

**MASTER OFICIAL EN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA
UNIVERSIDAD DE SEVILLA**

**PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO: CRÍTICAS AL
NEOCONSTITUCIONALISMO FUNCIONALISTA ECUATORIANO,
RESULTADO DEL TRÁNSITO HACIA LA NEGOCIACIÓN DE VALORES
CON LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008**

**DRA. BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ
(DIRECTORA)**

Desde la discusión de la Teoría de la Argumentación Jurídica, el autodenominado Neoconstitucionalismo ecuatoriano, alimentado por el discurso institucional y con evidente intento de adoctrinamiento buscando controlar gran parte de la corriente doctrinaria en el foro ecuatoriano, constituye un ejemplo sin comparación del dogmatismo axiológico funcional que, bajo aquella etiqueta neologista, ha provocado un debilitamiento del rol normativo de la Constitución.

ANDREA CAROLINA SAENZ VILLARREAL

QUITO, 2014

A Dios, a mi esposo, y a la Dra. Blanca Rodríguez y demás
amigos y compañeros de la
Universidad de Sevilla y de este pueblo maravilloso,
que formaron parte de esta aventura.

A todos ellos, muchas gracias.

RESUMEN

Título de la tesis:

Ponderación y proporcionalidad en el Estado Constitucional de Derecho: críticas al Neoconstitucionalismo funcionalista ecuatoriano, resultado del tránsito hacia la negociación de valores con la vigencia de la Constitución de 2008.

Total páginas: 105

Palabras claves:

Control jurisdiccional de la actividad administrativa pública, argumentación jurídica, constitucionalismo, neoconstitucionalismo, ponderación, proporcionalidad, Estado constitucional de Derecho, principio de configuración legislativa.

Nombre del Departamento:

Departamento de Derecho Constitucional.

Nombre de la alumna:

Andrea Carolina Sáenz Villarreal

Tutora:

Dra. Blanca Rodríguez Ruiz.

Resumen:

¿Cuál ha sido el camino transitado hacia el paradigma del constitucionalismo? ¿Cuál es la apuesta del constitucionalismo actual frente a la dimensión axiológica de la norma? Finalmente, ¿qué ha entrañado la declaración institucional sobre el cambio de paradigma constitucional en el Ecuador, en la corriente doctrinaria y en la labor jurisprudencial?

En esta investigación hemos intentado dar respuesta a las citadas preguntas a través del

desarrollo de la investigación en el tema “Ponderación y proporcionalidad en el Estado Constitucional de Derecho”. Transversalmente intentaremos relacionar entre los dos fenómenos que han marcado más decisivamente el desarrollo del poder político, el Estado y el Derecho en los dos últimos siglos: el paradigma de la legalidad y el paradigma del constitucionalismo.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN:

Introducción	1
--------------------	---

CAPÍTULO I:

El Estado de Derecho y la Administración pública: tránsito al Estado constitucional de Derecho

I.1. Aproximación General	5
I.1.1. Estado de Derecho y la Administración pública	5
I.1.2. La necesidad del sometimiento de la Administración pública al Derecho	8
I.2. El control de la actividad administrativa	11
I.2.1. Orígenes del control de la actividad administrativa	11
I.2.2. El control jurisdiccional de la actividad administrativa pública y el Estado de Derecho	14
I.2.3. Finalidad e importancia del control jurisdiccional de la Administración pública en el Estado de Derecho	19
I.3. Crisis del Estado de Derecho	21
I.3.1. Crisis del Estado de Derecho y del principio de legalidad	21
I.3.2. Crisis del Estado de Derecho y de la sujeción de la Administración pública al Derecho	23
I.4. Tránsito al Estado constitucional de Derecho	25
I.4.1. Del Estado de Derecho clásico al Estado constitucional de Derecho	25
I.4.2. Proyección y rasgos característicos del Estado constitucional de Derecho	27
I.4.3. La posición del juez dentro del Estado constitucional de Derecho	28

CAPÍTULO II:

Análisis del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación dentro de la argumentación jurídica

II.1. Aproximación general	32
----------------------------------	----

II.1.1 Retos que plantea la actividad judicial en el Estado democrático con la aprehensión de nuevas teorías	32
II.1.2. La Teoría de la argumentación jurídica	33
II.2. El principio de configuración legislativa	38
II.3. Ponderación y proporcionalidad	41
II.3.1. La ponderación	43
II.3.2. El principio de proporcionalidad	46
II.3.2.1 El juicio de idoneidad	50
II.3.2.2. El juicio de necesidad	52
II.3.2.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto	53

CAPÍTULO III:

Análisis de la argumentación jurídica del constitucionalismo actual en la justicia
constitucional y ordinaria en el Ecuador

III.1. Aproximación al análisis del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación en el foro ecuatoriano	56
III.2 Análisis de fallos de la Corte Constitucional sustentados, a juicio de ésta, en la doctrina del Neoconstitucionalismo y en la nueva realidad normativa y filosófica que caracterizaría a la Constitución de 2008	67
III.3 Análisis del uso de la ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad en las sentencias de la Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia.....	76

CONCLUSIONES GENERALES

Conclusiones generales	89
------------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía	96
--------------------	----

INTRODUCCIÓN

*Los libros no están hechos para pensar, sino
para ser sometidos a investigación.*

Umberto Eco

Hemos de comenzar nuestro trabajo de investigación preguntándonos, ¿por qué hemos de insistir en el análisis de la ponderación y proporcionalidad en el Estado constitucional de Derecho? La razón que nos mueve es la necesidad de deconstruir argumentativamente el discurso institucional sobre el loable tránsito que se habría alcanzado en el sistema jurídico ecuatoriano y particularmente en materia constitucional, con la sola vigencia de la Constitución de 2008. Por eso hemos planteado el título de la investigación como “Críticas al neoconstitucionalismo funcionalista ecuatoriano, resultado del tránsito hacia la negociación de valores con la vigencia de la Constitución de 2008”.

La investigación se enmarca dentro del área de los debates teóricos acerca de la ponderación y proporcionalidad en el Estado Constitucional de Derecho, y la aproximación a categorías como Control jurisdiccional de la actividad administrativa pública, argumentación jurídica, constitucionalismo, neoconstitucionalismo, ponderación, proporcionalidad, Estado constitucional de Derecho, principio de configuración legislativa, entre otras. Todo ello desde la perspectiva de su vinculación o incidencia en la labor jurisprudencial ecuatoriana, confrontando el supuesto cambio de paradigma desde la legitimidad legal o racional y hacia la legitimidad sustantiva y procesal. Esta investigación abarca una aproximación histórica a las discusiones teóricas en torno a dicho tránsito, y por supuesto el periodo temporal del supuesto cambio de paradigma citados en el párrafo anterior, a efectos del análisis doctrinario y jurisprudencial específico en el Ecuador. Nuestro propósito ha sido redactar un texto argumentativo en torno al camino transitado hacia el paradigma del constitucionalismo actual y su apuesta frente a la dimensión axiológica de la norma, desentrañando con

estos fundamentos el supuesto cambio de paradigma constitucional en la corriente doctrinaria y en la labor jurisprudencial ecuatoriana.

A fin de fortalecer los resultados argumentativos tras una aproximación doctrinaria al universo de estudio, y de plantear un camino lógico para abordar el tema central de nuestra investigación, se diseñaron las siguientes preguntas guías de desarrollo de nuestro trabajo. Estas fueron: ¿Cuál ha sido el camino transitado hacia el paradigma del constitucionalismo? ¿Cuál es la apuesta del constitucionalismo actual frente a la dimensión axiológica de la norma? Finalmente, ¿qué ha entrañado la declaración institucional sobre el cambio de paradigma constitucional en el Ecuador, en la corriente doctrinaria y en la labor jurisprudencial?. Nuestro trabajo de investigación se propone dar respuesta a estas preguntas y, a través de ellas, abordar el tema de investigación “Ponderación y proporcionalidad en el Estado Constitucional de Derecho”. Transversalmente intentaremos relacionar los dos fenómenos que han marcado más decisivamente el desarrollo del poder político, el Estado y el Derecho en los dos últimos siglos: el paradigma de la legalidad y el paradigma del constitucionalismo.

En coherencia con lo expuesto, la investigación se organiza en torno a tres ejes, cada uno de los cuales es objeto de estudio en cada uno de los tres capítulos en que se divide este trabajo. En el primer capítulo se intenta relacionar los dos fenómenos que han marcado más decisivamente el desarrollo del poder político, el Estado y el Derecho en los dos últimos siglos: el paradigma de la legalidad y el paradigma del constitucionalismo, los cuales nos ofrecen imágenes distintas del orden jurídico. En él nos enfrentamos a la aprehensión conceptual de las instituciones clave en esta investigación, como el control jurisdiccional de la actividad administrativa pública, la argumentación jurídica, el constitucionalismo, Estado constitucional de Derecho, a fin de confrontar el tránsito al Estado constitucional de Derecho.

El segundo capítulo estudia el constitucionalismo actual y su apuesta por una dimensión axiológica ligada a la reflexión sobre principios y valores (y por tanto una respuesta dentro y no desde fuera del Derecho), a través, en concreto, del principio de

proporcionalidad, del juicio de ponderación y del principio de configuración legislativa, entre otras herramientas de la argumentación jurídica. En él se presentan argumentaciones válidas sobre cómo la apuesta del constitucionalismo actual ha contribuido a reorientar la reflexión *iusfilosófica* sobre pautas y senderos muy distintos a los del positivismo jurídico clásico que, en diversas corrientes, periodos y significaciones, ha dominado la Teoría y la Filosofía del Derecho durante casi siglo y medio.

Al objeto de analizar la relación dialéctica de la aproximación particular a la ponderación y proporcionalidad desde las ópticas doctrinaria y jurisprudencial, el tercer capítulo realiza un análisis del desarrollo de la argumentación jurídica del constitucionalismo actual en la práctica jurisprudencial, de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria en el Ecuador. En él se intentará dar cuenta de que el tránsito desde el paradigma de la legalidad al paradigma del constitucionalismo fue anterior a la nueva Constitución y de que la argumentación jurídica del constitucionalismo actual, principalmente a través del juicio de ponderación, fue aplicada adecuada y responsablemente por los jueces para la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos en su relación con la administración con la vigencia de la Constitución de 1978 reformada en 1998.

