



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador | Sede
Ambato

CENTRO DE POSGRADOS

Tema:

ANÁLISIS SOBRE CORRECTA APLICACIÓN DE PONDERACIÓN EN SENTENCIAS EMITIDAS POR CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho mención Argumentación Jurídica y Litigación Oral

Línea de investigación:

DERECHO, PARTICIPACIÓN, GOBERNANZA, REGÍMENES POLÍTICOS E INSTITUCIONALIDAD

Autora:

Norma Yadira Villa Añazco

Directora:

Dra. Linda de las Mercedes Amancha Chiluisa

Ambato – Ecuador

Julio 2025

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo: **NORMA YADIRA VILLA AÑAZCO**, con cédula de ciudadanía **1719246090**, autora del trabajo investigativo de graduación titulado: "ANÁLISIS SOBRE CORRECTA APLICACIÓN DE PONDERACIÓN EN SENTENCIAS EMITIDAS POR CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR", previa la obtención del título profesional de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN EN ARGUMENTACIÓN JURIDICA Y LITIGACION ORAL**, en el centro de **POSGRADOS**.

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE Ambato, el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ambato, julio 2025

**NORMA
YADIRA VILLA
AÑAZCO**

Firmado digitalmente
por NORMA YADIRA
VILLA AÑAZCO
Fecha: 2025.07.22
12:24:20 -05'00'

Norma Yadira Villa Añezco

CC. 1719246090

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE AMBATO
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Tema:

ANÁLISIS SOBRE CORRECTA APLICACIÓN DE PONDERACIÓN EN SENTENCIAS EMITIDAS POR CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Línea de investigación:

DERECHO, PARTICIPACIÓN, GOBERNANZA, REGÍMENES POLÍTICOS E INSTITUCIONALIDAD

Autora:

Norma Yadira Villa Añazco

Linda de las Mercedes Amancha Chiluisa, Ab. Dra.
 CC. 1801932128



f. _____

CALIFICADOR

Andrea Marlene Altamirano Zavala, Ab. Mg.



f. _____

CALIFICADOR

Verónica Lissette Mantilla Pazmiño, Ab. Mg.



f. _____

CALIFICADOR

Dayamy Lima Rojas, Lic. Mg.

DAYAMY LIMA ROJAS
 Firmado digitalmente por DAYAMY LIMA ROJAS
 Fecha: 2025.07.23 15:27:49 -05'00'

f. _____

DIRECTORA CENTRO DE POSGRADOS

Diego Gonzalo Coca Chanalata, Dr.

DIEGO GONZALO COCA CHANALATA
 Firmado digitalmente por DIEGO GONZALO COCA CHANALATA
 Fecha: 2025.07.25 10:14:42 -05'00'

f. _____

SECRETARIO GENERAL PUCESA

Ambato – Ecuador

Julio 2025

DEDICATORIA

"La vida no es la que uno vivió, sino la que uno recuerda y cómo la recuerda para contarla."

Gabriel García Márquez

Dedico este trabajo a mi amado Emanuel, por ser mi compañero incondicional en este viaje, y a mis queridas hijas Emily y Sammy, que llenan mi vida de alegría y motivación. Su amor y apoyo han sido el faro que me ha guiado en cada desafío, recordándome que los sueños se construyen con esfuerzo y dedicación. A mis padres Normita y Miguel, quienes me enseñaron el valor del conocimiento y la perseverancia, les agradezco por ser la base sólida sobre la que he podido edificar mis aspiraciones.

Esta tesis es un reflejo de mis recuerdos, mis aprendizajes y el amor que me rodea. A todos ustedes, dedico este trabajo con gratitud y cariño, esperando que mis palabras resuenen con la misma pasión que me han inspirado a lo largo de este camino.

Norma Villa A.

AGRADECIMIENTO

Deseo expresar mi profunda gratitud a mi familia por su apoyo incondicional y aliento constante durante este proceso de estudio, a mis padres Normita y Miguel por enseñarme a nunca rendirme buscando ser mejor persona cada día. A mi compañero de vida Emanuel y mis hijas Emily y Sammy, mi profundo amor y agradecimiento por darme fuerzas cada instante para salir adelante, ser mi inspiración diaria motivándome a ser mejor mujer y profesional.

Agradezco a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato, por brindarme los recursos y el espacio necesarios que fueron fundamentales para el desarrollo de mis estudios de posgrado y para la Dra. Linda Amancha, tutora de tesis, por su guía y enseñanza constante en este proceso de titulación.

Norma Villa A.

RESUMEN

Es de suma importancia la identificación correcta del método argumentativo que se utilizará al momento de aplicar la Garantía Constitucional de Motivación en las Sentencias que emanen de los operadores de Justicia considerando que en muchas de las ocasiones en las Sentencias se presenta una confusión en cuanto al principio que se ha utilizado para el análisis de los Derechos Constitucionales que se discuten, cuando en la realidad se ha desarrollado la Motivación bajo la aplicación del principio de subsunción.

Para efectuar un análisis sobre la correcta forma de aplicación del principio de ponderación sobre las Sentencias emitidas por la Corte Constitucional se debe ejecutar el método comparativo en la que se realice un estudio analítico del modo y forma como se aplica el principio de ponderación por parte de la CIDH en sus Sentencias vs el modo y forma de aplicación del principio de ponderación por parte de la Corte Constitucional del Ecuador.

Con el fin de poder establecer los lineamientos generales del modo y forma de cómo se debe aplicar el principio de ponderación en América Latina, se debe necesariamente contar con los métodos descriptivo, comparativo y analítico, con la finalidad de poder dejar en claro cuál es la esencial diferencia entre cada uno de los métodos descritos en líneas anteriores, al momento de que los operadores de Justicia pretendan incorporar y aplicar en sus Sentencias el principio de ponderación sin que el mismo se confunda con la aplicación del principio de subsunción.

Palabras clave: ponderación, subsunción, sentencia, corte constitucional, principios, reglas.

ABSTRACT

The correct identification of the argumentative method to be employed is of utmost importance when applying the Constitutional Guarantee of Reasoning in judicial decisions issued by justice operators. This necessity arises from the frequent confusion observed in judicial rulings regarding the principle used to analyze the constitutional rights at issue, particularly when, in practice, the reasoning has been developed through the application of the principle of subsumption.

To analyze the appropriate application of the principle of proportionality in rulings issued by the Constitutional Court, a comparative methodology must be employed. This entails an analytical study of the manner and form in which the Inter-American Court of Human Rights applies the principle of proportionality in its judgments, in contrast to how this principle is applied by the Constitutional Court of Ecuador.

In order to establish general guidelines for the manner and form in which the principle of proportionality should be applied across Latin America, it is essential to utilize descriptive, comparative, and analytical methods. This will clarify the essential distinctions among the aforementioned methods, thereby preventing justice operators from confusing the application of the principle of proportionality with that of the principle of subsumption in their judicial rulings.

Keywords: *proportionality, subsumption, judgment, constitutional court, principles, rules.*

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD	ii
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA	5
1.1. Origen y evolución histórica de la ponderación y subsunción.....	5
1.2. Diferencia doctrinaria entre subsunción y ponderación	14
1.3. Confusión por parte de la corte constitucional al momento de aplicar la ponderación dentro de las sentencias emitidas en los años 2018 a 2021	21
1.4. Determinación de los parámetros sobre la ponderación empleados por la corte interamericana de derechos humanos caso Kimel vs Argentina	23
CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO	34
2.1. Tipo de investigación	34
2.2. Enfoque de la investigación	34
2.3. Método de investigación	35
2.4. Población y muestra	35
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	39
3.1. Presentación de resultados	39
3.2. Análisis general	54
CONCLUSIONES.....	56
RECOMENDACIONES	58
ANEXOS	64

INTRODUCCIÓN

Para poder desarrollar de mejor manera el presente trabajo se debe comprender que al hacer referencia al término “ponderación”, lo podemos comprender como un “Método de interpretación” que es utilizado por los operadores de Justicia frente al choque de Derechos plasmados y protegidos por la Constitución de la República del Ecuador. Desde la perspectiva normativa interna Ecuatoriana y conforme se ha desarrollado en varias Jurisprudencias emitidas por la Corte Constitucional, podemos comprender que la ponderación se visualiza como un principio constitucional el cual tiene como objetivo realizar un análisis concreto jurídico en razón de alcanzar la resolución de ¿Cuál es el derecho que menos se lesiona con la aplicación de principios jurídicos constitucionales en la resolución de un caso en puntal que existe un choque de derechos o cual derecho es el que menos se opone a los derechos y garantías que consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, que se encuentran lesionados en un hecho en concreto? Y por lo tanto la ponderación permite determinar cuál de los derechos requiere la protección reforzada por parte del operador de justicia que permita el efectivo goce y ejercicio del derecho constitucional de lo justiciable. Es decir, la ponderación le permite al Juez sobreponer un derecho constitucional sobre otro en un caso en concreto de tal manera que se llegue a determinar a través de una valoración jurídica si el derecho que se pretende ponderar (sobreponerse) sobre otro se encuentra dentro de los grupos de atención prioritaria y/o si dicho derecho merece una atención especial por parte del Operador de Justicia.

Partiendo de esta proposición, podemos comprender que la ponderación es una herramienta que utilizan los operadores de justicia (ya sean estos Jueces de Primer Nivel, Jueces de la Corte Provincial, Jueces de la Corte Nacional y Jueces de la Corte Constitucional), para determinar y establecer que derecho (ya sea uno o varios), que se encuentren determinados en la Constitución de la República del Ecuador, que mantienen el mismo rango es el que debe priorizarse en un caso concreto (es decir es más importante dentro del caso), que merezca un trato preferencial sobre otro, por ello, se debe observar que este ejercicio de aplicación de la ponderación responde a la aplicación y protección del Principio Constitucional

a la Tutela Efectiva determinado en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador.

En este sentido de ideas, otro de los métodos y/o herramientas que son utilizados por parte de los operadores de justicia al momento que se debe resolver el choque de derechos constitucionales que tienen la misma categoría y rango constitucional corresponde al método interpretativo de subsunción, el mismo que funciona de acuerdo a la lógica deductiva la misma que se ejecuta mediante la declaratoria de un hecho jurídicamente relevante el mismo que se ajusta a la norma jurídica que lo determina, es decir, es una herramienta utilizada por los operadores de justicia la cual les permite efectuar la plena identificación de pertenencia de un elemento jurídicamente relevante a su sistema normativo, trasformando lo referido en líneas anteriores podemos establecer que en materia de derecho constitucional la subsunción se declara en el momento que se procede a aplicar una norma jurídica general (como es la constitución), en un caso particular y específico donde se genera la necesidad de su inmediata aplicación conforme lo determina el artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin que surtan los efectos jurídicos necesarios dentro del caso a resolver y le permita al operador de justicia encontrar y determinar una solución jurídicamente válida (apegada a derecho), que respete y aplique el principio de Seguridad Jurídica, realizando un examen motivacional en el que se determine con claridad la aplicabilidad de la norma jurídica discutida en el caso a ser resuelto.

El objetivo del presente trabajo, corresponde entonces a la plena diferenciación en razón de los métodos de ponderación y/o subsunción en sentencias que se hayan emitido por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, en los años 2018 a 2021, considerando que entre ellos existe una gran similitud y que ambos constituyen un método interpretativo que requiere un análisis directo lógico por parte del operador de justicia al momento de resolver la discusión jurídica de dos derechos constitucionales del mismo rango normativo. Sin perjuicio de ello, se debe establecer que la aplicación de ambas herramientas de interpretación deben ejecutarse bajo el respeto del principio de proporcionalidad como un medio de límite y control sobre los actos de autoridades jurisdiccionales al momento de tomar la

decisión de sobreponer un derecho constitucional sobre otro, sin que dicha decisión sea considerado como un abuso del poder judicial, sino al contrario este permita el pleno goce y ejercicio de los derechos de los justiciables expresados y otorgados por la Constitución de la República del Ecuador y el ordenamiento infraconstitucional, con el pleno respeto del Principio de Tutela Efectiva. Para ello, dentro de la presente investigación el estudio se centrará en el análisis de casos prácticos (Sentencias) en el que se denote la forma y modo que ha aplicado el operador de justicia ya sea la ponderación o la subsunción dentro de su Sentencia, y si en el caso en puntual existió dentro de su resolución el enunciado de aplicar la ponderación, así como identificar y analizar los métodos interpretativos que se ha utilizado por parte de los Jueces de la Corte Constitucional al momento de resolver su Sentencias (ya sea estos la ponderación y/o subsunción), los cuales deben ser acordes con el principio de proporcionalidad, el cual constituye como un paraguas de protección frente a la decisión que adopte el operador de justicia y sobre la cual han sido las razones y motivos que ha permitido al Juzgador ejecutar a su criterio deponer un derecho sobre otro.

