años de antigüedad (en comparación con el volumen del parque automotriz existente, que además tiene una antigüedad que supera con creces esos tres años). No es que haya escapado al conocimiento de la Corte esta circunstancia (que de hecho se la menciona en el texto de la sentencia); es que simplemente no se la quiso tomar como determinante para la resolución. ¿Cuál era la necesidad de ponderar en este caso, si ya estaba comprobada la falta de idoneidad de la medida y, en consecuencia, la demostración de un conflicto aparente y no real entre derechos?

La misma solución encontrada por la Corte Constitucional (la inconstitucionalidad del dictamen) pudo y debió haber sido lograda mediante el test de proporcionalidad, sin los riesgos que supone la valoración del peso de unos derechos que no están realmente confrontados. Porque también cabe preguntarse qué hubiera pasado si tal atolondrada ponderación era realizada por una Corte no progresista, que hubiera encontrado un mayor peso en los derechos derrotados. ¿Se eliminaba con esa ponderación la ineptitud del dictamen? La respuesta es que no, y casualmente ello nos advierte del peligro de ponderar cuando no hace falta⁴⁰.

Y, finalmente, otro tanto de lo mismo puede decirse que ocurre en los casos donde no se encuentra el requisito de *necesidad* de la medida limitadora. El hallar que una medida es innecesaria supone que ya se ha identificado una alternativa que cumple proporcionalmente con el fin que pretende alcanzarse. En este contexto, ¿qué sentido tendría ponderar? Pues ninguno. Pero es justamente la potencialidad de ese razonamiento lo que debería obligar a los jueces constitucionales a enderezar el test de proporcionalidad en los supuestos en que éste proceda (y no a ponderar directamente). La virtud que tiene ese momento del *test* es el ensayo propositivo de posibilidades que puedan determinar que el mismo principio de interés general o colectivo sea asegurado, procurando por otra parte la más liviana lesión de los principios o derechos afectados por la intervención. Esa deliberación compleja me parece preferible antes que el enfrentamiento duro de los principios (para vencer o ser vencidos) cuando bien pueden ser armonizados en la medida de las posibilidades.

El referido supuesto bien podría discutirse en muchas medidas de poder público que limitan derechos. Es el caso del Acuerdo Intermi-

⁴⁰ Este criterio fue manifestado por el profesor Manuel Atienza, quien comentando este preciso caso ecuatoriano ha dicho: "*Seguramente un lector que no conozca bien lo de la fórmula del peso de Alexy, puede resultar muy impresionado por el manejo de las fórmulas. Pero realmente no pasa de ser una impresión. Si uno se para a pensarlo, el caso debería llevar más bien a dudar sobre la utilidad práctica (...) de la fórmula en cuestión. (...) [Pues] En los casos claros (como el presente) resulta, como se ha dicho innecesaria...*" Vid. ATIENZA, Manuel y LOZADA, Alí, "*Cómo analizar una argumentación jurídica*", Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2009, p. 115.

nisterial (suscrito por los Ministerios de Gobierno y de Turismo) que establece políticas conjuntas para regular la venta de bebidas alcohólicas de cualquier tipo, en establecimientos comerciales y de diversión, y que en la especie impone una serie de limitaciones y prohibiciones que pesan en mayor medida sobre la libertad de contratación (y más concretamente, sobre la libertad de comprar y vender). Ello, con la finalidad de “*mejorar la seguridad ciudadana y promover el turismo sano en el país*”.

No es discutible que la preservación de la seguridad interna ante el azote delictivo o la promoción del turismo nacional sean fines constitucionalmente legítimos. Tampoco lo es constatar que el Acuerdo Interministerial es idóneo para alcanzar esos fines. Pero nos quedan dudas respecto de la *necesidad* de hacerlo de esa manera. ¿Por qué es necesario limitar la compra y venta de licores para controlar los niveles de delincuencia y mejorar el turismo? ¿No existen acaso otras medidas que promuevan más eficazmente la prevención de los delitos o incentiven de mejor forma el panorama turístico ecuatoriano? ¿Se tenía que restringir indefectiblemente la libertad de comercio con esa intensidad? Éstas son las preguntas básicas cuyas respuestas no se encuentran en el texto de la regulación ministerial que, en consecuencia, carece de justificación y resulta patentemente arbitraria⁴¹.

A lo anterior se agrega la poca probabilidad de reducción de la tasa de delitos por causa de las restricciones al expendio de licor, y el carácter poco razonable –y hasta contraproducente– de promover el turismo nacional con toques de moralina. ¿Qué es y quién define el concepto de “sana diversión”? ¿Y sobre qué bases se sostiene que limitar inconstitucionalmente nuestra libertad para comprar y para vender alcohol nos volverá más sanos y menos proclives al delito?

⁴¹ Vale destacar que el Acuerdo Interministerial es inconstitucional ya desde criterios meramente formales. Resulta evidente la arrogación de competencias para regular una materia que la Constitución ha reservado para el legislador, y ello es así porque: I) se requiere de una ley para regular el ejercicio de los derechos constitucionales (Art. 132, núm. 1); II) no se pueden exigir condiciones que no estén establecidas en la Constitución o en la ley para el ejercicio de los derechos (Art. 11, núm. 3, segundo inciso); y, algo todavía más básico, III) ninguna persona puede ser obligada a *dejar de hacer algo* no prohibido por la ley (Art. 66, núm. 29, lit. c). Está claro, entonces, que regular con carácter prohibitivo una actividad comercial es algo que no pueden hacer los Ministros, porque no son legisladores.

La solución para estos casos, como se intuye, no es la ponderación. Es la aplicación del test de proporcionalidad, como quiera que sea posible entrar a discutir criterios materiales de justificación. Y esto, sólo si los criterios formales guardan coherencia con los postulados jurídicos, lo que de no ser el caso (como en el ejemplo recién citado) determinará la invalidez de la medida limitadora sin exigencia para el análisis de fondo.

Guayaquil, octubre de 2010