Finalmente, señalamos que en este proyecto se aplicó el método científico para investigaciones sociales documentales, a través de la argumentación. La aproximación al universo de estudio a través de las preguntas guías y la definición del universo principal de estudio ha quedado ya señalada. La metodología implicó una aproximación inicial de prospección del tema investigativo; envolvió un segundo momento de aproximación a las fuentes del conocimiento sobre el problema aporético específico; e incluyó, otro de ejecución y reflexión. El trabajo sobre fuentes del conocimiento abarcó: búsqueda, inventario, relevamiento, clasificación y evaluación.

Siendo una investigación documental, fue necesario el apoyo de un sistema que permitiera el trabajo sobre fuentes y el mejoramiento en el proceso de reflexión. Para el

apoyo de un sistema de análisis, crítica y reflexión de los textos relacionados con la materia a investigarse y en general de las otras fuentes doctrinarias y normativas, se trabajó con soportes críticos digitales, fortaleciéndose la investigación y redacción del trabajo final. Las fuentes principales en que se respaldó la labor investigativa y su referencia bibliográfica consta al final de esta investigación.

CAPÍTULO I:
El Estado de Derecho y la Administración pública:
tránsito al Estado constitucional de Derecho

¿Cuál ha sido el camino transitado hacia el paradigma del constitucionalismo?

1.1. Aproximación General.

1.1.1. Estado de Derecho y la Administración pública.

El concepto de Estado aparece necesariamente ligado al de la extensa y compleja organización administrativa gestora de sus finalidades. La Administración pública caracterizada por atributos propiamente estatales es entonces una noción cuya comprensión requiere de una previa consideración del Estado como organización política de la sociedad.

La reflexión que se intentará de estos conceptos, que no son para nada asépticos y pacíficos, no pretende ser original y en parte acudirá a referencias de la discusión de este debate que abarcan el pensamiento iusfilosófico político e interdisciplinario, a fin de comprender las relaciones entre el poder político, la actividad del Estado y el Derecho, convivencia que desde sus orígenes se manifiesta en permanente conflicto y tensión, toda vez que la función del Derecho, en última instancia, es racionalizar, limitar y controlar el ejercicio del poder del Estado.

Desde la Ilustración y el Individualismo que están detrás de las teorías del contrato social con las que se explica el origen del poder político fundacional como una hipótesis de la razón¹, el Estado en su génesis supone una forma superior de organización del

¹ En esta construcción teórica del Estado se visualiza las propuestas filosóficas de tres teóricos políticos modernos Thomas Hobbes [Hobbes, Thomas (1980). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Manuel Sánchez Sarto Trad.), México: FCE]; John Locke [Powell, Jim (1996). *John Locke: Natural Rights to Life, Liberty, and Property*. En *The Freemann*, New York: The Foundation for Economic Education]; y, Jean-Jacques Rousseau [Rousseau, Jean-Jacques (2012). *El Contrato Social*, Madrid: Santillana Ediciones Generales], que buscan explicar la génesis del poder político en una fórmula compuesta por dos

poder articulada sobre la base de la separación del poder político, de un lado, y de la propiedad privada y de las relaciones de los individuos en el modo de producción capitalista, de otro.

Por su parte, el concepto de Estado de Derecho define y caracteriza a la forma de Estado nacida a fines del siglo XVIII que consiste en el sometimiento del poder al Derecho para que éste guíe el comportamiento de las personas. Aunque su definición puede llegar a ser complicada, la caracterización de la idea esencial que animó esta concepción desde sus inicios, permite identificarla con la forma de organización jurídico-política de la sociedad que históricamente tiende a someterse a un régimen jurídico que reconoce y tutela los derechos humanos de los gobernados contra los posibles excesos por parte de los titulares de los poderes públicos.

Desde el surgimiento del Estado moderno como formación política, éste ha transitado por diversas fases, que ha decir del profesor Javier Pérez Royo se distinguen fundamentalmente en tres momentos [Javier Pérez Royo 2007: 167-172].

La primera fase, que corresponde a los orígenes del Estado, se caracteriza por una estricta sujeción a la ley con la lucha por la limitación del poder político mediante la utilización de principios jurídicos racionales, concepto en aquella época orientado contra el Estado absolutista.

En el segundo período, la lucha del Estado de Derecho continúa en el ámbito del control jurídico, idea que se amplía a la esfera de las acciones diarias de la Administración pública, convirtiéndose en una lucha contra las «inmunidades del poder» a fin de alcanzar la protección judicial de los derechos de los ciudadanos ante los posibles excesos del Estado, en general, y de los órganos administrativos, en particular.² Estas

elementos: un enfoque artificial del Estado; y los *hombres* en su concepción individualista, siendo primero iguales y por lo tanto libres (sean o no estos hombres, lobos de hombres).

² En esta etapa de la construcción del Estado de derecho el objetivo era el control jurisdiccional. Otto Mayer, fundador del derecho administrativo alemán, delineó esta orientación al afirmar que el Estado de derecho es el “*Estado de Derecho Administrativo bien ordenado*”, así lo recuerda el profesor Pérez Royo [Javier Pérez Royo 2007: 168].

dos etapas conforman el Estado legislativo de Derecho o Estado legal, erigido sobre la afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio estatal de la producción jurídica. [Luigi Ferrajoli 2005: 15-17].

En el tercer momento, que se inicia a partir de la primera posguerra, lo determinante para el concepto de Estado de Derecho pasa a ser la legitimación democrática del poder, con la representación política como mecanismo para la reconducción de la voluntad del Estado a la voluntad de la mayoría de la sociedad³.

Como resultado de la suma de conquistas que se fueron imponiendo en las sucesivas etapas de las “luchas por el Estado de Derecho” y, con ellas, por la legitimación democrática, se afirman todos los elementos conseguidos, pues ésta obliga a reforzar las instituciones de control. Esta evolución culmina con la fórmula del Estado social y democrático de Derecho, que describe un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, así como un Estado comprometido con la promoción de las demandas y exigencias de la sociedad y la protección de sus sectores más débiles.

En este desarrollo el Estado de Derecho como fenómeno histórico comparte su evolución con el concepto de Administración pública, que constituye la vida propiamente exterior del Estado [Lorenzo Stein 1981: 33]. Y es que éste ejecuta su acción, desarrolla la complejidad de sus actividades, atiende y da respuesta a las distintas demandas sociales que constituyen un programa amplio de acción, mediante la compleja organización técnica que conforman los órganos estatales. Estos a lo largo de la historia han configurado la Administración pública con una intervención más activa, con la pretensión de corregir las consecuencias de la desigualdad social surgida a la

³ En el tránsito al Estado democrático de Derecho se hace patente la deuda de las teorías contractuales que pone en el debate asuntos esenciales del *género* y la *igualdad jurídica*. Carol Gilligan en *La Moral y la Teoría. Psicología del desarrollo femenino* es una de las autoras que hacen esta crítica desde el enfoque de la teoría feminista y en contra de las teorías universalistas del siglo XIX por su afán de formular una noción de Estado como producto de la construcción de *dominio moral de los hombres* en una visión individualista y sin conciencia de *Otraedad* [Carol Gilligan 1985: 277 ss.].

sombra de las desigualdades política, filosófica y legal existente entre los grupos humanos.

La transformación del Estado contemporáneo en una sociedad industrial y de servicios, caracterizada por un intervencionismo amplio y vigoroso del poder público en todos los contextos en que se desarrolla la vida de las ciudadanas y los ciudadanos en la sociedad, trajo como consecuencia un incremento natural de las actividades administrativas en todos los niveles de gobierno.

La inevitable actuación administrativa en las actividades sociales, políticas y económicas de los gobernados, si bien se justifica por el beneficio o la búsqueda de beneficios para los diversos sectores sociales, que reporta la satisfacción de ciertos intereses del colectivo, en innumerables ocasiones ha limitado la esfera de libertad individual de los administrados. Estos se encuentran sujetos a un número cada vez mayor de autorizaciones, licencias y permisos que emanan del poder público. En otras muchas situaciones, los actos u omisiones de la Administración han lesionado los derechos fundamentales de los particulares.

El producto de la evolución histórica a la que arriba nos hemos referido es pues, una Administración pública compleja encargada de llevar a cabo la acción del Estado, que en algunos casos ha tenido un crecimiento exorbitante tendiendo a formar un poder independiente que se desarrollaría casi al margen de la normatividad [Eduardo García de Enterría 1994: 40 ss.]⁴ dando lugar así, a una crisis por expansión de la Administración pública, con serias dificultades en su sometimiento al Derecho.

1.1.2. La necesidad del sometimiento de la Administración pública al Derecho.

El Estado de Derecho clásico es un modelo de organización jurídica y política construido sobre la base de un concepto fuerte de soberanía, del principio técnico de separación de los poderes, y el monopolio estatal de la producción jurídica en

⁴ En este sentido Muñoz Machado cita a Tocqueville cuando analiza la acumulación de poder por la Administración [Santiago Muñoz Machado 2004: 35,36]

afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho. Este modelo se desarrolló a lo largo del siglo XIX en un modelo de estructura política que algunos autores denominaron Estado legislativo de derecho o Estado legal.

Este último rasgo característico del Estado legal, el principio de legalidad, se configura como la expresión de la centralización del poder político. La eminente fuerza de la ley se vincula así a un poder legislativo de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general.⁵ Este principio expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento. Precisamente, la supremacía de la ley a la que estaban subordinados los poderes del Estado definió la posición de la Administración en un plano de estricto sometimiento a la legalidad, que suponía la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo.

Con la referida subordinación, las actuaciones de los órganos de poder deben realizarse conforme con las disposiciones legales que los regulan. Sin embargo, y dadas las raíces absolutistas de los ordenamientos continentales, en este proceso la Administración pública no se ha situado fácilmente en una posición de paridad con los otros sujetos públicos y no públicos. Esta consideración explica las dificultades que se presentaron durante el siglo XIX para afirmar el principio de legalidad entendido desde el plano dogmático en relación con la Administración. Debilidades de un sistema que aún prevalecen, pues, la historia revela como los administradores públicos han buscado fórmulas para apartarse de la legalidad y mantener un atenuado sistema de control de sus actuaciones.