Por otro lado, comprendiendo que a materia teórica y doctrinaria la idea del sistema jurídico ecuatoriano pretende generar el sentido de “*deber ser*”, es decir, a su simple apariencia pareciera que el sistema jurídico ecuatoriano resultaría ser completo para resolver cualquiera de los casos en un universo amplio de posibilidades, es decir bajo esta idea comprenderíamos que el sistema normativo desde la perspectiva del “*deber ser*”, genera la posibilidad y certeza a los operadores de justicia una correlación directa entre el caso y su solución, sin embargo como se demostrará a lo largo del presente trabajo esta idea doctrinaria en el ámbito práctico no resulta ser afirmativo, más aún cuando los procesos a ser resueltos respondan a determinar qué derecho de un rango constitucional igualitario debe estar por encima de otro, en muchos de los casos a ser resueltos, el operador de justicia no mantiene claro en qué momento, en que forma y en qué casos debe aplicar el principio de ponderación y en qué casos debe aplicar el principio de subsunción.

En la mayoría de los casos al momento de emitir o llegar a una decisión los operadores de justicia suelen aplicar ambos principios de una manera mixta que no

se logre especificar e identificar de manera clara la herramienta de interpretación adoptada para su decisión, generando que la misma se convierta en muchas ocasiones en una ineficiente protección constitucional.

CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA

1.1. Origen y evolución histórica de la ponderación y subsunción

Ponderación

“El Ecuador en la actualidad es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” Art. 1 CRE, en este sentido, al referirse que es un Estado constitucional de derechos, significa que con la creación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008 que sustituye a la Constitución Política del año 1998, esta ha procedido a facultar a los administradores de justicia, la calidad de garantes y vigilantes de los derechos de los justiciables al momento de acceder a la justicia, la cual se ha plasmado mediante garantías constitucionales que se ejecutan a través de las facultades jurisdiccionales que se encuentran establecidos en los artículo 129 numeral 1 y artículo 130 numeral 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, que son aplicadas por medio de diversas herramientas que permiten el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados y reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales, en este sentido, los operadores de justicia de primer nivel, de las Cortes Provinciales, Cortes Nacionales y Corte Constitucional, basan el desarrollo, sustanciación y decisiones en estricto apego a los principios constitucionales como garantías comunes y fundamentales para el respeto de los derechos inherentes de los justiciables, pues los operadores de Justicia serán los encargados de tutelar los derechos de quienes exigen justicia frente a un derecho controvertido.

Considerando lo expresando en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, que determina el Principio de Tutela Efectiva la cual debe ser aplicada en todo proceso judicial en el que se discutan derechos de los justiciables, es entonces que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, sobre este derecho la Corte Constitucional lo considera importante, permite el aseguramiento al justiciable que en los procesos que se resuelvan sus derechos

lograrán obtener una Sentencia apegada a la Constitución. La jurisprudencia de la Corte ha tratado a la tutela judicial efectiva como un derecho autónomo (declaración de la violación a la tutela judicial efectiva por irrespeto a uno de sus componentes), como un derecho que se puede analizar en conjunto con otros derechos, como el derecho de petición, defensa o motivación (por ejemplo, ha declarado violación a la tutela judicial efectiva y a la motivación por un mismo hecho), y como un derecho que puede ser reconducido a otros derechos vinculados (por ejemplo, ha declarado violación a la motivación cuando se ha invocado la tutela judicial efectiva).

La tutela judicial efectiva, como todo derecho reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, comprende una persona titular, un obligado y un contenido, es entonces que la tutela de los derechos constitucionales se ejecutan través de las garantías jurisdiccionales que se encuentran contempladas en la Constitución en el artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, estas garantías permiten a los y las ciudadanos presentar sus solicitudes u oposiciones en los eventos en los que adquieren o asumen la calidad de víctima de vulneración de un derecho constitucional o, cuando se esté limitando el goce o ejercicio de uno de los derechos contenidos en ella.

En este sentido, debemos comprender que los derechos y principios constitucionales que se encuentran positivamente expresados en nuestra Constitución, mantienen el mismo valor jurídico e importancia (es decir son de igual jerarquía), sin embargo, existen casos jurídicos en que estos derechos de igualdad jerárquica presentan oposición entre sí o llamándolo de otra manera presentan conflicto al momento de ejecutar su goce y ejercicio, en casos particulares los sujetos del derecho (justiciables), con igualdad de condiciones frente a la Ley, piden su protección de manera simultánea sobre un mismo hecho que les genera conflicto a los justiciables (Ejemplo cuando una persona reclama su derecho de libre expresión y otro reclama el respeto a su derecho a la honra), considerando que ambas partes están dotadas del derecho y asimismo de la garantía que permite que su goce se cristalice, esta situación genera la necesidad de activar el sistema judicial con la finalidad de que un Juez resuelva el conflicto de derechos constitucionales de igual jerarquía en base a su conocimiento, raciocinio e

inteligencia, la que permitirá una correcta aplicación de la norma y podrá determinar qué derecho prima sobre el otro. Considerando lo mencionado anteriormente, podemos establecer que el operador de justicia se encuentra en la facultad y potestad legal y constitucional de resolver la controversia que se presenta por el poder jurisdiccional que se le ha conferido además de que el operador de justicia cuenta con las herramientas normativas y constitucionales para resolver el conflicto jurídico de dos o más normas constitucionales de igual jerarquía que se presenta en su conocimiento, las cuales se rigen a los parámetros y determinaciones contempladas en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), la misma que determina las directrices de interpretación sobre las normas constitucionales, que se orienta a una interpretación integral y completa de la Constitución, es decir enfocándose en su fin ulterior.

Para ello, se debe considerar que, en el caso de conflictos de normas jerárquicamente iguales contempladas en la Constitución, como regla general en caso de duda, el operador de Justicia debe interpretar la Constitución de tal forma en la que permita el pleno goce y ejercicio del derecho constitucional, para ello se debe considerar que la norma constitucional propia establece los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional para resolver los conflictos normativos. La interpretación en sentido amplio teleológicamente busca determinar el alcance de una norma para que, al aplicarse al caso concreto, resulte la solución más eficiente y adecuada, a fin de proteger la propia Constitución, por lo tanto, en su aplicación nace la solución de las antinomias de derechos constitucionales que se presenten a conocimiento del juez constitucional.

Una antinomia de normas jurídicas ocurre cuando dentro del ordenamiento jurídico “se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas.” (Prieto, p. 175), es decir, una misma hipótesis de un hecho que entre si son contradictorios que no pueden ejecutarse al mismo tiempo, lo que implica que las disposiciones constitucionales y sus garantías no puedan cumplir su fin, el aseguramiento de los derechos se torna imposible de aplicarse por cuanto el ejecutar ambos derechos produciría una inejecutabilidad de la decisión que tome el

operador de justicia por cuanto la protección de ambos derechos impediría el pleno goce y ejercicio del derecho constitucional, inclusive y en ciertos casos se puede producir el cometimiento de un ilícito normativo por las reglas que se contraponen.

Es decir, cuando se produce el choque de dos principios constitucionales o dos derechos constitucionales, frente a la imposibilidad de ejecutar ambos al mismo tiempo uno de ellos debe ceder ante el otro, implicando que el derecho desplazado sea declarado como nulo por regla excepcional y únicamente aplicable en el caso en particular en el que como sujetos procesales inmersos en dicho caso se encuentren diferenciados su condición al momento de producirse la colisión de derechos, dicho esto en otras palabras uno de los sujetos procesales debe ostentar la calidad de grupo de atención prioritaria frente al Derecho Constitucional aun cuando los derechos jerárquicamente iguales tengan la misma importancia de cumplimiento, por otro lado, se puede comprender que los operadores de justicia al momento de resolver un caso específico debe necesariamente considerar cuál de los sujetos procesales mantiene una condición de grupo de atención prioritaria y/o vulnerable que permita al juzgador calificar su derecho constitucional frente al otro como principio jerárquico con más peso, lo que en derecho se traduce que el derecho constitucional desplazado sea suspendido temporalmente frente al otro derecho constitucional, esta acción corresponde al método de ponderación, la misma que corresponde a una herramienta de interpretación jurídica que únicamente se aplica en los casos denominados "*hard cases*" (Los casos difíciles dan lugar a leyes malas), esto es, que la aplicación de la ponderación permite al juzgador aplicar en la resolución del conflicto la aplicación de normas jerárquicamente iguales con soluciones distintas.

De manera clara la definición etimológica de ponderación la misma que corresponde a: "La ponderación", viene del vocablo latín "*ponderatio*", que "*significa consideración, peso y cuidado con que se dice o hace alguna cosa*", esto es que, al referirnos a ponderación en ámbito Constitucional, corresponde a realizar el peso o balance que se debe ejecutar entre un derecho y otro considerando el caso en particular. Este ejercicio de peso o balance de derechos de igual jerarquía lo deben realizar los Jueces al momento de resolver un caso en particular que tenga un

conflicto de derechos entre sí como una herramienta de interpretación jurídica, determinando los hechos del caso, los derechos en conflicto y la relevancia que tiene uno sobre otro (peso), para el caso en concreto que se resuelve, sin embargo, la aplicación de la ponderación en los casos Constitucionales no quiere decir que el mismo se convierta en un precedente de obligatorio cumplimiento o que el mismo se convierta en una regla procesal o principio que debe ser aplicado como regla en los casos análogos, su aplicación es exclusiva del caso que se discute y los derechos que se ven confrontados entre sí.

En este sentido podemos comprender que la ponderación como herramienta de interpretación tiene la finalidad de esclarecer y determinar cuál es el sentido racional de un derecho constitucional en concreto, en un caso determinado utilizando el sentido racional que permita la correcta aplicación del derecho constitucional y que permita la protección adecuada de un derecho frente al otro, pues su análisis tendrá como eje central aclarar el sentido contenido de la norma individual desde el sentido general al concreto que se encontrara expresada en su decisión (Sentencia). Al efectuar una interpretación de las normas contempladas en la constitución se la debe realizar de modo adecuado, es decir, debe ser aplicado de tal modo que no se convierta en una trasgresión de derechos (debe tener límites en su alcance) y en el caso de duda al momento de emitir la sentencia por parte del operador de justicia se debe establecer su aplicación a la vigencia de los derechos constitucionales reclamados, conforme lo dispone el artículo 4 y 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, es decir, que se debe ejecutar el principio de aplicación directa de las normas constitucionales por parte del operador de Justicia para resolver los conflictos jurídicos, tomando en consideración que esta regla comprende uno de los principios fundamentales de los deberes de los y las juzgadoras al momento de determinar qué derecho en conflicto deberá ceder frente al otro.

La aplicación de la ponderación se produce en un ámbito temporal, espacial, personal y material de validez, que generan efectos jurídicos incompatibles entre sí ha determinado supuesto fáctico, el que impide su aplicación simultánea, en materia de derecho se lo conoce como "*antinomia*" en el que se origina la razón de

ser de la ponderación, la misma que determinará una regla propia y específica para cada caso en concreto, es decir, ningún derecho podrá superponerse a costa de la desproporción de otro, sin embargo, esta igualdad normativa de derechos constitucionales no siempre se pueden aplicar de forma efectiva en tanto que puede existir otro de mayor envergadura que lo desplace (Gascon & Garcia, 2005).

En nuestro ordenamiento jurídico constitucional, podemos advertir que no existe orden imperativo taxativo, que determine expresamente los sistemas de interpretación constitucional, sin embargo, si expresa de manera positiva que cuando no se pueda solucionar las contradicciones normativas, se aplicará los principios y métodos interpretativos contenidos en la norma. A decir de Zagrebelsky (1988), no existe una teoría sobre los métodos de interpretación constitucional que establezca el acogimiento de un orden metódico preestablecido para la interpretación, lo cual implica que el operador de justicia determinará a su sana crítica y discreción los métodos interpretativos a ser utilizados en su decisión.

Es menester destacar que la ponderación pose varias características elementales como herramienta de interpretación pues la misma se encuentra orientada a la aplicación inmediata y directa de derechos constitucionales cuya estructura está dirigida a ordenar que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas. Es entonces que la ponderación actúa como balanza sobre los derechos constitucionales en conflicto (esto es nace de un choque entre un derecho constitucional y otro), dicho en otras palabras, la ponderación actúa frente a este conflicto como resolutor de los derechos constitucionales que permite determinar qué derecho constitucional tiene mayor peso en el caso en concreto haciendo posible para el juzgador determinar qué derecho constitucional debe primar sobre el otro derecho constitucional aplicando el principio de proporcionalidad el cual analiza las posibilidades jurídicas que pueden nacer de su decisión.