En este contexto ha sido evidente la constante tensión de intereses que enfrentan a los órganos que ejercen el poder público con la ciudadanía. Con intención de corregir los posible excesos de la acción del Estado y los efectos que produce en los gobernados, fue fortaleciéndose progresivamente la formación de un régimen especial compuesto de un

⁵ La soberanía y el poder no son absolutos, sino que tienen límites objetivos que vienen dados por la misma naturaleza del Estado y por la norma jurídica, cuya principal misión es el establecimiento de la justicia y el bien común como lo explica Julio Tobar Donoso [Julio Tobar Donoso 1981: 296].

conjunto de principios e instituciones jurídicas con características propias, que definen la organización y el funcionamiento de la Administración pública y sus relaciones con los particulares, en un proceso que comienza su etapa de formación con el constitucionalismo europeo, aproximadamente de finales del siglo XVIII a la última parte del siglo XIX, y se consolida en los primeros años del siglo XX. Con la regulación de la actividad pública se pretende asegurar a los administrados la disposición de una serie de medios sustantivos y vías formales para hacer efectivo el control de la Administración, a fin de salvaguardar tanto la seguridad jurídica como el interés general y proteger los derechos de los particulares.

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos en su generalidad cuentan con remedios legales accesibles a los administrados para obtener la reparación de sus intereses. Entre los medios internos, se encuentran la extinción, la modificación, o la anulación del acto o resolución lesiva, los que se originan en el ejercicio pleno de la potestad de autotutela administrativa⁶, afianzados en la doctrina del Derecho administrativo. Esta reconoce dos causas para la extinción de los actos administrativos: por razones de legitimidad y por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Se trata, en todo caso, de medios internos que buscan la regularidad y buena marcha de la Administración y que solo por efecto reflejo representan una garantía para los particulares.

Los medios de carácter externo, por su parte, garantizan al particular afectado por un acto administrativo el acceso a los órganos jurisdiccionales mediante el ejercicio de acciones ante los tribunales especializados de lo contencioso administrativo, para demandar a la autoridad de quien proviene el acto o resolución lesivo de sus derechos, obtener la tutela judicial efectiva, a fin de asegurar los intereses reconocidos en la ley y evitar tanto la ilegalidad como la arbitrariedad de los funcionarios públicos.

⁶ “...la Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del status quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial...”. Este principio fundamental del Derecho administrativo faculta a la Administración a declarar y ejecutar su derecho sin necesidad de acudir ante la Función Judicial. [E. García de Enterría y T. Fernández 1999: 499].

El control jurisdiccional de la Administración pública constituye de este modo uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho, un rasgo que se sustenta en principios que son expresión de sus caracteres esenciales. Entre ellos, simplificando en gran medida, tal como se ha revisado hasta este punto, se comprenden dos principios fundamentales: la plena subordinación al Derecho –con la consecuente interdicción de la arbitrariedad⁷ en el ejercicio del poder público- y el reconocimiento y garantía de los derechos de las ciudadanas y los ciudadanos, que se desarrollará más adelante en este mismo capítulo.

1.2. El control de la actividad administrativa.

1.2.1. Orígenes del control de la actividad administrativa.

Entre las distintas líneas de acercamiento a los orígenes del control jurisdiccional de la Administración pública, varios autores sugieren su búsqueda en los mismos orígenes del Derecho administrativo. Así lo señala el destacado administrativista español, Eduardo García de Enterría:

La historia del contencioso administrativo es, en cierta manera, la historia misma del derecho administrativo... en cuanto producto último de una elaboración científica realizada a partir de la obra jurisprudencial del Consejo de Estado francés, que al compás de su propio funcionamiento, «creó» primero unas vías de protección no previstas inicialmente por la ley y acertó después a formular a través de ellas con tanta perseverancia como prudencia las reglas y principios básicos de un nuevo corpus institucional y científico [E. García de Enterría y T. Fernández 1999: 26].⁸

Los antecedentes remotos del Derecho administrativo podrían encontrarse, como algunos autores afirman, en las raíces de la historia.⁹ No obstante, para la doctrina mayoritaria, esta disciplina del Derecho surge en el contexto histórico de la Revolución

⁷ Principio establecido en el artículo 9.3 de la Constitución española, el cual restringe a las autoridades de los poderes públicos tomar decisiones arbitrarias que infringirían los principios de sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico, y el de seguridad jurídica.

⁸ En la misma línea, el profesor Santamaría entrelaza el nacimiento del Derecho administrativo con la Administración [Juan Alfonso Santamaría Pastor 2006: 37].

⁹ En la época del Imperio romano existía una estructura administrativa pública que requería de un mínimo de normas para regular su funcionamiento [José Antonio García-Trevijano Fos 1964: 3,4].

francesa, época en la que habría logrado su autonomía científica por los nuevos principios de organización del Estado y por el ejercicio de los poderes públicos que se implantaron sobre todo a partir de 1789¹⁰.

En lo que todos los estudiosos de esta rama del Derecho coinciden es en afirmar que ésta concepción es producto de una constante evolución histórica, debida en gran parte a la estrecha conexión que mantiene con la Administración pública, estructura organizacional del poder político a la que regula y ordena, y que experimenta de manera directa e inmediata los cambios que se producen en el origen, los objetivos y las formas de manifestación del poder político. Precisamente, el Derecho administrativo nació con el afán de controlar el poder de la Administración.

Ha quedado ya anotado que, desde un punto de vista conceptual, esta disciplina encuentra como antecedente general y próximo el concepto del Estado de Derecho, uno de los pilares de la Revolución francesa; y que a partir de ese momento, emprendió un proceso histórico que ha trazado sus líneas maestras, principios y reglas especiales, actualmente difundidas en diferentes países. Los cuales, al adoptar este sistema han permitido su consolidación con las peculiaridades y tradiciones que se derivan de las necesidades particulares de cada país.

En Francia la formación de este conjunto especial de normas jurídicas para la Administración pública, se vio estimulada por un hecho particular: la exención judicial del Ejecutivo, derivado de la desconfianza que generaba la actitud de los jueces que en el Antiguo Régimen habían obstruido las reformas que se trataron de implementar en tiempos de Luis XVI. Los revolucionarios veían en los antiguos parlamentos judiciales, reducto de la nobleza, una amenaza a los ideales de la revolución, por lo que adoptaron una decisión contradictoria con la filosofía que defendían, estableciendo un régimen peculiar que prohibía a los jueces interferir de manera alguna en los asuntos propios de la Administración bajo pena de prevaricación.

¹⁰ Véase al respecto las argumentaciones de E. García de Enterría y T. Fernández [E. García de Enterría y T. Fernández 1999: 26]; Garrido Falla [Fernando Garrido Falla 1952: 11 ss.]; y, Gordillo [Agustín Gordillo 1998: 4].

Esta prohibición fue expresamente consagrada en la ley de 16-24 de agosto de 1790, que establecía: *“las funciones judiciales son y continuarán siendo separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, inmiscuirse de ninguna manera en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”*¹¹. Con lo cual, prácticamente, la actuación administrativa del poder público quedaba sin control.

No obstante, esta contradicción se mantuvo por corto tiempo. A fin de resolverla, se diseñó el mecanismo administración-juez, por el cual las eventuales reclamaciones eran presentadas y resueltas por la propia Administración. Esta solución fue complementada con la creación de un órgano especial dentro de la esfera del Ejecutivo denominado Consejo de Estado, que en calidad de asesor debía elaborar proyectos de ley y reglamentos administrativos, para la resolución de conflictos que se presentasen en materia administrativa [Miguel Sánchez Morón 2006: 37 ss.].

En su trayectoria, el Consejo de Estado francés consolidó prestigio, al desarrollar una labor creativa encaminada a equilibrar la relación del poder de la Administración con el derecho de los ciudadanos. Ello trajo como consecuencia, por un lado, su reconocimiento como órgano de carácter jurisdiccional, mediante la ley de 24 de mayo de 1872, al otorgarle competencias como juez de la Administración¹²; y, por otra parte, la creación del Tribunal de Conflictos para resolver las dudas causadas en relación con la competencia entre los tribunales comunes y los tribunales administrativos, generando

¹¹ Además puede apreciarse en este otro hecho histórico la “...exención judicial del Ejecutivo, lo cual puede parecer paradójico, pero es un hecho. Su basamento está, en efecto, en la famosa Ley de «separación» que fue la institucionalización en el modelo francés del principio de división de poderes... El contencioso-administrativo es hasta fines del siglo XIX el sistema en el que la propia Administración se enjuicia a sí misma, supuesto que los Tribunales no pueden hacerlo: es el principio esencial *juger l'Administration c'est encore administrer, juger a la Administration sigue siendo administrar*” [Eduardo García de Enterría 1992: 27,28].

¹² Definiéndose con esta acción el tránsito de la *jurisdicción retenida* a la *jurisdicción delegada*, pues a partir de la reforma de 1872 el Consejo de Estado francés, que desde su creación en 1790 se limitaba a elevar sus recomendaciones al titular del Ejecutivo, cambia hacia un modelo que implica la *delegación* del ejercicio de la facultad jurisdiccional al Consejo de Estado que pasa a tener competencia para conocer y juzgar en el ámbito de lo contencioso administrativo [Miguel Sánchez Morón 2006: 46 ss.].

así el contencioso administrativo, jurisdicción que imprimiría la posterior evolución de la justicia administrativa.

En este contexto histórico, se produce el origen jurisprudencial del contencioso administrativo, así lo señala el administrativista español, José Eugenio Soriano, cuando asegura que si tuviera que fijar una fecha de este acontecimiento, se arriesgaría a fijar un día concreto: el 8 de febrero de 1873, en el que el Tribunal de Conflictos de Francia decidió el caso Agnes Blanco.¹³ Con este fallo, el Tribunal de Conflictos identificó y sentó las bases de un derecho propio de las relaciones entre la Administración pública y los particulares, y consagró de manera clara y expresa el principio de que la actividad de la Administración debe regirse por normas y principios especiales, diferentes de los que regulan las actividades de los particulares.¹⁴

Esta proyección histórica de los orígenes del control de la actividad administrativa señala como la doctrina y la jurisprudencia han tenido un protagonismo decisivo en la configuración jurídica del Derecho administrativo y de la justicia administrativa. Estas fuentes del Derecho le otorgan un singular relieve al estudio del juez contencioso administrativo, piedra angular del sistema de control de la Administración pública, pues desde la perspectiva de la interpretación y aplicación por los tribunales del Derecho, la jurisprudencia que generan ha ido conformando paulatinamente el referido orden jurisdiccional.