Por tanto, en un choque de derechos constitucionales la postura del operador de justicia al momento de resolver el conflicto no debe considerar que ello implique poner de acuerdo los dos derechos constitucionales en conflictos o tratar de

encontrar un equilibrio entre los derechos en discusión, tampoco implica que el Juzgador considere una aplicación parcial de ambos derechos en conflicto, sino que debe establecer que derecho debe ser aplicado y que derecho no debe ser aplicado sino desplazado.

Subsunción

Al referirnos a la subsunción se debe comprender que la misma se la conoce en el campo de la práctica como la herramienta legal que se aplica en los denominados “*casos fáciles*” es decir se utiliza una analogía cotidiana como es la identificación de una premisa mayor, un desarrollo que logra fácilmente determinar su conclusión. Ahora bien, la práctica ha demostrado que esta herramienta no puede operar en los casos difíciles de resolución pues como hemos visto anteriormente la herramienta jurídica que se utiliza para dichos casos corresponde a la ponderación como una particular técnica argumental incompatible con la idea de subsunción jurídica. Para poder comprender de mejor manera se debe establecer que la subsunción jurídica opera dentro de los casos en los que intervienen cierto tipo de normas cerradas, concretas y específicas, que resultan insuficientes para procurar una solución correcta a problemas jurídicos con categorías normativas abiertas, generales y abstractas pues se considera que el operador de justicia realiza actividad racional mecanicista que lleva a su decisión judicial.

Ahora bien, se puede establecer que la ponderación y la subsunción son exigidas en nuestra realidad jurídica y practica por los operadores de justicia, cada uno de los casos que se presentan en conflicto y son de conocimiento de los operadores de justicia requieren de la aplicación armónica de ambas herramientas jurídicas en diversas fases del proceso que permita la correcta aplicación del Derecho. - De manera muy amplia se puede mencionar que, para el positivismo jurídico de carácter formalista, la aplicación lógica deductiva del razonamiento jurídico que emplean los operadores de justicia nace de la necesidad básica de pensar que el orden jurídico ha sido creado por los legisladores de tal manera que se pueda apreciar la gran las fuentes de su creación y los órganos de aplicación del Derecho, lo que permitiría entonces que determinar que el legislador ha efectuado un acto

racional sobre el cual no cabe cuestionamiento alguno, sin embargo, dicha idea mantiene aspectos ocultos prácticos que se surgen de la práctica jurídica cotidiana, pues dicha idea muchas veces no pueden concretarse a pesar de tener norma positiva de aplicación, es entonces que, los actos lógicos de la subsunción detallarían así el momento específico en el que su aplicación es evidente dentro de un proceso judicial y más aún dentro de las garantías jurisdiccionales, puesto que, conforme lo determina el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, los sujetos que reclaman trasgresión de un derecho deben probar a excepción de los casos que se invierte la prueba, sin embargo, en cualquiera de ambos aspectos ya sea que el legitimado activo tenga la obligación legal de afirmar sus dichos o ya sea que el demandado lo tenga que realizar requerimos de hechos probados, los mismos que pasan a ser valorados por el operador de justicia (los mismos que deben guardar relación), para poder determinar una trasgresión de norma de índole constitucional la misma que se encuentra tipificada en una norma racional previamente individualizada que permita establecer la real existencia de una trasgresión de derechos, al mismo tiempo podemos establecer que dicha proceso se reproduce con mayor fuerza en los procesos en materia civil pues de conformidad lo determina el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos establece la carga de la prueba definiendo de manera concreta que quien la alega es quien la debe probar y es ahí que nuevamente retornamos a la necesidad de verificar hechos probados, previa valoración de la prueba que concluye con una aplicación de una norma racional previamente individualizada que contiene la solución al caso concreto lo que nos lleva a establecer el modelo básico de razonamiento judicial propio de una teoría cognitiva de la interpretación, pues la sentencia se torna un sencillo razonamiento silogístico en el que los hechos son la premisa menor que se subsume a una premisa mayor formada por la norma general (derecho que se reclama) que es fácil de determinar la conclusión jurídica en sentencia.

Ahora bien, es menester que en estos aparentes casos fáciles de resolver por la aplicación directa de ciertos tipos de normas cerradas, concretas y específicas, para los juristas decimonónicos, mencionaría que la existencia de casos con mayor grado de dificultad para ser resueltos pues dentro del sistema jurídico se presentan

lagunas, vacíos o contradicciones normativas, las cuales generarían dificultad al momento de aplicar la norma legal, pues el operador de justicia se ve obligado a interpretar, indagar cual era el sentido (voluntad) del legislador al momento de crear la norma con la finalidad de determinar el sentido objetivo de la norma que pretende aplicar en un caso en concreto, sin perjuicio de ello, el operador de justicia ejecuta los actos lógicos de la subsunción, pues a pesar de verse obligado a determinar el sentido objetivo de la norma sigue manteniendo el modelo ejecutando un razonamiento lógico jurídico sobre la aplicación de una norma individualizada sobre un caso en concreto.

Por otro lado, se ha expresado en la doctrina la existencia de casos que son de carácter aún más difíciles de ser resueltos que tan solo con la actividad mecánica de un operar de justicia en los casos en conflicto a ser resueltos, en este sentido, R. Alexy, refiere una distinción que participaría subrayado la diferencia cualitativa que supone que las reglas sean aplicadas mediante un proceso de subsunción lógico, mientras que, en los principios, para la solución de sus casos, haya de recurrirse a otros procedimientos como el juicio de ponderación, así las cosas es menester establecer que en muchos casos en los procesos en conflicto las reglas procesales jurídicas se presentan como un tipo de normas que se relacionan a una exclusión mecánica de “todo o nada”.

Por su parte, las colisiones o conflictos entre normas y principios deben ser resueltos de manera totalmente distinta, puesto que no se las define como una validez directa, lo que establece que sobre las mismas no opera o aplica la subsunción. (Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 587.), es decir, no se puede establecer que un principio pueda tener una validez *prima facie*, esta afirmación supondría que las pautas que contienen los principios que puedan ser desplazados por los operadores de justicia al momento de resolver un conflicto (obligaciones son derrotables), consecuentemente, las reglas procesales, como su contrario, indicaría pautas de obligatorio cumplimiento y aplicación adquiriendo un carácter definitivo (iderrotables) (Jorge Rodríguez, “Derrotabilidad de las normas jurídicas”, Isonomía, No. 6 (1997): 150-67.), es decir que en los casos que exista colisiones o conflictos

entre normas y principios se debe como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas (ponderación), considerando que su posible colisión no se resuelve mediante la aplicación de la norma válida (subsunción), sino que debe existir la aplicación de la ponderación en la que se pueda determinar de manera clara la dimensión de peso o importancia de una norma constitucional o principio puesto que en la colisión o conflicto entre normas y principios no existen razones excluyentes, sino existen razones que deben ser sobrepasadas unas con otras.

1.2. Diferencia doctrinaria entre subsunción y ponderación

Cabe establecer que sobre el juicio de ponderación en muchas ocasiones se ha objetado puesto que en el no existe un procedimiento racional o que pueda ser controlable, es decir, donde opera la ponderación se puede considerar que no existe un razonamiento lógico sobre norma taxativa que pueda permitir la posibilidad de un control racional de las decisiones jurisdiccionales, sino que opera más el carácter discrecional judicial y por ende para muchos justiciables da como lugar a la inseguridad jurídica, en este sentido, se debe considerar que si bien es cierto no existe un modo que pueda determinar las reglas pautas o directrices de cómo opera la ponderación o su aplicación en un caso determinado para ello debemos considerar la aplicación discrecional judicial no quiere decir que las decisiones que adopten los operadores de justicia sea irracional pues al momento que se procede a aplicar la ponderación los operadores de justicia para determinar el peso de una norma frente a otra deben necesariamente utilizar un silogismos jurídicos que sustenten sus decisiones de igual forma ocurre en el caso de aplicar la subsunción el mero hecho de que se considere la aplicación de apreciaciones subjetivas al momento de ejecutar su análisis no significa que la misma deba ser rechazada por irracional, si bien, la ponderación no constituye una actividad que pueda establecerse como una actividad de plena objetividad puesto que la actividad de plena objetividad únicamente puede ser alcanzable con un marco normativo taxativo que permita establecer con exactitud e inmutabilidad las actividades prohibidas o permitidas con anterioridad a los hechos que se discuten dentro del

conflicto lo que termina siendo un altamente improbable como un proceso de sustentación, es decir susceptible de un control racional normativo, más aún cuando poseemos un sistema jurídico que contempla un amplio catálogo de derechos fundamentales, personales e inherentes al ser humano las cuales se contemplan y expresan en nuestra constitución, principios constitucionales y garantías constitucionales las cuales necesariamente no solo requieren de una aplicación lógica racional (subsunción), sino requiere de la utilización de métodos argumentales diversos que sean capaces de procurar una solución adecuada que se ajuste a la realidad de cada caso individual, esto es que si bien existe la ventaja de que los derechos fundamentales, personales e inherentes al ser humano, se encuentran establecidas en norma constitucional mediante fórmulas abstractas que permiten el dialogo y discusión abierta en la sociedad no quiere decir que la misma desconozca la necesidad de aplicación de un método útil de razonamiento, racional cuando exista principios o derechos en conflicto, esto quiere decir que no debe ser considerado como una insensates que en un espacio deliberativo se pueda aplicar la ponderación con el solo pretexto de que los derechos fundamentales, personales e inherentes al ser humano se encuentran expresado en una norma que a simple vista por el mero hecho de encontrarse tipificado en la ley deba aplicarse de manera segura la subsunción de normas.

En un sistema de normas concretas, cerradas y específicas que regulan un sinnúmero de derechos de los justiciables la aplicación de la subsunción sobre los derechos fundamentales, personales e inherentes al ser humano podría resultar ser riesgoso inclusive podría ahogar el proceso oral y la facultad potestativa de efectuar apreciaciones subjetivas al momento de ejecutar su análisis aún más cuando en los procesos judiciales dentro del Ecuador se rige bajo el procedimiento oral (debate), esto es que necesariamente cuando existe discusión sobre un derecho debe existir el elemento argumentativo incluso dentro de los procesos judiciales que se aplique la subsunción con el objetivo de establecer y alanzar la anhelada legalidad de la justicia y el control racional sobre las decisiones jurisdiccionales, sin embargo, esto no quiere decir que una defensa se pueda establecer bajo la cobertura de una mera alegación que se oculte bajo la invocación de ponderación, en todo proceso se debe plantear parámetros de racionalidad en distintas fórmulas

de justificación (Motivación lógica, congruente y proporcional). En tal sentido, un modelo articulado de principios y de reglas establecidos en normas corresponde a lo más idóneo y correcto, el hecho de que por medio de una norma positiva que permitan detallar los derechos fundamentales, personales e inherentes al ser humano (iusfundamentales) lo que lleva a determinar la dos tipos de normas, esto es, las reglas y los principios que permiten establecer el carácter doble de las disposiciones que contienen los derechos fundamentales, personales e inherentes al ser humano (iusfundamentales) (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 135.), sin embargo, esto no quiere decir que la que la existencia de normas como principios dentro de una norma positiva pueda ser considerado como judicialismo perverso, en la argumentación constitucional se encuentra el gran depósito de legitimidad. (García Figueroa, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, 203).

Desde luego, existirán casos que se presenten con mayor apertura a los procesos de subsunción lógica pero también existirán casos en la que la diversidad de procedimientos y la discusión de derechos requieran una aplicación de una argumentación para su decisión (ponderación), en el que se analice el sobrepeso de derechos considerando el caso individual. El razonamiento jurídico y la interpretación jurídica contemporánea establece que en la resolución de los procesos no puede únicamente existir y concentrarse en un silogismo básico la cual fue creada para un tipo de normas y reglas que forman parte de una constitución, sino que se requiere por parte de los operadores de justicia la aplicación de métodos de interpretación y métodos alternativos de razonamiento que permita motivar y sustentar las decisiones que emanan del poder jurisdiccional.

Ahora bien, en el presente trabajo es necesario establecer ¿si dentro de la resolución de los conflictos por parte de los operadores de justicia el juicio de ponderación y subsunción son excluyentes entre sí?, para responder a esta interrogante debemos comprender principalmente que en el caso de la subsunción como una herramienta principal de silogismo al momento de resolver los conflictos no puede ser considerada como única herramienta dentro de los procesos como un único método de razonamiento jurídico o que su aplicación sea excluyente para la

aplicación de otras herramientas argumentativas por la mera creencia de que al aplicar la subsunción dentro de los procesos obtenemos el justificativo jurídico necesario para establecer seguridad y certeza en las decisiones de los operadores de justicia para el cumplimiento del ordenamiento jurídico. Para muchos juristas, doctrinarios y catedráticos se ha vuelto común mencionar y afirmar que la ponderación es actualmente el método alternativo a la subsunción, sin embargo, como ya hemos establecido a lo largo del presente trabajo la subsunción únicamente aplica para procedimientos en los cuales el supuesto factico, su solución vienen impuestas o inmersa en la regla normativa, por otro lado, el mero hecho de tener normado los derechos, principios y garantías constitucionales no necesariamente refiere a que la subsunción es el método más apropiado para su aplicación o que la ponderación suplante a la subsunción en los casos que encontramos la solución al conflicto en la propia regla.

Bajo esta afirmación debemos establecer que a primera vista no parece ser prudente indicar sin más que la ponderación sea una alternativa opuesta a la subsunción en el que únicamente se aplique uno u otro por parte de los operadores de Justicia, en muchos de los casos los operadores de justicia proceden aplicar ambas herramientas de interpretación para alcanzar al máximo el respeto de los derechos en conflictos. Lo que es correcto afirmar es que en los casos de conflicto entre derechos constitucionales o principios constitucionales el método para resolverlos corresponde a la ponderación, el legislador debe establecer cual sobrepesa sobre el otro (hay que ponderar), sin embargo, es menester resaltar que el operador de justicia al aplicar el método de ponderación no deja de lado totalmente a la subsunción, se ve obligado previamente a determinar en un caso en concreto la real existencia de dos principios en pugna, lo que implica previamente un análisis lógico racional controlable y normado, es decir, el juzgador debe antes de ponderar subsumir, por ejemplo en el caso que un menor de edad reclame su derecho a la alimentación y su padre no posea recursos limitados para el aseguramiento de su obligación alimenticia el juzgador debe subsumir la el derecho alimenticio del menor vs el derecho del padre a tener una subsistencia mínima economía para sí mismo para luego ejecutar la ponderación y posterior a ello volver a subsumir, esto es entonces que el operador de justicia debe analizar

el caso individual que se encuentra en su conocimiento forma parte de un universo de casos si existe un conflicto entre dos principios o derechos, para posteriormente ponderar uno de los derechos sobre el otro y luego emitir su decisión racional, normada y controlada (subsumir) Alexy expresa: *“las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”*. En otras palabras, ejecutar la ponderación en un caso determinado tiene la finalidad de formular una posterior regla de aplicación obligatoria el cual observe la aplicación directa en casos que mantengan similitud circunstancial en cuanto al conflicto de derechos y por regla tenga su aplicación inmediata (precedente jurisprudencial).

Es entonces que se concluye que la ponderación no elimina la subsunción, sino que corresponde a una herramienta de razonamiento lógico que permite la construcción de reglas jurisprudenciales que afirman la aplicación de los derechos constitucionales que se convierten en premisas mayores del razonamiento lógico jurídico. Ahora bien, esta complementariedad de la ponderación y la subsunción se convierten en métodos de razonamiento y solución de conflicto de normas constitucionales que son exigidas en la práctica jurídica en los casos denominados difíciles los cuales mantienen un alto nivel de complejidad interpretativa los cuales requieren una argumentación racional para su resolución que va más allá de la subsunción sin que se vea afectado la seguridad jurídica y el respeto al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en el caso de la Corte Constitucional del Ecuador, por mandato constitucional se constituye como el máximo órgano judicial que posee facultades que resultan ser trascendentales para el mantenimiento del Estado constitucional de derechos, su interpretación constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución y los tratados internacionales, cuyas decisiones tendrán carácter vinculante, es así que las decisiones que se han generado la Corte Constitucional se han convertido en nuevos paradigmas que cambian las realidades fácticas y normativas que en principio motivaron sentencias (Sentencia No. 003-09-SIN-CC, 2009), Un claro ejemplo la podemos encontrar en la sentencia No. 020-09-SEP-CC, la cual manifiesta que se deben respetar las formalidades procesales

propuestas por el legislador si son justas y de ellas derivan desenlaces justos, lo contrario simplemente configura una situación jurídica injusta, desembocando en que el principio de seguridad jurídica debe ser consonante al principio de justicia (Sentencia No. 020-09-SEP-CC, 2009). En el caso en cuestión las normas procedimentales impidieron el acceso a un recurso otorgado por la ley como es el de Casación, actuando la Corte de manera que sopesó un principio para sobreponerlo a otro, cuando en el caso en cuestión como en otros, no se debió siquiera ponderar, no es jurídicamente admisible (Baquerizo, 2010).

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado que en todo proceso que se pondere los derechos debe existir el principio de proporcionalidad, es decir, el operador de justicia previo a realizar el ejercicio de ponderación, delimitará su factibilidad realizando un análisis de relevancia y comparación entre los derechos en conflicto que tienen igual jerarquía para lo cual establecerá la finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la norma jurídica controvertida, siendo necesario para esos casos ejecutar el test de proporcionalidad con la finalidad de determinar la dimensión perseguida en la normativa en colisión, para ello se debe considerar obligatoriamente como examen de proporcionalidad, la Idoneidad o adecuación, la necesidad y la proporcionalidad.

En este sentido, se conoce que la Idoneidad o adecuación, tiene como finalidad determinar el fin legítimo, esto es, que debe existir una razón lógica que pretenda proteger un fin constitucional el que permita establecer que medios son o no idóneos para obtener el fin constitucionalmente legítimo, esto implica la calificación de un acto u omisión que en principio tiene justificación constitucional y cuáles son las posibles circunstancias que podrían menoscabar este fin. Por otro lado, la necesidad corresponde al requisito elemental para establecer la dimensión del daño o restricción que ocasiona acto u omisión que vulneran el derecho fundamental puesto a conocimiento, para ello, debe existir la clara justificación de la inexistencia de otro mecanismo para la protección y cumplimiento del fin constitucional y que las existentes no son lo suficiente eficaces o benignas para el objeto perseguido que permita al juzgador establecer las medidas necesarias que resulten ser aplicables considerando que dichas medidas serán las menos lesivas para el

asunto perseguido. Ahora bien, en cuanto a la proporcionalidad, debemos comprender que corresponde al análisis sobre de si las medidas aplicadas demuestran un equilibrio entre las prerrogativas generadas por ella y los daños que esta pudiese producir para el ejercicio de un derecho o la satisfacción de otro bien o valor por un tiempo determinado, las medidas no pueden subsistir por siempre, es entonces que la proporcionalidad la facultad reguladora que permitirá a la ponderación realizar un procedimiento de análisis interpretativo de derechos que se encuentren adaptados a los parámetros exigidos por este examen lo que convierte a la ponderación en un requisito necesario que deben cumplir los operadores de justicia al momento de ponderar derechos pues se debe aplicar al momento en el que el operador de justicia elija cual es la norma o principio preponderante en un caso en concreto y cuál será la afectación que producirá dicha ponderación en cuanto a la norma o principio que se subsume al derecho ponderado teniendo en cuenta el principio de racionalidad, para ello, se debe comprender que existen diversas formas de racionalidad en el derecho, una de las formas corresponde al tratamiento micro el cual toma la racionalidad de las soluciones jurídicas en los casos en conflicto de derechos.

En este sentido, si consideramos la ponderación en conjunto armónico con la proporcionalidad debemos comprender que la ponderación posee elementos claramente identificables como son: **1)** La ley de ponderación que expresa que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un derecho constitucional mayor debe ser la importancia de protección o satisfacción del otro, es decir debe ser proporcionalmente las medidas que se tomen. **2)** La fórmula de peso, esto es que, se lo evalúa desde la perspectiva del peso abstracto de cada uno de los derechos en conflicto con la particularidad del caso concreto analizado. **3)** La carga de argumentación, la cual consiste determinar el nexo causal existente entre la carga de argumentación y la fórmula de peso, estos elementos poseen principios propios los cuales son: **1)** La interpretación sistemática de 2 derechos de igual jerarquía. **2)** Sirven de base y fundamento para todo el ordenamiento jurídico. **3)** En el caso de vacíos jurídicos se aplica como fuente integradora del derecho. **4)** Actúan como directrices para la aplicación de las reglas jurídicas. Estos principios en el aspecto jurídico mantiene una triple función, esto es, genera un fundamento,

modo de interpretación e interpretación del ordenamiento jurídico generando: **1)** supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. **2)** Identificación de una colisión de derechos que en lo posterior será utilizado como premisa de la norma especial en casos concretos y/o similares. **3)** un marco de lo factico y realizable.

1.3. Confusión por parte de la corte constitucional al momento de aplicar la ponderación dentro de las sentencias emitidas en los años 2018 a 2021

Conforme lo expresa el artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador *la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia*, la cual fue creada en el año 2008, la cual desde su creación ha tenido gran relevancia dentro del Estado Ecuatoriano, pues ha sido la generadora de precedentes jurisprudenciales, reglas procesales y garantista de Derechos y principios construccionales a lo largo de los años desde su creación. Ahora bien, considerando la temporalidad de 2018 a 2021, el sistema jurídico ecuatoriano no solo ha tenido una perspectiva diferente en relación de la aplicación de herramientas de interpretación como es la ponderación y la subsunción, pues si bien, para los años 2018 a 2019 los Jueces de la Corte Constitucional referían aplicar la ponderación en los casos que llegaban a su conocimiento cuando existía conflictos entre dos normas constitucionales de igual jerarquía, lo que realmente efectuaban al momento de resolver los conflictos de las normas y principios era la subsunción, los Jueces de la Corte Constitucional efectúan un análisis lógico racional y controlable sobre como un conflicto de dos normas debía resolverse partiendo de una norma positiva con reglas determinadas, es decir, sí existía el conflicto entre el derecho a la libre expresión vs el derecho a la honra los juzgadores consideraban que existían normas limitantes para el derecho a la libre expresión lo que generaba que se trasgredía el derecho a la honra considerando que la existencia de una norma que limita (restringe) el derecho a la libertad de expresión no debía existir mayor análisis que la aplicación de la norma positiva. A partir de los años 2019 a 2021 el desarrollo de la forma de interpretación de la Corte Constitucional ha ido evolucionando a una real aplicación del principio de ponderación, pues sus sentencias notablemente han dejado la aplicación de la subsunción y se han centrado en un análisis argumentativo que ha generado gran

impacto en casos de interés social, pues la Corte Constitucional ya no solo se ha limitado a la aplicación del análisis lógico racional objetivo, sino ha efectuado argumentos que ha generado preceptos, reglas y directrices para diversos campos del derecho como corresponde al derecho civil, derecho laboral, familia, penal entre otros, entre varias de sus decisiones resaltan los casos: 1) Derecho alimenticio SENTENCIA No. 2656-17-EP/21, en el cual el conflicto de derechos se produce entre el derecho de alimentos que mantiene una persona con discapacidad leve vs el derecho a la extinción de alimentos que mantiene un padre, en el que claramente la Corte Constitucional baso su decisión en torno a la aplicación de métodos argumentativos diferentes que fueron capaces de procurar una solución adecuada esto es la Corte Constitucional utilizo un método de plena subjetividad sobre el caso en estudio puesto que se alejó del marco normativo taxativo y determino los alcances y límites de los conflictos en el caso en particular determinado cuál de los derechos en conflicto se sobrepone al otro. 2) Derecho Laboral Reforzado, determinado en la sentencia No. 1342-16-EP/21 la cual ha servido de directriz y regla para establecer los parámetros y alcance del derecho laboral reforzado plasmada en la Sentencia No. 1095-20-EP/22 y 2091-EP/24. Es decir, el desarrollo evolutivo de la Corte Constitucional entre los años 2018 a 2021 ha correspondido en una plena identificación de la correcta forma y modo de utilización de la ponderación, sin que exista una confusión en cuanto a que la utilización de un modo racional y lógico corresponde a una aplicación de ponderación sino corresponde a la subsunción.

En el mismo sentido de ideas, y con la finalidad de verificar el avance y desarrollo analítico por parte de la Corte Constitucional en la forma y modo en el que se ha comenzado a utilizar de manera adecuada la ponderación y el uso del método de interpretación subjetiva podemos establecerlo en cuanto a la garantía de motivación, en los años 2014 a 2016 la Corte Constitucional había analizado y desarrollado lo que conocíamos como el Test de Motivación en el que claramente determinaba como regla jurisprudencial y precedente que para la aplicación de las disposiciones determinadas en el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, los operadores de Justicia al emitir sus decisiones tanto orales como escritas debían cumplir los requisitos de razonabilidad, lógica y

comprensibilidad, requisitos que claramente son correspondientes a la subsunción pues el mismo se compone de una interpretación lógica racional controlable, sin embargo para el año 2021 la Corte Constitucional decide analizar el propio test de motivación dentro de la Sentencia No. 1158-171-EP/21 en el cual analiza el test de motivación determinando que el mismo no se ajusta a la necesidad práctica del derecho ecuatoriano puesto que en muchos de los casos se debe utilizar el silogismo argumentativo y no la aplicación únicamente de una interpretación lógica racional controlable, es decir, se conduce a los operadores de justicia como es el modo y forma de aplicación de la herramienta de ponderación dentro de un conflicto sin la necesidad de ejecutar exclusivamente la subsunción, este precepto constitucional que generó reglas para la aplicación de la garantía de motivación generaron réplicas dentro de las sentencias 1361-17-EP/23 y 314-19-EP/23 que concluyeron con la creación de la jurisprudencia de vinculante y de carácter obligatorio en cuanto a la correcta forma de aplicación y protección de la garantía de motivación establecida en el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador.