1.2.2. El control jurisdiccional de la actividad administrativa del Estado y el Estado de Derecho.

¹³ La niña francesa Agnes Blanco fue atropellada por un vehículo de la empresa estatal de tabacos, por lo que su padre formuló ante el Tribunal Civil de Burdeos una demanda de responsabilidad solidaria contra los empleados que se trasportaban en el vehículo y contra el Estado por la imprudencia de sus empleados. Por declinación de competencia el tema pasó al *Tribunal des conflicts*, cuya resolución habría dado origen al moderno derecho administrativo [José Eugenio Soriano 1991: 65,66].

¹⁴ Este orden jurisdiccional se introduce en España mediante las Leyes de 2 de abril de 1845, de los Consejos Provinciales, y 6 de julio de 1845, del Consejo Real como lo reseña Sánchez Morón [Miguel Sánchez Morón 2006: 826 ss.]. Léase al respecto a Nieto [Alejandro Nieto 1966: 9 ss.].

Se ha señalado en líneas anteriores, que el control jurisdiccional de la Administración pública constituye uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho, y quizá el más trascendental, pues posibilita la vigencia pragmática de los caracteres inherentes al mismo, ya que si interviene un control efectivo, regirán plenamente los principios de legalidad con el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico, de separación de funciones, y desde luego, habrá un mayor respeto de las libertades y derechos fundamentales de los administrados. Su relación indiscutible se manifiesta en que el Estado de Derecho, conforme destaca Consuelo Sarria, constituye un mecanismo de equilibrio entre las legítimas prerrogativas de la autoridad y los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los administrados [Consuelo Sarria 1981: 18].

Los caracteres esenciales del Estado de Derecho, los cuales se entrelazan y sistematizan en un todo armónico, permiten conocer las bases sobre las que se estructura el control jurisdiccional de la Administración y comprender su postulado de interdicción de la arbitrariedad, en tal razón es preciso describirlos brevemente:

a) División de funciones de los órganos de poder.

El desarrollo de la formulación europea de esta teoría viene de los postulados de autores ilustrados de finales del siglo XVIII imbuidos del pensamiento político liberal, primero en Inglaterra con John Locke en el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, y luego Montesquieu en su obra Del Espíritu de las Leyes. La alternativa francesa, que quizás es la de mayor exposición¹⁵, emana de la auténtica separación de poderes surgida con la Revolución, de la que nacería una Administración pública como poder autónomo y un Derecho administrativo al servicio de la misma¹⁶.

¹⁵ La división de poderes tal como opera en la actualidad en los Estados constitucionales, tiene una relación muy remota con la fórmula de la división tripartita de Montesquieu que se impuso en el continente europeo durante el siglo XIX, elaborada con referencia a arreglos institucionales de una sociedad menos compleja que la contemporánea. En este mismo periodo, la división de poderes americana diseñada por la Constitución Federal de 1787 y justificada por *El Federalista* permaneció como una excepción, aunque su enfoque más amplio anticipaba todos los problemas y las soluciones que se han generalizado después en los Estados democráticos. [Javier Pérez Royo 2007: 626 ss.].

¹⁶ Léase al respecto a García de Enterría [Eduardo García de Enterría 1994: 40 ss.].

La teoría de la división de poderes nace con el Estado Constitucional, como afirma el profesor Pérez Royo, porque es con esta forma política con la que se produce por primera vez en la historia la concentración y monopolización del poder político [Javier Pérez Royo 2007: 626]. En efecto, la definición de este principio supone tener presente que el poder político es uno y único en su naturaleza y carácter, con lo cual la referida división comporta el reparto constitucional de facultades, competencias y obligaciones entre órganos diferentes, que comparte el mismo concepto de autoridad y que guardan una debida independencia entre sí, no obstante, con una mutua colaboración y control entre ellos.

Este modelo, que ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de Derecho, juega un rol transcendental en la conformación de la idea de control jurisdiccional de la Administración, pues, entendido en su real concreción, como un sistema orgánico cuya fuente es la Constitución, significa una fórmula de garantía para la ciudadanía frente al Estado y consiguientemente al poder de éste. Ello es así, en primer lugar, por la necesidad de evitar la concentración del poder público, en atención al abuso y a la arbitrariedad que este podría generar. Y lo es también, porque al ser en sí misma una forma de contención del poder, un sistema de pesos, contrapesos, frenos y límites recíprocos, crea un equilibrio de poderes.¹⁷

De ahí la necesidad de abordar esta teoría, que toma en consideración la posición que cada uno de los poderes del Estado ocupa en relación con los otros. Ello, en la línea que interesa a esta investigación, implica la característica esencial del Poder Judicial, su independencia, como una función separada de la manera mas completa posible de las otras funciones del Estado, a fin de que ejerza autoridad para juzgar a la Administración por sus actuaciones. Este juicio se ejerce conforme a Derecho, lo cual sólo es posible si los órganos públicos que conforman la Administración están sometidos al ordenamiento

¹⁷ En este sentido se manifiesta López Guerra “desde un principio se hizo evidente que no era factible una separación de tipo extremo y radical, en el sentido de que cada poder, en el ejercicio de su función, fuera completamente independiente de los demás poderes: en último término, ello significaría que cada poder seria absoluto en su área, con lo que un poder no podría ‘frenar al otro’. Por ello, los diversos sistemas constitucionales han establecido fórmulas de control y colaboración entre los diversos poderes, de manera que el grado de separación entre ellos varía notablemente” [Luis López Guerra 1994: 73].

jurídico, si están limitados por derechos legítimos de los administrados, y por tanto, si son jurídicamente responsables.

b) Legitimación democrática del poder público y responsabilidad pública.

El Estado de Derecho tiene como característica esencial la democracia, al existir siempre un sustento popular que legitima el ejercicio del poder público y los actos de la autoridad. Este sustento se expresa en máximas –muchas veces simbólicas- como aquellas que manifiestan que la ley proviene de la “voluntad popular”, o que “la justicia se administra en nombre del pueblo”¹⁸.

Un régimen democrático es expresión de múltiples implicaciones. En lo que interesa a este estudio, cabe resaltar que la democracia no se manifiesta únicamente en las circunstancias de los procesos electorales o en el ejercicio de los derechos políticos, sino que implica mucho más, en concreto, el cómo y el para qué del ejercicio del poder. Así lo expresa Bidart Campos:

Cuando el poder en relación con los hombres se ejerce respetando la dignidad, libertad y derechos de la persona humana, tenemos la democracia como forma de estado, o sea, un modo de ejercer el poder que da forma y estructura al estado mismo, al régimen político en si mismo... El estado es democrático cuando su poder en relación con los hombres que forman su población se ejerce en forma respetuosa de aquella situación personal debida al hombre por imperio de la justicia [Germán Bidart Campos 2000: 257, 258].

De lo dicho se puede inferir que los principios democráticos incorporan, ineludiblemente, la posibilidad de controlar los actos del poder público, tanto a través de la participación ciudadana que aprueba o censura las actuaciones de los gobernantes y autoridades, como con el control judicial de los actos del poder público. Este aspecto es trascendental en un auténtico Estado de Derecho, donde la fiscalización de los actos producidos en ejercicio de las funciones públicas constituye el correctivo de la

¹⁸ Así en el Ecuador por ejemplo, los jueces deben usar la siguiente formula en las sentencias que expidieren: "*Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República*", artículo 138 del Código Orgánico de la Función Judicial.

arbitrariedad y el freno al abuso de la autoridad. El control de los actos del poder público sostiene, en definitiva, la democracia, pues ésta no se explica sin el imperio del Derecho, el respeto a la dignidad humana y la igualdad de todos frente a la ley.¹⁹

La responsabilidad del Estado es consecuencia necesaria de su sometimiento al Derecho y del deber de respetar los derechos de los administrados. Ésta se manifiesta en la posibilidad de una valoración jurídica de los resultados de la acción estatal, y toda vez que una persona sufre un daño o perjuicio en cualquiera de sus derechos, causado por dicha acción. Esta responsabilidad del Estado, además, dada la naturaleza misma del ente a la cual se aplica y la de su actividad, se sujeta a las normas y principios del Derecho público.

c) Reconocimiento de los derechos fundamentales.-

Uno de los fundamentos de la legitimidad del Estado de Derecho, desde el punto de vista de filosofía política de la democracia constitucional, es el respeto de los derechos fundamentales. Su existencia y la garantía de su vigencia comportan un límite al ejercicio del poder público, pues para hacer efectivos los derechos y libertades fundamentales del ser humano, el orden jurídico establece obligaciones a cargo del poder político.

En general se distinguen tres fases en la evolución del concepto de derechos fundamentales: la correspondiente a las revoluciones burguesas, la cual conforme a la filosofía liberal busca proteger la autonomía privada, con la figura de un Estado abstencionista; la derivada del pensamiento socialista que busca asegurar una igualdad efectiva entre los coasociados; y, finalmente, la que reconoce los modernos derechos de la solidaridad, aún en estructuración, los cuales buscan la protección de la humanidad, los que requieren para su efectividad una positiva prestación del Estado [Rodrigo Uprimmy 1992: 5 ss.].

¹⁹ Léase al respecto a Velázquez Baquerizo [Ernesto Velázquez Baquerizo 1995: 72, 73].

Los individuos pueden desarrollarse plenamente en sociedad y la obligación del Estado es abstenerse de invadir la esfera reservada a los particulares, para que estos tengan la suficiente libertad de actuar, responder a sus propios actos y contribuir a su proyecto de vida. De ahí que el Estado deba respetar y mantener la libertad de las personas para que estas puedan alcanzar los objetivos y fines lícitos que se han trazado. Ciertamente, dichos derechos tampoco son absolutos, deben acoplarse a la razón y al bien común por lo que el mismo poder del Estado, razonablemente ejercido, tiene la prerrogativa de regularlos y limitarlos. Desde comienzos del siglo pasado, los derechos, así como sus límites y garantías, se hallan incorporados al ordenamiento jurídico en la calidad suprema de norma constitucional. Ello busca, conforme lo expresa E. García de Enterría y T. Fernández,

(...) asegurar el papel central del ciudadano en el sistema político, con el triple y simultaneo objetivo de: 1. Respetar su esfera privativa de vida personal, incoercible por el poder público; 2. Erigirle en dominus de la cosa pública, sujeto y no objeto de la misma, mediante el reconocimiento de su determinante participación en la voluntad política del Estado y en las instancias publica y socialmente relevantes... 3. Organizar un sistema de prestaciones positivas del Estado en su favor que hagan permanentemente posibles su existencia, su libre desarrollo y el mantenimiento de su papel central en el sistema [E. García de Enterría y T. Fernández 1999: 58].