1.4. Determinación de los parámetros sobre la ponderación empleados por la corte interamericana de derechos humanos caso Kimel vs Argentina

Como análisis ejemplificativo del modo del modo de aplicación de la herramienta de aplicación en materia internacional tenemos el caso Kimel Vs Argentina en el cual gira en torno al conflicto de derechos a la libre expresión y el derecho a la honra de un funcionario público, en este sentido como antecedentes de caso tenemos que el señor Eduardo Kimel, se desempeñaba como periodista, escritor e investigador histórico dentro del estado Argentino. Los hechos del presente caso se iniciaron en noviembre de 1989 con la publicación de un libro titulado “La masacre de San Patricio”. Este libro analizaba el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar. Asimismo, se criticaba la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas la de un juez en particular. En octubre de 1991, el juez mencionado por el señor Kimel en su libro entabló una acción penal en contra de él por el delito de calumnia. Luego

de concluido el proceso penal seguido en su contra, se resolvió que el señor Kimel fuese condenado a un año de prisión y al pago de una multa de veinte mil pesos por el delito de calumnia. Para la fecha de los hechos, el delito de calumnia en el Código Penal argentino estipulaba: “La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años”. El delito de injuria establecía: “El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil o prisión de un mes a un año”.

La Corte Suprema de Justicia condenó al señor Kimel a un año de prisión en suspenso, por el delito de calumnia y al pago de veinte mil pesos argentinos a favor del juez mencionado en el citado libro. El señor Kimel ante la decisión de la Corte Suprema de Justicia, presentó la demanda ante la CIDH con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 8 y 13 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento el 6 de diciembre del 2000, una vez que se desarrolló el trámite propio de la CIDH se procedió a realizar el siguiente análisis de fondo: *“51. En torno a estos hechos las partes presentaron diversos alegatos en los que subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio. 52. La Corte ha precisado las condiciones que se deben cumplir al momento de suspender, limitar o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención. En particular, ha analizado la suspensión de garantías en estados de excepción y las limitaciones a la libertad de expresión, propiedad privada, libertad de locomoción y libertad personal, entre otros. 53. Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte ha señalado que quienes están bajo la protección de la*

Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo, pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. 54. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. 55. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección. 56. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad. 57. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas. 58. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es

preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal, ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida, iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión” una vez que se efectuó un análisis preliminar del caso en concreto la CIDH como parte de su análisis ponderativo efectuó un pronunciamiento estricto sobre la formulación de la norma que consagra la limitación o restricción sobre el caso Kimel bajo las siguientes argumentaciones: “63. La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. (...) 64. Como quedó establecido anteriormente, el señor Kimel fue condenado en primera instancia por el delito de injurias. (...). 65. Posteriormente, (...) la Corte Suprema de Justicia se apartó de la calificación originaria del delito y decidió que los hechos imputados al señor Kimel configuraban el ilícito [de calumnia] (...). 66. La Corte resalta que en el presente caso el Estado indicó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana” (...). 67. En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma”, para posteriormente analizar la idoneidad y finalidad de la restricción en los siguientes términos: “71. Como quedó establecido (...), los jueces, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección que les brinda el artículo 11 convencional que

consagra el derecho a la honra. Por otra parte, el artículo 13.2.a) de la Convención establece que la “reputación de los demás” puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, la protección de la honra y reputación de toda persona es un fin legítimo acorde con la Convención. Asimismo, el instrumento penal es idóneo porque sirve el fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo. Sin embargo, la Corte advierte que esto no significa que, en la especie que se analiza, la vía penal sea necesaria y proporcional, como se verá infra.”, para proceder a realizar un análisis de las medidas utilizadas por parte del Estado Argentino determinado lo siguiente: “75. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. (...). 76. La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. (...) 78. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. (...) “79. De otro lado, en el marco de la libertad de información, el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el

derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes. 80. En lo que corresponde al presente caso, es notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo (...) tomando en cuenta los hechos imputados al señor Kimel, su repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción –privación de libertad- aplicada al periodista.” Para finalizar estableciendo un análisis argumentativo sobre la proporcionalidad de la medida, determinado: “83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que: para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión. 84. Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada, ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra. 85. Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad

de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario. 86. Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso.

87. El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público.

88. En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.

89. La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público (...).

91. El señor Kimel emitió una opinión que no tenía relación con la vida personal del Juez querellante ni le imputaba una conducta ilícita, sino que se relacionaba con la causa judicial a su cargo.

93. Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos

de veracidad la prueba respecto de juicios de valor. 94. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso. 95. En razón de todo lo expuesto en el presente capítulo y teniendo en cuenta la confesión de hechos y el allanamiento del Estado, el Tribunal considera que éste violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación general contemplada en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel”.

En este sentido, es importante analizar la decisión adoptada por la CIDH en el caso Kimel Vs Argentina desde la perspectiva del modo como la CIDH realiza un análisis argumentativo del modo que se procede a la aplicación de la ponderación en un caso en concreto, dentro de su análisis ha tomado como punto de partida las normas positivas establecidas en el ordenamiento jurídico internacional que protegen un derecho inherente al ser humano como corresponde a la libre expresión vs el derecho a la honra de un servidor público (derechos en conflicto). Ahora bien, para el análisis de la forma de aplicación de la ponderación y sustentar su decisión (la cual no es irracional), la CIDH ha considerado importante analizar el modo de cómo debe ser el modelo de un Estado desde la aplicación de las normas las cuales debe ejercitar limitaciones sobre un tema en particular (para el caso que nos ocupa la libre expresión), para posteriormente determinar la idoneidad de la restricción normativa, es decir, se procedió a analizar tanto el procedimiento, como las restricciones normativas de cada uno de los derechos, su alcance y si la aplicación de una norma positiva corresponde a la vía idónea para su protección así como si la misma cumple con los parámetros de proporcionalidad de aplicación de un procedimiento para la protección de otro de igual jerarquía, para finalmente establecer la necesidad de las medidas adoptadas por el Estado Argentino de los derechos en colisión para ello se ha establecido de manera específica que el procedimiento penal no era el más adecuado y que ha causado una lesión en el derecho de Kimel, puesto que el medio que ha adopto el Estado Argentina frente a la publicación del Libro fue desproporcionada y restrictiva de los derechos de libertad lo que termina siendo un abuso en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Aquí cabe puntualizar que en el proceso internacional que se ha desarrollado en la CIDH el Estado Argentino ha aceptado su responsabilidad parcial sobre los hechos que han trasgredido los derechos de Kimel, con ello luego de ejecutar un análisis ponderativo que se centra en el análisis argumentativo la CIDH ha decidido condenar al Estado Argentino por los actos violatorios de derechos y ha condenado como medidas de reparación del derecho lesionado reparaciones económicas, reparaciones jurídicas y públicas, es entonces que se puede concluir que la CIDH al momento de analizar el caso en particular utilizando la ponderación ha logrado establecer los lineamiento y las razones por las cuales un derecho se ha sobre puesto sobre otro derecho (libertad sobre el derecho a la honra y buen nombre), por la aplicación desmesurada del poder punitivo del Estado.

Problemática existente al utilizar la ponderación y la subsunción vs el principio de proporcionalidad

Dentro del Estado Ecuatoriano existe una gran problemática por parte de los operadores de Justicia al momento de utilizar la ponderación, subsunción con el principio de proporcionalidad, los operadores de Justicia desconocen de manera practica el modo correcto y/o forma sobre la que se debe aplicar la ponderación, subsunción con una proporcionalidad que sea acorde al caso que se ha sometido a análisis pues teóricamente la ponderación y la subsunción son confundidas entre si a pesar que la subsunción sea la herramienta mayormente utilizada por los operadores de Justicia. Por otro lado, los operadores de justicia mantienen la ideología de aplicar únicamente la ponderación frente a derechos evidentemente que se encuentren en conflicto, en este sentido, debemos establecer que en el caso de los operadores de justicia que poseen la investidura de jueces constitucionales que tengan un caso que presente vacíos normativos y/o lagunas jurídicas los mismos deciden negar la protección del derecho con la finalidad que sea el superior que resuelva dicho conflicto, esto se traduce en que los operadores de justicia de primer nivel prefieren aplicar la subsunción siendo el método más practico en un caso en concreto desconociendo las disposiciones determinadas en el artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador, así sea que exista una pauta o guía que les permita ejecutar la aplicación directa de la Constitución de la República del

Ecuador y/o se aplique como herramienta jurídica la ponderación, un caso práctico de esta inobservancia la podemos evidenciar dentro del proceso judicial No. 17250-2025-00016, que se ha sustanciado ante el Tribunal de Garantías Penales Con Sede En La Parroquia Iñaquito Del Distrito Metropolitano De Quito, Provincia De Pichincha, en el que como derecho en discusión correspondía el Derecho de un Notario Público al ejercicio de su Derecho a la Educación, considerando que a decir del Consejo de la Judicatura no existía norma específica que regule dicha situación, sin embargo, y a pesar de ser evidente la necesidad de ejecutar un análisis argumentativo sobre el vacío normativo que se presenta el Tribunal ha decidido inadmitir la Acción de protección realizando un análisis lógico normativo que restringe el ejercicio al derecho a la educación que únicamente rige para los funcionarios judiciales de carrera y administrativos, esto lleva a concluir la falta de preparación y conocimiento de la forma adecuada de cómo se debe utilizar las herramientas de interpretación en casos específicos y particulares pues como ha quedado evidenciado el Tribunal considera que la herramienta adecuada en el caso puntual corresponde a la subsunción aun cuando exista un vacío jurídico que limite su aplicación. Este problema genera que el Tribunal no solo utilice de manera errada una herramienta jurídica sino que además la decisión no sea la vía idónea para la protección de derechos, este desconocimiento no protege el derecho sino que lo restringe.

Sentencia No. 053-15-SEP-CC

Para poder analizar la sentencia No. 053-15-SEP-CC, debemos considerar los hechos que la dieron origen para ello es importante establecer que como antecedentes del caso se han generado dentro del juicio penal No. 38-2012 por violación en contra de la niña NN, planteado por su padre en contra del adolescente infractor E.E.O.C, el mismo que ha sido sentenciado por “la tentativa de violación” a la pena privativa de libertad de 2 años. En el caso que establecido en la Sentencia No. 053-15-SEP-CC, giran alrededor de derechos de 2 menores los cuales son: **1)** Derecho a la Víctima (integridad sexual y física) y **2)** Derecho del Procesado (Derecho a la Seguridad Jurídica). – En este sentido, vemos que existen 2 Derechos en discusión los cuales corresponden a protección de Derechos de 2

menores de edad, los cuales uno reclama el cumplimiento del debido proceso y el otro requiere la protección del Estado a la integridad sexual, sin embargo verificamos del análisis de la Corte Constitucional que de forma adecuada ha ejecutado la aplicación de la ponderación, la misma se ha analizado el fondo de los hechos, la formulación de la norma que consagra las limitaciones o restricción, esto al ser un proceso penal de menores se ha procedido a la valoración tanto del debido proceso y el derecho de la víctima del proceso identificando claramente las norma positiva en el que de igual de condiciones se debe proteger los derechos de los menores, también se procede a identificar idoneidad y finalidad de la restricción y la necesidad de utilizar las medidas dentro del proceso judicial penal No. 38-2012, en el que se respete los derechos de los menores en conflicto. En ese sentido, se debe considerar que la Corte Constitucional ha verificado en materia principal la protección de los derechos de la víctima de tentativa de violación dentro del proceso penal y a su vez se ha procedió a la protección de los derechos del menor procesado verificando que no se ha respetado y se ha utilizado de manera abusiva el poder punitivo, no se ha utilizado de manera adecuada la proporcionalidad dentro del caso, al estar siendo procesado un menor en ámbito penal, se debe considerar que la privación de libertad corresponde de última instancia y que además deben primar las medidas socioeducativas en la imposición de las penas en un procedimiento de menores infractores determinando que se ha aplicado una sanción desproporcionada dentro en contra del menor infractor. Por otro lado, debemos establecer que el argumento activo central no en el análisis de la discusión de los derechos sino que subsume directamente su decisión en cuanto al incumplimiento de la norma, esto quiere decir, que si bien se pondera y se protege los derechos del menor adolescente frente a los derechos de la víctima la apelación por parte de la Corte Constitucional se efectúa la subsunción con ponderación.

CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo documental- descriptiva y correlacional, por cuanto se trata del estudio de sentencias emitidas por la Corte Constitucional y si en estas se aplica de forma correcta la ponderación o la subsunción, descriptiva por cuanto se identifica las características de motivación aplicadas, correlacional por cuanto se realiza un análisis entre esas variables así como una comparación entre estas, de igual manera se realiza un estudio doctrinario sobre la ponderación tomando en cuenta que su mayor institución es la aplicación de la Constitución de la República del Ecuador.

La investigación que se ha realizado es de tipo descriptiva- comparativa, se realizaron entrevistas a operadores de justicia tanto de la Corte Constitucional como de primer y segundo nivel de la Provincia de Pichincha examinando detalladamente los argumentos jurídicos expuestos en las sentencias, así como las posibles implicaciones de las decisiones en el desarrollo del derecho procesal.

2.2. Enfoque de la investigación

El enfoque de investigación de esta tesis se centra en la utilización de la ponderación en las sentencias judiciales, un aspecto crucial para entender cómo los jueces equilibran diferentes principios y derechos en sus decisiones. A través de un análisis cualitativo, se examinarán casos específicos donde la ponderación ha sido aplicada, buscando identificar patrones y criterios que guían a los magistrados en su razonamiento. Este enfoque permitirá no solo desentrañar la lógica detrás de las sentencias, sino también evaluar la coherencia y la justicia de las decisiones tomadas en contextos complejos, donde múltiples intereses pueden estar en juego.

Además, se incorporará un enfoque comparativo que analizará cómo diferentes jurisdicciones abordan la ponderación en sus sistemas legales. Esto permitirá

identificar similitudes y diferencias en la aplicación de este principio, así como sus implicaciones en la práctica judicial. A través de entrevistas con jueces, se buscará obtener una perspectiva más profunda sobre los desafíos y consideraciones que enfrentan al aplicar la ponderación. En conjunto, este enfoque integral no solo enriquecerá la comprensión teórica del tema, sino que también ofrecerá recomendaciones prácticas para mejorar la calidad de las decisiones judiciales en el futuro.

2.3. Método de investigación

En esta investigación el método aplicado fue el cualitativo involucrando el análisis de casos específicos donde se ha aplicado la ponderación en decisiones judiciales, permitiendo explorar cómo los jueces interpretan y aplican este principio en diferentes contextos, así como las implicaciones de sus decisiones. Las entrevistas con expertos en derecho o la revisión de literatura relevante es también parte de este enfoque, proporcionando una comprensión más profunda de las teorías y prácticas relacionadas con la ponderación.

El método práctico utilizado fue el sistémico pues se realizó un análisis de la normativa pertinente lo cual en conjunto permite cumplir con los objetivos de la investigación, la cual ofrece una visión integral sobre cómo la ponderación influye en la toma de decisiones judiciales y su relevancia en el sistema legal.

2.4. Población y muestra

Dentro de la investigación, la población está comprendido de la siguiente manera:

- Tres (3) Magistrados un Juez de la Corte Constitucional, una Jueza de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y un Juez de la Unidad Judicial Civil de la parroquia Ñaquito, quienes transmitieron sus conocimientos sobre la correcta aplicación de la ponderación en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional.

Población	Cantidad Nombres
Juez Corte Constitucional	1 Dr. Joel Escudero
Jueza Corte Provincial de Justicia de Pichincha	1 Dra. Nancy López
Juez Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito	1 Dr. Carlos Fuentes

Técnicas e instrumentos de recolección de datos

- Fuentes primarias
- Fuentes secundarias
- Entrevistas

A continuación, se presenta las preguntas estructuradas y específicas que se realizó a los MAGISTRADOS, a través de entrevistas:

Entrevista a:

Fecha:

Entidad:

Cargo: MAGISTRADOS

1. ¿A criterio del Juzgador y su conocimiento me puede indicar en que consiste el principio de ponderación y de la subsunción?
2. ¿Cuáles son las características del principio de ponderación y de la subsunción?
3. A criterio del Juzgador me puede indicar ¿Cuál sería la diferencia más notable y evidente entre el principio de ponderación y subsunción?
4. Desde su conocimiento ¿me puede mencionar su a su criterio como Juzgador, las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en los años 2018 a 2021 aplicaban de manera adecuada el principio de ponderación y subsunción?
5. A criterio del Juzgador me puede mencionar ¿si dentro de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en los años 2018 a 2021 existe sentencias

sobre las cuales los Jueces de la Corte hayan mencionado utilizar el principio de ponderación y se haya aplicado el principio de subsunción?

6. ¿Conoce usted la sentencia emitida Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso KIMEL vs ARGENTINA?

7. ¿A criterio del Juzgador en el caso KIMEL vs ARGENTINA la CIDH utilizó el principio de ponderación o se utilizó la subsunción con una correcta aplicación del principio de proporcionalidad?

Procedimiento de recolección de datos

La recolección de datos realizada se basó tanto en fuentes primarias como tesis y entrevistas realizadas a varios tratadistas, así como libros y estudios realizados respecto de la ponderación para que pueda ser añadida a la investigación: como primer punto se realizó la búsqueda información original y directa sobre el tema de estudio emitidos por tratadistas e investigadores del área del Derecho, tomando en cuenta que los criterios de búsqueda considerados fueron: la ponderación, la subsunción, las sentencias emitidas por la Corte Constitucional.

De igual manera se procedió con la clasificación de los resultados obtenidos, clasificando la información, analizándola y ordenándola para poder entregar una investigación apropiada. Se realizó una clasificación de toda la información obtenida apartando aquella que contribuya con la investigación. Por último con la ayuda de entrevistas, como instrumento de recolección de datos, se pudo profundizar y ampliar los conocimientos en el tema llegando de esta manera a obtener conclusiones y recomendaciones necesarias para esta investigación.

Técnicas de procesamiento, análisis e interpretación de datos

Para poder realizar el procesamiento, análisis e interpretación de los datos e información obtenida a través de las técnicas ya detalladas se empleó la validación de resultados verificando la consistencia de los hallazgos realizados para que la información recabada nos permita llegar a entablar conclusiones y de esta manera los lectores puedan comprender la investigación.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Presentación de resultados

Para la presentación de resultados se empleó el enfoque cualitativo en donde se realizaron entrevistas a tres Jueces de la Corte Constitucional, de primera y de segunda instancia de la ciudad de Quito a través de un cuestionario de siete preguntas. Las preguntas realizadas se encuentran detalladas en un formulario para que las personas que van a ser entrevistadas las conozcan con anticipación debido a que por su horario laboral y por las diligencias propias de sus funciones debieron realizarse diversas coordinaciones para que las mismas sean presenciales pero en un tiempo limitado, por lo que las respuestas fueron precisas y concisas.

Las entrevistas contribuyeron con información interesante y relevante para la investigación.

Cuadro 1. Entrevista a Jueces

PREGUNTA	JUEZ 1 Dr. Joel Escudero Juez Corte Constitucional	JUEZ 2 Dra. Nancy López Jueza Corte Provincial de Pichincha	JUEZ 3 Dr. Carlos Fuentes Juez Unidad Judicial Civil	ANALISIS
¿A criterio del Juzgador y su conocimiento me puede indicar en que consiste el principio de ponderación y de la subsunción?	Tanto la ponderación como la subsunción son dos métodos de aplicación del derecho y dentro de estos se define la ponderación por las características del caso que requiera una solución a partir de un conflicto de principios y la ponderación es una herramienta muy importante que permite identificar la relación entre los derechos en conflicto, entre los derechos de satisfacción y el derecho a ser intervenido y por eso se habla de una prelación de principios y posteriormente pues ya se pasa, digamos, a identificar esta relación en cuanto se refiere al nivel de satisfacción y de intervención del principio contrario, en lo que se entiende, digamos, como una cuestión relativa a la preposición en abstracto, en concreto y la seguridad de las premisas, y de ahí se produciría una premisa mayor que sería el derecho interpretado, para lo que posteriormente se aplicaría incluso la subsunción para resolver el caso. La subsunción es mucho más, adecuada a la	A mi criterio la ponderación es un método de resolución de conflictos entre derechos o principios en casos concretos o específicos, no puede aplicarse de la misma manera dos veces, el cual se basa en el criterio de proporcionalidad y en la idea de que los principios tienen un peso relativo, conozco que Robert Alexy, plantea que, cuando dos principios colisionan, el juez debe analizar cuál tiene mayor peso en la situación específica, considerando factores como la intensidad de la afectación y la importancia del principio en juego. En cambio la subsunción es un método clásico de aplicación del derecho basado en la lógica formal, el cual consiste en verificar si los hechos de un caso encajan (se subsumen) en la norma jurídica utilizando las normas que contienen reglas (no principios), estas son aplicables de manera cerrada y determinista.	A criterio del Juzgador, previo a responder la interrogante planteada se debe aclarar que tanto la ponderación como la subsunción son herramientas que utilizan los operadores de justicia para ya sea proteger derechos Consagrados en la Constitución del Ecuador que son inherentes al ser humano en los diversos casos que conocemos los juzgadores. En este sentido, debemos establecer que la subsunción corresponde a la aplicación directa de una norma jurídica pre-existente, pre-establecida, en el ordenamiento jurídico o regla jurisprudencial en un caso en concreto, por ejemplo, en mi calidad de Juez aplicamos la subsunción en casos concretos de acción de protección cuando verificamos que el tema en conflicto no responde en una real vulneración de un derecho constitucional de una persona que ha activado la esfera Constitucional y por	Los entrevistados coinciden en afirmar que son herramientas o métodos de aplicación del derecho, sin embargo la ponderación se utiliza en casos específicos y la subsunción en todos los casos, es un procedimiento lógico.

	<p>teoría normativista en la medida que supone la idea de que el derecho es completo y al ser completo también está compuesto por reglas que permiten menores ámbitos de interpretación, si se quiere, o menores ámbitos de, vaguedad en cuanto se refiere a la aplicación, porque cuenta la norma pues con una premisa mayor, un supuesto y un efecto jurídico, y si el hecho se adecua, digamos, a la aplicación de esa regla, pues lógicamente corresponde aplicar la subsunción como un parámetro de solución del caso.</p>		<p>ende aplicamos el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto considerando, que el caso en análisis no requiere mayor análisis y no requiere mayor esfuerzo que ejecutar norma positiva y taxativa.</p> <p>En cambio, al referirnos a la ponderación debemos considerar que la misma es el choque o confrontación de 2 derechos Constitucionales de igual jerarquía que se contraponen dentro de un caso en concreto. En estos casos, es oportuno señalar que no existe una norma clara que nos determine con exactitud cuando o de qué modo debe sobreponerse un derecho sobre otro, sino, que nos obliga a los juzgadores a realizar un análisis del caso en específico para poder determinar con claridad cuál de los derechos en discusión se sobrepone al otro es decir se hace una valoración de peso para determinar qué derecho tiene mayor peso en ese caso en específico y de qué modo o forma se lo ejecutará sin que esta valoración o pesaje sea trasgrede el derecho que no ha sido ponderado. Para</p>	
--	---	--	--	--

			evitar dicha situación debemos los juzgadores observar el principio de proporcionalidad al momento de ejecutarlo.	
¿Cuáles son las características del principio de ponderación y de la subsunción?	Las características definitorias de la ponderación son la ley de peso, la relación entre principios, a partir un poco de la teorización de Alexi, que es más de esta tesis de demarcación fuerte, sería esta relación entre el grado de intervención de un derecho o principio versus el grado de satisfacción de un derecho o principio en sentido contrario, en sentido abstracto, en sentido del caso concreto y la seguridad de las premisas. Esas son las características definitorias que permitirían sobrepesar los principios para poder saber cuál de los dos prevalece. La otra característica es que lo que prevalece en el caso concreto sólo sirve para el caso concreto, no se vuelve, digamos, una cuestión en la que los principios quedarían desequilibrados en la Constitución al volver a la misma norma, pues quedarían intactos para las otras relaciones jurídicas. Mientras que la subsunción es una característica de la aplicación de las reglas y tiene que ver con el hecho de que cuenten con	La ponderación se aplica cuando hay colisión entre principios constitucionales o derechos fundamentales, no hay una aplicación automática, sino que se requiere un análisis caso por caso, en este hilo de ideas puedo afirmar que los principios no son absolutos, sino que tienen un peso relativo según el caso concreto y las circunstancias que rodean el mismo, por lo que se la ponderación se basa en los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como juzgadora necesito justificar por qué un principio prevalece sobre otro en determinada situación y si la afectación de un principio no implica su eliminación total, sino su limitación en determinada circunstancia. La subsunción se usa en normas jurídicas que establecen reglas claras y precisas, en las cuales no hay margen de	Desde mi punto de vista la ponderación se caracteriza por realizar un análisis de peso sobre derechos de igual jerarquía esto es no se rige a una norma pre-existente o establecida, se debe ejecutar un análisis de peso y mantienen la misma jerarquía los derechos en choque, esto implica que bajo la utilización de la ponderación se jerarquice 1 derecho Constitucional sobre otro por un tiempo determinado y en un caso en específico. En cambio la subsunción es la aplicación del razonamiento lógico jurídico de un caso determinado y la aplicación de las reglas procesales, normas, leyes, reglamentos, y reglas jurisprudenciales, esto es, se aplica el principio de taxatividad de la Ley.	La ponderación es un análisis de principios y se utiliza en cada caso específico, sin embargo la subsunción se utiliza de manera general como un razonamiento lógico estos son premisa mayor, premisa menor y conclusión y se utilizan en todos los juicios, la ponderación puede usarse conjuntamente con la subsunción de manera conjunta.