La conclusión práctica y la consecuencia necesaria de los postulados enunciados es la posibilidad de un control jurídico de la actividad administrativa, por lo que constituyen su presupuesto y fundamento. En efecto, la división de poderes implica una Función Judicial independiente, con autoridad para juzgar al gobernante por sus actos. Este enjuiciamiento se lo hace conforme a Derecho y en nombre del Derecho, lo cual sólo es posible si la autoridad está sometida al ordenamiento jurídico, si está limitada por unos derechos del administrado, y por tanto, si es jurídicamente responsable.

1.2.3. Finalidad e importancia del control jurisdiccional de la Administración pública en el Estado de Derecho.

El control jurisdiccional de la Administración, que en los casos español y ecuatoriano se realiza mediante el proceso contencioso administrativo, tiene por finalidad lograr que, de modo eficaz y efectivo, la Administración se someta al Derecho, al tiempo que busca la efectiva vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. La tutela de la legalidad y de los derechos de los administrados, inseparablemente, componen el aspecto teleológico del proceso contencioso administrativo, que constituye una garantía para el administrado íntimamente ligada al interés general.

El Derecho constituye para la Administración pública un elemento fundamental que delinea la racionalidad de su actuar, como se analizará en los dos próximos capítulos de esta investigación. Desde una perspectiva social, por tanto y como destaca Fernández, juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor:

(...) Juzgar a la Administración es, ciertamente una garantía, y una garantía esencial en un Estado de Derecho, que sin ella no podría siquiera merecer tal nombre, razón por la cual la Constitución no sólo la otorga a todos sin excepción alguna, ni personal, ni objetiva...sino que la asegura a ultranza en todo caso poniendo a su servicio, incluso el amparo constitucional. Pero juzgar a la Administración es también algo distinto y a más que eso: juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor, porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aún que éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana de ayer y de hoy [Tomás-Ramón Fernández 1994: 132].

Sin embargo, la importancia definida del control jurisdiccional de la acción estatal se enfrenta a una serie de problemas y debilidades que no son una cuestión demasiado novedosa, así lo afirma el administrativista Gordillo *“no obstante los esfuerzos dedicados a instituir y fortalecer los mecanismos tradicionales y más conocidos de control administrativo, existen numerosas causas por las cuales en general no*

responden plenamente a los objetivos para los cuales fueron concebidos” [Agustín Gordillo 1981: 11]. Algunas de estas causas se analizarán a continuación.

1.3. Crisis del Estado de Derecho.

1.3.1. Crisis del Estado de Derecho y del principio de legalidad.

La primera parte de esta investigación que ha tratado de proyectar los pilares sobre los que se ha construido el Estado de Derecho, muestra que al menos desde un enfoque conceptual, ésta noción está cargada de contenidos que en esencia consisten en la pretensión de que tanto los gobernantes como los gobernados deben ser regidos por el Derecho, y en consecuencia deben obedecerlo. Este segundo aspecto, es decir, el de la plena efectividad del Derecho, se convierte en una condición necesaria para promover el bien común, armonizar los diversos intereses de una comunidad pluralista y alcanzar una justicia material mínima.

Una cuestión que está presente en las reflexiones de varios autores entorno al tema de la efectividad del Estado de Derecho es la eventual distancia que puedan tener sus principios respecto de la realidad. Algunas, que no obstante se puede calificar como pesimistas, destacan la lamentable pero inequívoca comprobación de que en algunos países no se ha logrado consolidar un auténtico Estado de Derecho, situación que desde luego ha afectado negativamente al desempeño de esas democracias. Un ejemplo particularmente visible se presenta en el contexto de transición política de diversos países de América Latina en las últimas décadas, el que indica la existencia una separación endémica entre la teoría y la práctica democráticas, una divergencia permanente entre la norma y la realidad.

En este punto, conviene recordar la reflexión apuntada con relación al papel, crecimiento y complejidad de la Administración pública en la sociedad contemporánea,

que ha resultado en lo que algunos autores describen como un poder independiente²⁰, una organización que ha alcanzado una formidable concentración de poderes con serias dificultades en su sometimiento al Derecho.

Un enfoque hoy en día bastante extendido identifica la realidad descrita con la crisis de la propia capacidad reguladora del Derecho, conflicto que tendría su origen en la elevada complejidad de las sociedades modernas. El destacado pensador contemporáneo del Derecho, Ferrajoli, advierte sobre la crisis que experimenta el Derecho y la razón jurídica en la actualidad; conflicto que el jurista florentino metodológicamente identifica en tres aspectos que, dice, se manifiestan bajo muchas formas y en múltiples niveles, incluso en los países de democracias avanzadas [Luigi Ferrajoli 1999: 15-37].

En el primer aspecto, señala que es, ante todo, una crisis de la legalidad del carácter vinculante que dan a las normas quienes las producen y las aplican, expresada en la ausencia o la ineficacia de los controles de la actividad de los poderes públicos. En la variada fenomenología de la ilegalidad del poder describe situaciones como la corrupción de la política, la crisis de la Administración pública y la degradación del valor de las reglas del juego institucional y de los vínculos y límites que se imponen a los poderes públicos.

Esta crisis, en un segundo aspecto, se manifiesta en la falta de adecuación estructural del Estado de Derecho a las funciones del Estado social, inadecuación agravada a consecuencia de la crisis del Estado social. En este punto, uno de los aportes más interesantes de Ferrajoli, es su teoría de la validez del Derecho. El autor postula que para sostener la validez del Derecho no se requiere solamente de requisitos formales, sino que es preciso considerar como elemento de validez el contenido mismo de las normas en cuanto es coherente con los principios que informan el Estado social de derecho.

²⁰ Contrario a esta concepción Soriano García reflexiona: “¿Supone esta emergencia del poder de la Administración Pública su configuración como poder autónomo? Entendemos que no”. No corresponde dicha sustantivación de la referida organización del Estado frente al poder legitimado, ya que la Administración pública debe actuar siempre como poder sujeto a la Constitución, siendo siempre fiscalizable democráticamente [Eugenio Soriano García 1990: 154].

Finalmente, está un tercer aspecto ligado a la crisis del Estado nacional expresada en el cambio de los lugares de la soberanía, alteración del sistema de fuentes y por lo tanto debilitamiento del constitucionalismo nacional.²¹ *“En la época de la globalización, el futuro de cada país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, tomadas en sedes políticas supranacionales o por poderes económicos globales”* [Luigi Ferrajoli 2005: 110].

Esta triple manifestación de la crisis del principio de legalidad, pone en riesgo el fundamento del paradigma del Estado de Derecho de sujeción de los poderes públicos a la ley, que se traduce en lo que Ferrajoli expresa como *“la reproducción de formas neo-absolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos.”* [Luigi Ferrajoli 1999: 17].

1.3.2. Crisis del Estado de Derecho y de la sujeción de la Administración pública al Derecho.

La crisis de la legalidad en la esfera pública, que ha sido revelada por el aumento incontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos y su creciente ilegalidad obedece a múltiples razones, de ellas por ejemplo la transformación del sistema político surgida con el Estado social que trajo consigo la ampliación de sus funciones, de un lado, por el crecimiento del papel estatal de intervención en la economía y, por otro, de las nuevas prestaciones que demandan del Estado los derechos sociales constitucionalizados a la salud, educación, seguridad social, etc.

El amplio programa social auspiciado por la filosofía del Estado social, al no tener una previa elaboración institucional, ha comprometido la expansión masiva de las funciones estatales por elemental acumulación, sin la predisposición de garantías efectivas para los

²¹ El jurista italiano desarrolla este tema con mayor amplitud en su ponencia titulada “Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional” [Luigi Ferrajoli 2005: 109 ss.].

nuevos derechos y en ausencia de mecanismos eficaces de control político y administrativo.

Se hace evidente entonces la tensión constante, entre la legitimación de la Administración que radica en el reconocimiento del pluralismo político y la sumisión al Derecho, y la eficacia de los fines sociales del Estado, debido a la restricción de los derechos de los administrados. Esta crisis es también identificada por el administrativista español Parejo Alfonso [Luciano Parejo Alfonso 1983: 110-112], quien advierte que la legitimación de la Administración en este ámbito no se agota con las formas.

La debilidad del Estado de Derecho manifestada en la ausencia de la plena vigencia de los derechos fundamentales, las dificultades para que los individuos tengan un acceso expedito a la justicia con sus reclamos, la falta de órganos jurisdiccionales completamente capacitados para hacer frente a los nuevos retos que implica la evolución de la sociedad, y el cambio de régimen político, conforme señala la doctrina mayoritaria, ha resultado en una crisis estructural del Estado.

En efecto, las carencias en la elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales representan, no sólo un factor de ineffectividad del Derecho sino el terreno más fecundo para la corrupción y la arbitrariedad de la Administración pública. El desequilibrio entre los órganos públicos estatales y los administrados precisa reforzar la protección de estos últimos para que puedan defender sus derechos e intereses legítimos, y evitar su avasallamiento frente a la Administración pública. Entre los instrumentos tutelares los más importantes deben ser los de naturaleza jurídica, que se encuentran comprendidos en el ámbito de la justicia administrativa²².

²² El jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio señala que el concepto y contenido de la justicia administrativa, en sentido estricto, es más amplio que los instrumentos procesales, abarcando todos los organismos de jurisdicción de carácter administrativo establecidos para resolver las controversias que surgen entre los órganos administrativos y entre estos con los administrados, sea en la esfera del Ejecutivo o del Poder Judicial. [Héctor Fix-Zamudio 2007: 171 ss.].

Es, por ello, inevitable la implementación de un nuevo modelo jurídico en el que se desenvuelva el Derecho y particularmente el Derecho administrativo, a fin de consolidar una organización de la justicia administrativa de acuerdo con las nuevas orientaciones del régimen democrático con la recuperación de integridad jurisdiccional y de la fuerza racionalizadora de los tribunales de lo contencioso- administrativo como condición inexcusable de la efectividad de la tutela judicial a los administrados.

1.4. Tránsito al Estado constitucional de Derecho.

1.4.1. Del Estado de Derecho clásico al Estado constitucional de derecho.

El Estado de Derecho clásico, caracterizado por la rigidez del sistema jurídico legalmente producido y el criterio de rigurosidad en la aplicación, la explicación y el conocimiento del Derecho, se sostenía sobre el postulado formalista que por la época desarrollaba a la misma ciencia del Derecho, mantenido por el positivismo jurídico legalista.

La posición de dominio casi indiscutido de que gozaba el paradigma de legalidad, nutrido por la poderosa tradición de pensamiento positivista, después de la Segunda Guerra Mundial encontró una seria amenaza en una creciente y notable corriente de pensamiento que sugiere una nueva forma de mirar el Derecho²³. Este movimiento que ha influenciado incluso la comprensión filosófico política del Estado de Derecho, sugiere el tránsito del Estado legal, tradicionalmente ligado a una visión paleo-positivista,²⁴ hacia el Estado constitucional, produciendo un cambio de orientación, con el que el “imperio de la ley” cede paso al “imperio de la Constitución” subordinándose

²³ Un análisis amplio de este movimiento jurídico-teórico como reorientación de la reflexión iusfilosófica en dirección distinta al positivismo jurídico es expuesto por María Luisa Marín Castán en su ensayo “Constitucionalismo, justicia constitucional y crisis del positivismo jurídico” [María Luisa Marín Castán 2006: 379 ss.].

²⁴ Con esta expresión Ferrajoli indica que la concepción clásica positivista de validez de las normas en un ámbito estrictamente formal, resulta insuficiente para explicar la legalidad de los sistemas garantistas actuales. En la referida concepción cumplido el procedimiento formal de creación normativa la norma resultante es válida, dejando a un lado su dimensión material, es decir de coherencia del contenido de la norma con los contenidos axiológicos constitucionalmente consagrados.

la legalidad a la Constitución, de modo que las leyes mismas han de interpretarse de conformidad con ella.²⁵

Éste sería el rasgo característico del constitucionalismo contemporáneo, la supremacía de la Carta Fundamental. Así lo advierte García Figueroa: *“el papel que juega la Constitución en los actuales sistemas jurídicos ha llegado a condicionar intensamente el discurso filosófico-jurídico, hasta el punto de fundar una nueva teoría del Derecho aún por definir, cuyo presupuesto sería el «paradigma del constitucionalismo», el «paradigma del Estado constitucional de Derecho»*” [Alfonso García Figueroa 2005: 160].

Este proceso de evolución de las estructuras política y jurídica ha determinado lo que se conoce como la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, expresión que Guastini propone entender como *“un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales*” [Riccardo Guastini 2005: 49], transformación que se puede entender mejor si se relaciona con un fenómeno paralelo conocido como la materialización o sustantivación del Derecho público.

En efecto, en este periodo uno de sus cambios más significativos es el experimentado por el sistema jurídico público que al dar apertura a una dimensión material, reconoce un extenso contenido sustantivo compuesto por valores, principios de justicia y derechos fundamentales. Como resultado de esta apuesta, el Derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica que se manifiesta y realiza a través de la constitucionalización de los derechos fundamentales, reconociéndolos como fórmulas más operativas que actúan como límites y vínculos no sólo de la función ejecutiva en todas sus acciones públicas, sino también para ordenar las tareas del legislativo y la aplicación judicial que se realizarán a la luz de la Constitución.²⁶

²⁵ “(...) la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede el así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta”. [Gustavo Zagrebelsky 1997: 39, 40].

²⁶ Tesis ilustrada por Antonio Hernández Gil, citado por María Luisa Marín Castán: *“la Constitución, al determinar cuáles con los valores convierte en tema legislativo-constitucional el que, generalmente, sólo ha sido un tema filosófico-*

1.4.2. Proyección y rasgos característicos del Estado constitucional de Derecho.

El paradigma del Estado constitucional de Derecho que también suele recibir el nombre de *Neoconstitucionalismo*, aún cuando se trata de un neologismo que ha permitido radicalizar la argumentación en torno al primero, es un modelo aún no consolidado, una concepción del Derecho quizás aún *in statu nascendi*, como lo expresa el profesor Atienza²⁷. Sin embargo, el autor parece encontrar en las obras de sus defensores una serie de coincidencias y de tendencias comunes respecto del constitucionalismo que le permiten asegurar que “*desde el punto de vista político es claro Derecho de los Estados constitucionales*” [Manuel Atienza 2001: 309].

Con todo, lo incuestionable de éste nuevo paradigma, que surgió del tránsito del Estado legal al Estado constitucional de Derecho, es la transformación que ha implicado en el universo jurídico. Desde este enfoque se descubren algunos rasgos esenciales, que el jurista alemán Alexy, uno de sus máximos exponentes, en forma sintetizada señala: valor en vez de norma, omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del ordenamiento ordinario, ponderación en vez de interpretación del Derecho como tarea mecánica de subsunción y, finalmente, fortalecimiento de la Función Judicial cuya tarea se apoya en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático [Robert Alexy 1994: 160].

Las novedades que presenta el constitucionalismo en el espacio jurídico para Prieto Sanchís, se proyectan en dos aspectos fundamentales: una nueva manera de entender las fuentes del Derecho, que ha sustituido al monopolio casi absoluto de la ley; y, una forma distinta de administrar justicia como una tarea dirigida a la interpretación y

jurídico... todos los destinatarios de las normas —los poderes públicos y los ciudadanos— quedan sujetos a un ordenamiento que explicita los valores en que se funda e inspira. Comprensiblemente, la regulación constitucional ha de considerarse como una realización de valores... [que] actúan como puntos de partida para la comprensión de las normas constitucionales y su subsiguiente desarrollo, bien en el orden legislativo, bien en el orden de la aplicación judicial” [María Luisa Marín Castán 2006: 397].

²⁷ Señalando la diversidad de tendencias de las que provienen sus defensores y que profesan bases filosóficas “(...) bastante eclécticas (además de la filosofía analítica se puede detectar —y a veces en el mismo autor— la influencia de la filosofía hermenéutica o de la teoría del discurso habermasiana), como ocurre también con su posición de cara a la teoría del Derecho (de alguna forma, se trata de una combinación de —ciertos— aspectos del realismo, del positivismo y del *iusnaturalismo*)...” [Manuel Atienza 2001: 309].

aplicación del Derecho, por la que los jueces en su labor acuden a una serie de técnicas de argumentación jurídica que resultan ajenas a la tradición positivista, como el juicio de ponderación que ha desplazado a la sencilla subsunción. A lo que cabría añadir –dice el autor-, una tercera consecuencia y es que el constitucionalismo alienta una ciencia jurídica comprometida que pone en cuestión la separación entre Derecho y moral [Luis Prieto Sanchís 2005: 16 ss.].

Las últimas reflexiones de este capítulo se concentrarán, en particular, en la segunda de las consecuencias que ha resultado de las transformaciones del sistema jurídico en el paradigma constitucional. Su objetivo es repasar la creciente expansión del papel de los jueces en este nuevo modelo garantista, que trae consigo una nueva y más poderosa forma de legitimidad del Poder Judicial. Esta exploración servirá como base de nuestro análisis, más adelante, del papel de la justicia administrativa y las técnicas argumentativas que usan los tribunales de lo contencioso administrativo para provocar un eficiente mecanismo de control jurídico del poder público y su actividad.

1.4.3. La posición del juez dentro del Estado constitucional de Derecho.

De la multiplicidad de razones a las que se acude para explicar el protagonismo y fortalecimiento que ha alcanzado el Poder Judicial en los Estados constitucionales contemporáneos, en la composición argumentativa que ha dado orden a esta investigación, emergen dos circunstancias estructurales que conducen a explicar el referido fenómeno expansivo.

La primera está relacionada con el cambio en la estructura del sistema jurídico, producido en la segunda mitad del siglo XX con su evolución en las formas del Estado constitucional de Derecho. Junto a ésta, la segunda se vincula a la transformación del sistema político producida por el desarrollo del Estado social, el crecimiento exorbitante de la Administración pública y, en consecuencia, el intervencionismo estatal en la economía y en la sociedad contemporáneas.

El reconocimiento de los derechos fundamentales, el establecimiento de un conjunto de garantías que aseguren su plena eficacia, y el control judicial sobre la actuación de todos los poderes públicos, ha reforzado el papel que ejercen los órganos judiciales sometidos a la ley, y más que nada a la Constitución, a quienes se les ha encomendado una función esencial: ser garantes naturales de los derechos y libertades constitucionales.²⁸

Junto a esta redefinición esencial del rol de los jueces, el aspecto material, el estructural y el funcional del sistema jurídico constitucionalizado presenta, también, consecuencias importantes en la relación de fuerzas de los poderes del Estado, que resultan en una importante incursión del juez como un mecanismo de frenos y contrapesos, provocando así el progresivo desplazamiento del protagonismo que en esta tarea desempeñaba el legislativo hacia el judicial.

Esta nueva condición que señala al Poder Judicial como un actor cualificado para controlar la actuación del resto de poderes públicos y, en último término, para salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución y su estricto cumplimiento, se encuentra de cierta manera justificada, en razón de los rasgos que caracterizan la actividad jurisdiccional, esto es, independencia, responsabilidad, estricto sometimiento al Derecho. En este sentido, como afirma una buena parte de la doctrina, no sería desproporcionado asociar la labor judicial con la defensa de la democracia, de la división de poderes, de los derechos fundamentales del individuo y en especial de los más débiles de la sociedad.²⁹

No obstante, en este escenario se alzan voces que alertan sobre el riesgo de fenómenos como la politización de la justicia o la judicialización de la política y retorna el eterno

²⁸ García de Enterría destaca que en este escenario “*el juez se impone como el brazo armado natural (...) El Estado garantizador pasa a primer plano sobre el Estado gestor y planificador, asumiendo una función última de árbitro en el seno de un espacio policéntrico donde cada parte se ordena mediante una creación permanente de Derecho respecto al cual el juez es el instrumento natural. Todo esto «confiere al poder judicial una preeminencia que no había poseído jamás» Se desarrolla como un poder sobre los otros poderes*”. [Eduardo García de Enterría 2000: 130].