	<p>una premisa mayor las normas, una premisa menor una conclusión y si el hecho probado satisface la regla, se aplica como criterio de silogismo, digamos, lógico premisa mayor, menor y conclusión. Entonces las dos no se superponen, digamos, no porque haya subsunción debemos rechazar que haya ponderación, sino más bien que se debería aplicar en lo que corresponde a los casos pertinentes.</p>	<p>interpretación, solo se verifica si el caso encaja en la norma, la cual utiliza un razonamiento lógico el cual se basa en premisa mayor, es decir la norma jurídica, premisa menor: los hechos concretos y finalmente la conclusión que es la aplicación de la norma, la cual garantiza decisiones uniformes y predecibles, siendo tajante en el hecho de que si un caso no encaja en la norma, esta no se aplica.</p>		
<p>A criterio del Juzgador me puede indicar ¿Cuál sería la diferencia más notable y evidente entre el principio de ponderación y subsunción?</p>	<p>La diferencia, digamos, es que en la ponderación nosotros tenemos una relación de equilibrio de principios que no han sido determinados para la aplicación de casos concretos y tampoco cuentan con efectos jurídicos, por lo tanto, se requiere de este pesaje que más o menos indica el método de la ponderación, mientras que la regla ya está definida, tiene el supuesto y tiene la consecuencia. Por lo tanto, es definitorio que ahí no podemos entrar a hacer valoraciones que vayan más allá de la regla, sino que más bien corresponde su aplicación, digamos, es una aplicación directa, Y, por lo tanto, el sentido, digamos, lógico. Lo otro es que los 2 son</p>	<p>La diferencia clave existente es que la subsunción se usa cuando las normas son claras y aplicables directamente, sin embargo la ponderación se usa cuando hay conflicto entre principios y se requiere valorar cuál debe prevalecer.</p>	<p>La diferencia más notable corresponde a que en la ponderación no se aplica de manera taxativa una norma o regla jurisprudencial sino se debe efectuar un análisis lógico argumentativo del caso y cuáles son las razones de sobreponer un derecho de igual jerarquía sobre otro, en cambio en la subsunción como ya se ha mencionado corresponde a la aplicación directa de una norma positiva utilizando un razonamiento lógico en el que se llegue a determinar las razones y causas de por qué se aplica una norma en puntual.</p>	<p>Coinciden en afirmar que la ponderación trabaja con principios y la subsunción utiliza las reglas, de igual manera se afirma que la ponderación solo es para casos específicos y pueden usarse una sola vez en ese caso, sin embargo la subsunción es utilizada en todos los procesos en los cuales se necesita resolver un caso.</p>

	complementarios, incluso cuando se pondera, posteriormente se subsumen.			
Desde su conocimiento ¿me puede mencionar su a su criterio como Juzgador, las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en los años 2018 a 2021 aplicaban de manera adecuada el principio de ponderación y subsunción?	Bueno, la corte constitucional, más o menos, tiene alrededor, pues, más de 10000 sentencias, es muy difícil que yo le pueda decir en esta misma existe este método, es difícil tener categorías valorativas sobre el método, es decir, es bueno o malo, sino que se la utilizó porque sea necesario. Entonces, hay una tesis, creo que de la doctora Carla Espinoza, que hace esta investigación donde ya más o menos estudia 15 casos, donde dice a ver. En el año 2010 se hizo una ponderación sobre la importación de vehículos a personas con discapacidad, entonces, la corte ponderó, nos dice, pero este caso era un caso fácil, no requería ponderación porque no era difícil, dice la tesis, porque configura, digamos, una especie digamos hay una regla de excepción que ya estaba escrita, que dicen son las exenciones tributarias aplican para las personas con discapacidad. Entonces, como había regla, la ponderación se consideró inadecuada frente a un caso ya determinado por el derecho, ese sería un ejemplo	Entre 2018 y 2021, la Corte Constitucional del Ecuador aplicó los principios de ponderación y subsunción en varias de sus sentencias, como por ejemplo Matrimonio Igualitario en 2019, la Despenalización del Aborto por Violación emitida en 2021, estos dos ejemplos que recuerdo en este momento reflejan claramente cómo la Corte Constitucional ha empleado los principios de ponderación y subsunción para resolver casos complejos, buscando equilibrar derechos en conflicto y aplicar las normas jurídicas de manera coherente.	Desde mi conocimiento, debo mencionar que para los años 2018 a 2020 la Corte Constitucional emitían sus sentencias en base a la lógica, la razonabilidad y la comprensibilidad lo que a mi punto de vista considero que en el desarrollo de esos años la Corte aplicaba más la subsunción que incluso era exigido en las Sentencias que se emitían por parte de los operadores de Justicia en todas las materias, estas 3 reglas debían contener las sentencias. Ahora bien, de lo que se conoce es que la Corte poco o casi nada aplicaba la ponderación en el Ecuador, era un lineamiento general efectuar solo el análisis lógico racional en aplicar la ley en cuanto a lo que está permitido y en cuanto a lo que no está permitido. Con el desarrollo de los años he visto que si efectivamente en muchos de los casos emblemáticos y que han tenido fuerza en el país ha comenzado la aplicación de la ponderación, como por ejemplo uno de los casos que ha tomado mayor	Concluyen en indicar que la Corte Constitucional en los años indicados afirmaba que se utilizaba la ponderación, sin embargo no lo señalaba, de igual manera en varias sentencias no se aplicaba la ponderación sino simplemente la subsunción a pesar de que se lo señalaba en el desarrollo de la sentencia.

	<p>inadecuado. Pero, por ejemplo, hay 2 sentencias sobre matrimonio igualitario, que las 2 tienen distintos enfoques, la una, que creo que es del juez Ávila, creo que es la sentencia 11, 2008, me parece 18, dice algo así como, este caso no requiere ningún tipo de ponderación, a pesar de que la constitución específicamente ha dicho que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, cuando ya lo ha resuelto mediante una ponderación en abstracto o un poco general, la opinión consultiva 27 de la Corte Interamericana, y por lo tanto hay que traer ese derecho que ya está aplicable en el caso jurídico. Entonces, es una solución. El caso 11, en cambio, dice, yo necesito valorar los bienes jurídicos con repuestos, y tengo que identificar después qué tipo de regla está en la constitución, y si es que esta abarca a las personas de, digamos, que deseen casarse, pues, sin que necesariamente sean un hombre o una mujer, sino que pueden pertenecer al mismo sexo. Entonces, la corte en ese caso, en el segundo, dice, bueno, yo voy a ponderar los bienes jurídicos desde un punto de vista axiológico, ya sea una incluso utiliza un</p>		<p>fuerza en la actualidad ha sido el tema de la eutanasia en el que claramente aplico la ponderación.</p>	
--	--	--	--	--

	<p>término como una redacción lógica y viceversa, está el principio democrático en donde se ha dicho claramente que hay un deseo del constituyente que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, luego dice, ¿qué tipo de norma es? ¿Es una norma prohibitiva o es una norma que regula un asunto sin llegar a prohibir ninguna otra condición? Y dice, pues, esta es una descripción no prohibitiva de que las otras personas, pues, puedan casarse, pero ¿a quién le queda? Dice esa tarea, al legislador. El legislador entró en una mora, según esa sentencia, y que no lo ha hecho, a pesar de que existe una realidad. Por tanto, dice ellos tienen derecho a la igualdad, y luego está el derecho al matrimonio, a la familia, y entonces dice voy a ver con estos bienes jurídicos, si con esta constitución se puede proteger el derecho de igualdad para que tengan una institución como es de matrimonio para que puedan casarse y hace esa solución jurídica a partir de esa ponderación. Entonces, ahí podríamos decir, efectivamente, no le quedaba más al juez que entrar a la cuestión porque estábamos hablando de una laguna</p>			
--	--	--	--	--

	<p>axiológica donde se cubre con el principio de igualdad, se cubre con el principio del derecho a la familia, y dentro de los bienes contrapuestos, pues, es prioritario el derecho a no ser discriminado por esta comisión y a contar con instituciones iguales. Esa podríamos decir que es un ejemplo de una adecuada ponderación. Ahora, la subsunción que también es, digamos, el instrumento con el cual más estamos familiarizados los juristas, porque cotidianamente hasta como ciudadanos, pues vivimos cumpliendo reglas, y eso implica necesariamente, pues que si hay una determinación y una consecuencia jurídica, que es la característica de una regla, pues, el cumplimiento se vuelve mandatorio, y en el caso de que no lo haga, pues, tendrá una sanción, entonces, en ese sentido, hay reglas que son muy claras y definitorias de la conducta, y hay otras reglas que son más vagas o generales porque son más abarcativas y eso va a depender del grado de certeza que el legislador le quiera poner y el problema suele ser el que se denomina problema de calificación, es decir si determinado hecho ocurrió de determinada manera</p>			
--	---	--	--	--

	para que pueda subsumirse a la regla y si no califica el hecho en la manera que el legislador lo ha realizado quiere decir que quedo muy grande o muy pequeño para la regla, entonces el juez hace esfuerzos para indicar que se tiene que subsumir.			
A criterio del Juzgador me puede mencionar ¿si dentro de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en los años 2018 a 2021 existe sentencias sobre las cuales los Jueces de la Corte hayan mencionado utilizar el principio de ponderación y se haya aplicado el principio de subsunción?	Este problema lo develó una investigación de Claudia Escobar en el año 2012, donde estudió a la corte constitucional e identificó, de que había una manera en que el Ecuador se había comprometido con actualizar su derecho a partir de estas características del constitucionalismo, y que, por lo tanto, se hacían nichos citacionales extensos, profundos, donde se hablaba de la ponderación, de la proporcionalidad, de desigualdad, de todos estos renovados métodos del bloque de constitucionalidad y demás. Y luego llegan a demostrar, cómo ocurre este proceso de aprendizaje del sistema de justicia, entonces, en un momento es como agua y aceite, se trae el instrumento, se habla sobre el instrumento en la sentencia, pero no se lo aplica, queda muy lejos el caso de la aplicación. Luego, hay estas circunstancias donde se	Estos datos tienen relación con lo señalado en la pregunta anterior, en los casos indicados anteriormente se utilizan ambas herramientas de motivación.	Realmente considero que la mayor parte de las Sentencias que ha emitido la Corte han utilizado ambas herramientas no podría determinar un caso concreto.	Solamente el Dr. Escudero pudo afirmar e indicar las herramientas que fueron utilizadas y en qué casos se utilizó tanto la subsunción como la ponderación, especificando el caso.

	<p>esfuerza la aplicación a casos que no corresponden, se utiliza la ponderación en casos fáciles donde estaban determinadas por reglas, pero se fuerza sin identificar cuál es el problema que generaría la ponderación o la necesidad de ponderarlo, entonces, esa propuesta segunda etapa donde la corte también pasa, no quiero desmerecer, digamos, los esfuerzos que hace el sistema de justicia por entender un proceso de aprendizaje de un sistema total, luego, me parece que la corte ya encuentra un camino en donde primero busca definir que la ponderación es un método importante, indispensable cuando es pertinente y resulta que un sistema jurídico lo tiene regulado en su mayor cantidad las relaciones sociales y jurídicas de la sociedad, y de la sociedad con el estado, y utiliza los juicios de proporcionalidad, incluso ya no solo mencionando que lo va a utilizar o conceptualizándolo, sino que dicen, a ver, este es, por ejemplo, había un caso, me parece, sobre los jueces especializados en materia de crimen organizado, entonces, los peticionarios decían que al retirar la competencia del</p>			
--	--	--	--	--

	<p>territorio se les afectaba su derecho a la defensa, el derecho al acceso a la justicia, a la tutela. Por otro lado, el estado decía que hay un bien mayor que proteger en relación a la independencia de la función, porque los jueces dispersos en materia de crimen organizado por todo el país podrían o son demasiado débiles ante el crimen organizado, por lo tanto no tenían condiciones de imparcialidad y que la especialización vendría a ser una solución llevada de la mano con la concentración, entonces, esto no está arreglado, la constitución dice que sí hay jueces especializados, pero también dice que hay una tutela judicial al acceso a la justicia. Entonces, ahí, por ejemplo, la corte define claramente cuál es el escenario que identifica los principios contrapuestos y dice voy a entender esta relación de en función del equilibrio sobre los bienes contrapuestos y probablemente se tenga que ver cuál se va a sacrificar. Si se sacrifica la concentración y la independencia, y se satisface la tutela y el acceso, o si es que ocurre al revés, siempre y cuando el sistema de justicia dé la oportunidad de que se ejerza</p>			
--	---	--	--	--

	<p>la tutela de forma efectiva. Entonces, hace porque el legislador no hizo ese trabajo, hace esa relación de ponderación y va todos los pasos cumpliéndolo pero sin llegar a explicarlo, sino valorándolos dentro del problema jurídico y sobrepesando los argumentos en todos los niveles, hasta llegar a una conclusión. Entonces, es, por ejemplo, un tipo de ponderación en donde no se hace necesariamente esa conceptualización, una enunciación, y luego no se le aplica, que es lo que ustedes, eso últimamente también pasa, yo qué sé, en el caso de eutanasia, digamos, donde hay bienes jurídicos que se configura o no, digamos, la prohibición de punición cuando yo pido morir por no soportar el dolor o por la desesperación, dice el calificador de que exista un homicidio es el dolo, pero aquí el hecho de pedir morir anula esa situación, pero dice en la ponderación, pero hay que reconocer que sí se viola el derecho a la vida, porque es una muerte no natural, pero hay otro bien que es el libre desarrollo de la personalidad, el que tolera, digamos, ese desafío, entonces, va la corte</p>			
--	---	--	--	--

	<p>conjugando probablemente a partir de estos estándares de conjugación de principios para ver cuál de estos se prioriza, digamos, en función del caso concreto y encuentra una salida y dice, no es inconstitucional la eutanasia activa o pasiva en la medida que satisface el derecho de libre desarrollo de la personalidad, pero que también se justifica por una justificación poderosa, que es el hecho de que se puede decidir morir sin que llegue a ser punible, aun cuando se viole el derecho a la vida, entonces, son configuraciones un poquito de ese estilo, y de lo otro, pues, hay muchos ejemplos de las malas aplicaciones que estudian las libertades.</p>			
<p>¿Conoce usted la sentencia emitida Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso KIMEL vs ARGENTINA?</p>	<p>Yo conozco, pero en honestidad académica puedo decirle que no estoy con la sentencia muy familiarizado, sobre todo ahora que estoy atiborrado de tanto trabajo, y no quisiera dar una opinión que pueda ser imprecisa sobre ese caso. Muy bien.</p>	<p>Sí, conozco la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso "Kimel vs. Argentina", emitida el 2 de mayo de 2008, sin embargo no recuerdo los detalles de la misma, pero este caso es un gran ejemplo de cómo la Corte IDH utiliza la ponderación para analizar conflictos entre derechos, como la libertad de expresión y la protección del honor.</p>	<p>Conozco un poco sobre el caso había escuchado que existía una discusión entre un periodista que había publicado un libro y que un juez lo denunció por calumnias, sin embargo, sé que la CIDH había considerado que publicar un libro no se considera como un delito que dañe a la honra de una persona sino correspondía al derecho de libre expresión.</p>	<p>Los entrevistados no tienen presente sobre los detalles de la sentencia constante en la pregunta, solamente tienen conocimiento sobre detalles vagos, sin embargo han afirmado que es un gran ejemplo de cómo la ponderación se utilizó para analizar varios derechos inherentes al ser humano.</p>

<p>¿A criterio del Juzgador en el caso KIMEL vs ARGENTINA la CIDH utilizó el principio de ponderación o se utilizó la subsunción con una correcta aplicación del principio de proporcionalidad?</p>	<p>No podría contestar esa pregunta por cuanto como le indique no me encuentro familiarizado con la sentencia.</p>	<p>Como indique en la respuesta anterior la Corte IDH utiliza la ponderación para analizar conflictos entre derechos, como la libertad de expresión y la protección del honor.</p>	<p>A mi criterio y lo que conozco de caso se utilizaron ambas, se analizó de una forma concreta y específica los hechos del caso y se determinó que no había afectación de un derecho sobre otro sino que uno primaba sobre el otro, las publicaciones respondían más al aspecto de libre expresión.</p>	<p>Lo que afirmaron los entrevistados del caso es que se utilizó la ponderación en el análisis de la sentencia.</p>
---	--	--	--	---

Fuente: elaborado por: Norma Villa Añazco

3.2. Análisis general

Los magistrados que fueron entrevistados en sus respuestas denotan en forma clara su conocimiento respecto de la ponderación y la subsunción, así como también dan la información necesaria para poder afirmar que en la mayoría de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional se utiliza la subsunción y como método adicional la ponderación, subsumir se basa en establecer una premisa mayor, una premisa menor y de esta manera llegar a una conclusión, que es de manera general la forma en que los juristas resuelven los juicios, es aplicable en todas las reglas que nos permiten vivir en sociedad.

De esta manera coinciden en afirmar que la ponderación y la subsunción son utilizadas en conjunto de manera mixta y en algunas ocasiones en procesos fáciles que no poseen lagunas axiológicas, de esta manera es indispensable afirmar que cuando es pertinente y el proceso así lo requiere a pesar de que el sistema jurídico ecuatoriano regula la mayor parte de las relaciones sociales, en juicios de proporcionalidad en muchas ocasiones ya no se menciona que se utiliza la ponderación o se lo conceptualiza, simplemente se motiva las razones por las cuales se toma una decisión.

Los entrevistados coinciden en el hecho de que la ponderación no puede utilizarse de la misma manera siempre o en casos concretos, los principios no pueden ser establecidos para casos similares y no deben tomarse de la misma manera todos los argumentos aunque tengan elementos similares, es decir, que se utiliza un pesaje de valoraciones que la ponderación requiere, es por este motivo que aunque se afirme que se utiliza la ponderación se aplica la subsunción que como han manifestado la misma ya está definida por cuanto tiene un supuesto y una consecuencia jurídica preestablecida.

Finalmente podemos concluir que la afirmación realizada de que la ponderación se confunde con la subsunción en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional es verdadera y conforme lo han afirmado los magistrados tanto de la Corte provincial como de la Unidad Judicial Civil, no solo en las sentencia de la Corte

Constitucional sino de igual manera en las resoluciones emitidas por las Cortes y unidades Judiciales, la subsunción es un método básico a utilizar para cualquier tipo de razonamiento lógico en el cual se establecen razones y conclusiones, sin embargo la ponderación va más allá, en este caso de utiliza la ley de peso y la contraposición de los principios o derechos versus el grado de satisfacción que esperan los justiciables, quienes acuden ante un órgano judicial para esperar que sus derechos sean atendidos en el caso en concreto que ha sido expuesto y de esta manera saber cuál prevalece sobre el otro.

CONCLUSIONES

- De lo estudiado y analizado en el presente trabajo podemos concluir que la ponderación desde el punto de vista de varios tratadistas como Robert Alexi, Zagrebelsky, García Figueroa entre otros corresponde a una herramienta que busca proteger el valor intrínseco e inalienable de una persona ante la choque de derechos y principios constitucionales ejecutando un análisis de subjetividad en un caso en concreto, la cual debe ejecutarse con estricta valoración de las variables que pueden aplicar al caso en estudio considerando que dichas variables pueden aportar en menor o mayor forma el ejercicio ponderativo el cual debe siempre ser limitado por el principio de proporcionalidad.
- De la investigación realizada, así como de las entrevistas se concluye que la diferencia sustancial entre la ponderación y la subsunción es que la primera no puede ser considerada como regla general de aplicación para otros casos que no sea el de análisis que se encuentra en manos del Juez y el cual mantiene un choque de derechos y principios constitucionales, sin embargo la subsunción corresponde al método lógico racional que es utilizada mayormente por parte de los operadores de justicia dentro del sistema jurídico ecuatoriano el cual es complejo, coherente y cerrado que en muchos de los casos no permite vaguedades.
- En conclusión, según el caso analizado Kimel vs Argentina para ponderar adecuadamente los bienes en juego, es necesario evaluar el grado de afectación de cada uno, determinando si esta es grave, intermedia o moderada. La sentencia también señala que es importante considerar la relevancia de satisfacer el bien opuesto y si dicha satisfacción justifica la restricción del otro bien. En algunos casos, esto favorecerá la libertad de expresión, mientras que en otros se priorizará el derecho a la honra, por lo que la Corte concluyó que las consecuencias del proceso penal, incluyendo la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo de pérdida de libertad y el efecto estigmatizador de la condena penal al señor

Kimel, representan una afectación grave a la libertad de expresión. Incluso la multa, debido a su cuantía, constituye una afectación severa en relación con los ingresos del afectado.

RECOMENDACIONES

- En este caso de análisis puedo recomendar que conforme lo afirman los tratadistas objeto del estudio para los casos en los cuales no exista determinación clara se debe aplicar la ponderación siendo el método analítico jurídico subjetivo que puede ejecutarse en dichos casos que se denominan difíciles para que los operadores de justicia puedan determinar qué derecho tiene mayor peso que otro derecho de igual jerarquía y determinar el modo y forma que la ponderación debe operar en un caso en particular con respeto al principio de proporcionalidad.
- Se recomienda que tanto la subsunción como la ponderación pueden operar de manera indistinta pero a su vez deben operar de manera conjunta en los denominados casos difíciles pues el juzgador debe inicialmente hacer un ejercicio de análisis racional para determinar el caso en concreto para posteriormente aplicar la ponderación y determinar qué derecho se sobrepone sobre el otro con las limitaciones de la proporcionalidad para concluir su análisis con una aplicación racional de las normas en su Sentencia que lleva a una real afirmación de confianza y seguridad en el sistema jurídico, por lo que ambas deben ser aplicadas de manera subsidiaria y conjunta en los casos denominados difíciles y únicamente cuando sea necesario, en los casos que no se los requiera la subsunción es la herramienta más óptima de aplicación con respeto a la Ley y el Principio de Seguridad Jurídica.
- Se aconseja que cualquier medida restrictiva de la libertad de expresión debe ser cuidadosamente evaluada y aplicada con extrema cautela, de igual manera es fundamental que las autoridades judiciales ponderen con precisión el grado de afectación de los bienes en conflicto, dando especial atención a las consecuencias graves que podrían derivarse de una sanción penal. Además, se recomienda establecer directrices claras que prioricen un enfoque equilibrado que proteja tanto la libertad de expresión como el

derecho a la honra, asegurando que las decisiones judiciales sean justas y equitativas.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourron, E., & Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2010). "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". En M. Carbonell & L. García (Coords.), *El canon neoconstitucional* (pp. xx-xx). Madrid: Trotta.

Atienza, M. (1996). *Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

Atienza, M. (2003). *El sentido del Derecho* (2ª ed.). Barcelona: Ariel.

Atienza, M., & Manero, J. R. (n.d.). *Las piezas del Derecho*.

Bayón, J. C. (2000). "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico". *Isonomía*, 13, xx-xx.

Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (n.d.). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bobbo, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico, No. 12*. México: Fontamará / Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.

- Bobbo, N. (n.d.). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamará.
- Carbonell, M. (Ed.). (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (Ed.). (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Comanducci, P. (2004). *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*. México: Fontamará / Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- Comanducci, P. (2009). "Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho". En *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Recuperado de <https://www.cosede.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/CONSTITUCION-DE-LA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- García Amado, A. (2006). "¿Existe discrecionalidad judicial en la decisión judicial?". *Revista Isegoría*, 35, xx-xx.
- García Amado, J. A. (2007). "Derechos y pretextos". En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. xx-xx). Madrid: Trotta.
- García Figueroa, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Figueroa, A. (2007). *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- García Figueroa, A. (2010). "Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica". En M. Carbonell & L. García (Coords.), *El canon neoconstitucional* (pp. xx-xx). Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2000). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa.
- Guastini, R. (2010). "Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación". En I. Lifante Vidal (Ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho* (pp. xx-xx). Lima: Palestra.
- Guastini, R. (2010). "Interpretación de la Constitución". En S. Ortega (Ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (pp. xx-xx). Lima: ARA.
- Guastini, R. (1999). "Los principios en el Derecho positivo". En *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (pp. xx-xx). Barcelona: Gedisa.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Igartua Salaverría, J. (1998). *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas.
- Kauffman, A. (2007). *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Comares.
- Kelsen, H. (n.d.). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley: Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- Nino, C. S. (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Prieto Sanchís, L. (2007). "El constitucionalismo de los derechos". En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. xx-xx). Madrid: Trotta.

Prieto Sanchís, L. (2008). "El juicio de ponderación constitucional". En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. xx-xx). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Sentencia No. 1158-17-EP/21

ANEXOS

Anexo 1. Entrevistas