²⁹ Alain Touraine al efecto plantea que “*Si los principios democráticos no obraran como recurso contra estas desigualdades, serían hipócritas y carecerían de efecto. Y para que la ley desempeñe el papel que le reconoce Dworkin, es preciso que el recurso sea activamente utilizado por “los miembros más débiles”. Es necesario también que la mayoría reconozca los derechos y, en particular, que no imponga a una minoría defender sus intereses y expresar sus puntos de vista únicamente a través de los métodos que condenen a la mayoría o a los grupos más poderosos. La idea de democracia no puede separarse de los derechos, y por consiguiente no puede ser reducida al tema desgobierno de la mayoría*” [Alain Touraine 2001: 129, 130].

debate que cuestiona esta transferencia de poder hacia el judicial, al considerarla como una quiebra del principio democrático [Camino Vidal Fueyo 2005: 432]. Como lo advierte Vidal Fueyo

(...) por eso es muy importante el establecimiento de unos mecanismos que garanticen que el juez no asume una libertad de configuración política, de la que carece, y que controlen que su actuación se someta a un riguroso método jurídico... que impide que la actuación judicial sea arbitraria, o que cualquier interés del Estado, por importante que fuere, justifique la adopción de medidas limitadoras de derechos fundamentales constitucionalmente inadmisibles [Camino Vidal Fueyo 2005: 431].

Precisamente la centralidad dada a los derechos fundamentales en el Estado constitucional de Derecho que ha ampliado el ámbito de decisión de los jueces, al tiempo que ha puesto de manifiesto problemas en la labor judicial, relacionados con la interpretación jurídica que exige la generalidad y la abstracción en la que se encuentra el texto legislativo de la mayoría de preceptos constitucionales.

Para contrarrestar estas alarmas que se encienden en torno al empoderamiento del Poder Judicial, y a los nuevos retos a los que se enfrenta la actividad judicial, es preciso reforzar el planteamiento de la legitimación democrática de los órganos que lo integran. De entrada, este principio opera aquí de manera distinta respecto de los otros poderes políticos del Estado, haciéndose realidad bajo el enfoque del paradigma de la legalidad con el sometimiento estricto del órgano judicial a la ley.³⁰ Con el paradigma constitucional este principio ha experimentado una evolución que no ha hecho sino renovarlo y reforzarlo. En esta tarea renovadora se encuentra la propuesta de Ferrajoli, quien manifiesta que la legitimidad democrática del juez no es sólo de tipo formal, basada en la democracia política al estar vinculado por leyes formalmente válidas, sino que es principalmente, de tipo sustancial o material. El órgano judicial se sujeta a la ley cuando ésta es materialmente válida, es decir, coherente con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. *“Es en esta sujeción del juez a la constitución, y por tanto en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente*

³⁰ Se trata de una legitimación invisible o indirecta, ya que no se produce por conducto representativo, es decir por un proceso democrático de elección [Javier Pérez Royo 2007: 760 ss.].

establecidos, donde radica el principal fundamento moderno de la legitimidad de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial...” [Luigi Ferrajoli, 1999: 154].

En el esfuerzo por someter el poder al Derecho y en la defensa y protección judicial de los derechos y libertades, la profesora Vidal Fueyo coincide en enfatizar el poder de juezas y jueces en las tareas que impone la construcción del Estado constitucional. Sin embargo, señala que la consecución de estos objetivos resultaría estéril si al final la actuación judicial en la aplicación del Derecho fuera arbitraria, sin criterios objetivos. A la vez, advierte de lo paradójico de que *“todos los intentos por sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes desembocara en el gobierno de otros hombres (los órganos judiciales) que ni siquiera tienen la legitimación democrática que ostentan los miembros del Parlamento”* [Camino Vidal Fueyo 2005: 437].

Con la finalidad de remediar estos eventuales riesgos que surgen de los nuevos retos encomendados al Poder Judicial, Vidal Fueyo propone la utilización del método jurídico como una renovada fuente de legitimidad de la actuación judicial, entendiendo que *“no cabe duda de que la protección del valor jurídico de la Constitución tiene mucho que ver con la teoría jurídica de la interpretación, pues sólo si se utilizan métodos jurídicos para analizar contenidos objetivos que van a ser aplicados con criterios también objetivos, podrá hablarse propiamente de un orden jurídico constitucional”* [Camino Vidal Fueyo 2005: 436].

En torno al tema tradicional de la metodología jurídica de interpretación y aplicación del Derecho se encuentra el debate de cómo y con qué elementos puede y debe razonar el juez para hallar y fundamentar adecuadamente sus decisiones, atento el hecho de que la razonabilidad en la motivación de las actuaciones de los distintos órganos de poder contribuye a la búsqueda de la legitimidad democrática del Estado. En el siguiente capítulo justamente analizaremos la apuesta del constitucionalismo actual frente a los retos que plantea la actividad judicial en el Estado democrático.

CAPÍTULO II:
Análisis del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación
dentro de la argumentación jurídica

¿Cuál es la apuesta del constitucionalismo actual frente a la dimensión axiológica de la norma?

2.1. Aproximación General.

2.1.1 Retos que plantea la actividad judicial en el Estado democrático con la aprehensión de nuevas teorías.

El Constitucionalismo ha trastocado las fuentes del proceso y del Derecho. A la actividad de los jueces en ejercicio de la subsunción de normas inferiores en normas superiores se superpone ahora una nueva función judicial ligada a la ponderación de principios y valores. Se impone al operador jurídico interpretar la ley conforme a los valores, principios y preceptivas constitucionales.

Con la doctrina de la división de poderes, ideología dominante en la filosofía del Derecho y la política europea durante el siglo XIX, se consideraba que la tarea del legislador, quien ostenta la potestad de configuración normativa, era formular un ordenamiento jurídico completo, coherente e inequívoco, capaz por tanto de facilitar la labor del juez que al aplicar sus normas. El papel de los jueces no parecía plantear problemas para la doctrina decimonónica que consideraba su tarea como una actividad mecánica y autómata. El razonamiento judicial se valía exclusivamente de medios lógico-deductivos [María Luisa Marín Castán 2006: 397], excluyendo cualquier valoración ajena al texto legal. El postulado formalista relativo a la sumisión del intérprete a la letra de la ley perfilaba al órgano judicial como la figura que describía Montesquieu en aquella frase de que el Juez es la boca muda que pronuncia las palabras de la ley.

No obstante, como afirma Luis Prieto Sanchís, esta idea no pudo mantenerse por demasiado tiempo. Pronto los problemas que plantea la aplicación de las normas por los tribunales, comprobaron que el Derecho no era un sistema cerrado, coherente y completo, que la experiencia social compleja y llena de elementos cambiantes es muy superior a la imaginación del legislador, y que, por tanto, se planteaban conflictos sociales no previstos en las normas [Luis Prieto Sanchís 1997: 361, 362]. Se modificaron así, las ideas acerca de las tareas del legislador y del juez.

La actividad judicial halla toda una serie de problemas derivados no solo de la imprecisión y ambigüedad propias del lenguaje natural en que está formulado el Derecho (interpretación y atribución de significado), sino de otros problemas que se refieren a la determinación del derecho aplicable (aplicación del derecho). Si a esto sumamos la centralidad dada a los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho, la labor de interpretación y aplicación del Derecho se ha convertido en un problema esencial al que el pensamiento jurídico debe dar respuesta, en el afán de controlar su discrecionalidad.

La evolución ideológica, social y económica de la sociedad contemporánea transformó la ciencia jurídica, lo que se ve reflejado, en lo que interesa a este trabajo, en los retos que plantea la actividad judicial en el Estado democrático, con la aprehensión de nuevas teorías, tanto interpretativas como argumentativas. Ahí se origina la teoría del razonamiento o de la argumentación jurídica, que para Prieto Sanchís persigue un doble objeto: analizar o describir cómo actúan efectivamente los juristas y, complementariamente, proponer modelos de razonamiento que hagan más seguro, previsible y aceptable sus fallos [Luis Prieto Sanchís 1997: 362 ss.].

2.1.2. La Teoría de la argumentación jurídica.

El requerimiento de razonabilidad en la motivación de las actuaciones de los distintos órganos de poder es una forma ineludible de búsqueda de la legitimidad democrática en

la sociedad, y el Derecho precisamente es uno de los instrumentos de racionalización del poder.

Respecto del poder judicial, el análisis conceptual de la argumentación permite entender cómo actúan los jueces cuando deciden. Su incidencia para la legitimidad de la labor jurisdiccional es, como se puede entender, importante. En la medida en que el poder judicial y el control de constitucionalidad se manifiesten como elementos fundamentales de los actuales Estados constitucionales, la teoría de la argumentación jurídica representará un elemento clave para su comprensión y legitimación. Dicha teoría sostiene que lo que es importante en su construcción teórica acaba siéndolo también para la práctica. Cobra aquí importancia una teoría de argumentación jurídica descriptiva que señale qué tipo de actividad decisional se juzga como válida o no dentro de un Estado constitucional de Derecho [Alfonso García Figueroa 2005: 160 ss.].

De lo expuesto queda claro que la argumentación jurídica desempeña un rol central en la justificación de las decisiones jurídicas, de ahí que en los teóricos del Derecho haya aumentado el interés por aceptarla y desarrollar modelos en contextos específicos. Se parte de una premisa clara: no hay una teoría acabada y definitiva de la argumentación jurídica, tanto más cuando se trata de una actividad socialmente comprometida, en términos de Atienza [Manuel Atienza 1998: 37 ss.].

Se suelen citar dos obras contemporáneas, publicadas en 1978, capitales para la teoría de la argumentación jurídica continental y angloamericana, respectivamente. Se trata de la *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy y de la *Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MacCormick. Ambas han superado ya todo un cuerpo de teorías previas surgidas a partir de los años cincuenta³¹ y han influido poderosamente sobre los trabajos posteriores de autores como Aulio Aarnio, Alexander Peczenik o Manuel

³¹ Los modelos de teorías de la argumentación surgen nacen con los esfuerzos académicos de autores como Toulmin, para quien el criterio lógico de la validez formal no es adecuado para la evaluación de argumentos, [Stephen Toulmin 1958: 1-251]; Ch. Perelmann y L. Olbrechts-Tyteca, sobre el pensamiento, el retórico [Chaim Perelmann y, Lucie Olbrechts-Tyteca 1958: 1-566]; y, Jürgen Habermas y sus ideas sobre la racionalidad comunicativa que incidirían en el análisis de la argumentación jurídica. [Jürgen Habermas 1992: 1-696], reglas del discurso elaboradas luego por el jurista Robert Alexy.

Atienza, por citar sólo algunos nombres de quienes han realizado aportes originales de la teoría sobre las justificaciones de las decisiones judiciales³².

Estas teorías han puesto de manifiesto insistentemente la vieja disputa entre el iusnaturalismo y el positivismo, pues muchos de los modelos propuestos derivan en definitiva hacia uno u otro de esos extremos. MacCormick (tradición inglesa) realiza su elaboración teórica al hilo de la experiencia, en tanto que Alexy lo hace desde el punto de vista normativo. Ambos se alejan de la visión ingenua del Derecho en la que todos los problemas tienen una solución única posible, así como de aquella, como la del realismo americano³³, según la cual la decisión judicial es totalmente arbitraria.

La teoría de la argumentación, de interés en esta elaboración investigativa, intenta situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos, pero también reconoce las limitaciones que este análisis presenta en el mundo del Derecho. En todo caso, parece incuestionable que la justificación de las decisiones jurídicas, su racionalidad, representa una pieza clave de todo discurso práctico [A. García Figueroa y M. Gascón 2003: 43-88] y que la teoría de argumentación jurídica representa a su vez una pieza clave en la teoría del Estado y la teoría del Derecho. Baste pensar en el riesgo que genera para cualquier Estado de Derecho la ausencia o la insuficiencia de la justificación de las decisiones jurídicas [Alfonso García Figueroa 2005: 160 ss.] (en el siguiente capítulo se hará palpable este riesgo). Por eso Atienza, ante la pregunta ¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial? responde, “*lo que puede hacer [la teoría del Derecho] es contribuir a aclarar las cosas [los conceptos] y a sugerir también cursos de acción*” [Manuel Atienza Rodríguez 1995: 160 ss.].

Tratándose de una aproximación general, interesa aquí la reflexión de Manuel Atienza, en razón del esfuerzo teórico que realiza para articular las diversas tradiciones, modelos

³² Una visión de conjunto de todas estas teorías puede verse en la obra de Atienza [Manuel Atienza 1991: 1-268].

³³ Llewellyn, Karl N. (1994). Una teoría del derecho realista: el siguiente paso. En El ámbito de lo jurídico, lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo, (Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan Comp.), (pp. 244-302), Barcelona: Editorial Crítica.

y concepciones de la argumentación hacia la fundamentación de las decisiones jurídicas. Este autor comprende la argumentación como un modelo articulado de tres concepciones: la concepción formal o lógica, la concepción material y la concepción pragmática o dialéctica. En la primera concepción (casos fáciles), ante premisas irrefutables o plenamente validadas, lo que procede es el juicio lógico de subsunción. En la concepción material, la inferencia de unas proposiciones a otras, el juicio lógico, da paso al descubrimiento y examen de las premisas o enunciados materiales, como una justificación interna que apoya la resolución del caso (el *ars inveniendi* de Viehweg³⁴). Y en la tercera concepción, lo que resultará trascendente no son los juicios lógicos o materiales sino la búsqueda de un consenso: la argumentación como un tipo de interacción lingüística [Manuel Atienza Rodríguez 1998: 41-44]. Así, no sólo que se puede apreciar el aporte del modelo lógico en los casos fáciles, sino que además se valora su aporte como ejercicio intelectual en la construcción de premisas, y su atención a la importancia de la argumentación como discurso.

El análisis de Atienza deja claro que no en todas las situaciones el significado y la pertinencia de una norma jurídica es unívoca (la regla se puede aplicar sin una interpretación adicional en los casos fáciles), sino que en ciertas situaciones (casos constitucionales controvertidos) se necesita esa interpretación adicional de la norma para el caso concreto. La teoría de los casos difíciles, cuando los hechos y las normas relevantes permiten más de una alternativa razonable de solución, es la que lleva la discusión al terreno de la teoría de la ponderación jurídica, resultando del todo evidente concluir en este acápite con una reflexión del debate de Hart y Dworkin en torno a la discusión de la colisión de principios y la discrecionalidad judicial.

Muchas veces se ha perdido de vista que la esencia de la discusión sobre el análisis de proporcionalidad y la aplicación del criterio de ponderación descansa en la filosofía política. ¿Qué es el Derecho? es el interrogante central. De ahí que un breve repaso del debate entre el inglés Herbert Lionel Adolphus Hart y su crítico el norteamericano

³⁴ Atienza, para explicar esta concepción material de la argumentación, recurre a la discusión de la *tópica* de Viehweg [Theodor Viehweg 1964: 49 ss.], como un *ars inveniendi* frente al *ars iudicandi*: argumentos materiales o enunciados de contenido que ofrecen un apoyo para la resolución de un problema práctico que no puede ser eludido [Manuel Atienza Rodríguez 1998: 42, 43].

Ronald Dworkin sea de suma necesidad, tanto más cuanto que los desarrollos de Alexy, MacCormick, Atienza, Rawls o Habermas pueden ser contextualizados y comprendidos con mayor claridad cuando se analizan a la luz de la discusión entre estas dos líneas de pensamiento.

Para Hart la discreción judicial es la posibilidad de elegir entre diferentes interpretaciones válidas cuando no existe una respuesta jurídica correcta (casos difíciles). Ante más de una interpretación razonable, el órgano judicial no aplica el derecho, porque las reglas no le indican una u otra dirección o le indican las dos, creando una regla para el caso en concreto. Sus decisiones, con todo, no son de conveniencia social, sino que, basándose en argumentos de principio, son de consistencia jurídica y moral.

Dworkin refuta a Hart que los principios funcionen de una manera diferente a las reglas, los principios son igualmente obligatorios en tanto deben ser tenidos en cuenta por cualquier juez o interprete en los casos en que son pertinentes. Los jueces en los casos difíciles, no tienen discrecionalidad para crear derecho. Antes bien, tienen que aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico, aún cuando ello requiera realizar una ponderación respecto de principios que gocen de igual jerarquía, porque aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y el juez deberá reconocerlos en sentencia [César Rodríguez 1997: 66-88].

Para Dworkin se entiende que estamos en un caso difícil *“cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna institución; el juez -de acuerdo con esta teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido”* [Ronald Dworkin 2009: 146]. De esta manera, cuando ninguna norma categórica previa resuelva un caso, este autor entiende que es muy posible que, a pesar de ello, una de las partes tenga derecho a ganarlo (la argumentación precedente implica además que no cabe ponderación entre reglas y principios), distanciándose en este momento de Hart, pues el juez para respetar ese derecho, en términos de Dworkin, no realiza una labor constitutiva legislativa.

Para Alexy la distinción entre reglas y principios es una distinción entre clases de normas en función de su respectiva estructura interna. Los principios se diferencian de las reglas en que estos “*son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas*” [Robert Alexy 1988: 143], son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados en función de las situaciones fácticas y de las posibilidades jurídicas. A diferencia de ellos, las reglas solo pueden ser cumplidas o incumplidas, por ser normas que exigen un cumplimiento pleno –es obligatorio hacer lo que se ordena, ni más ni menos. Así, si los principios aspiran a ser aplicados al mayor número posible de casos, aún por definir, las reglas encierran en su enunciado todas las situaciones a las que aspiran a aplicarse. La consecuencia práctica de este argumento, tanto para este autor como para Dworkin, es que si una regla es aplicable en un caso concreto y no permite una excepción, se aplica sin más y constituye una razón definitiva; si de dicha aplicación resulta un derecho, este será un derecho definitivo, en aplicación además, del principio de configuración legislativa. En el supuesto de los llamados casos difíciles, por el contrario, estos pueden entenderse desde Alexy como casos en los que se necesita ponderar principios en colisión, encontrándose estos casos por fuera de las relaciones internas del silogismo.

Concluyendo, si el órgano judicial no tiene discrecionalidad para crear derecho en presencia de casos difíciles, a la hora de interpretar la norma constitucional, ante la inexistencia de reglas aplicables al caso concreto y no contando con la legitimidad que le otorga la representación popular al legislador, tiene, como único respaldo, su argumentación de la mejor solución (la mejor interpretación constitucional) entre todas las posibles, descansando su legitimidad en el propio Derecho.

2.2. El principio de configuración legislativa.

Siguiendo el argumento del párrafo previo al presente acápite, nos preguntamos si tiene fundamento la preocupación de Aragón Reyes sobre los efectos que acarrearía el

convertir el “gobierno de la Constitución” en el “gobierno de los jueces”, tratándose de *“un poder del Estado no estrictamente representativo el encargado de concretar el status civitatis”*, tanto más que *“serían los jueces, y no la mayoría política, los que desarrollarían los derechos fundamentales”* [Manuel Aragón Reyes 1998: 157]. Nos inclinamos a pensar que no hay una real distorsión del pluralismo político, en tanto la argumentación de la mejor solución a través de la interpretación constitucional que realiza el órgano judicial, le otorga una legitimidad que no quiebra el principio democrático.

Al respecto la profesora Vidal Fueyo diría que en esta operación, el órgano judicial está interpretando sistemáticamente la Constitución y no está actuando como legislador, sino que su labor descansa finalmente en el principio de unidad de la Constitución, a la que juezas y jueces se encuentran irreductiblemente vinculados. Afirmar que la justicia ordinaria, en los casos difíciles, tiene la facultad de “descubrir”, sobre la base de dicha interpretación, los límites inmanentes de los derechos fundamentales, no presume otorgarle una función reguladora de éstos, pues sería inaceptable una política de derechos fundamentales del Poder Judicial.

Por eso es muy importante el establecimiento de unos mecanismos que garanticen que el juez no asume una libertad de configuración política, de la que carece, y que controlen que su actuación se somete a un riguroso método jurídico. De entre éstos destaca, insisto, el sometimiento al principio de proporcionalidad que impide que la actuación judicial sea arbitraria, o que cualquier interés del Estado, por importante que fuere, justifique la adopción de medidas limitadoras de derechos fundamentales constitucionalmente inadmisibles [Camino Vidal Fueyo 2005: 431].

Tampoco la actuación del órgano de control constitucional, en ejercicio de dicha potestad, supone otorgarle a aquel una función libre creadora del Derecho, con el riesgo que aquella conlleva y que ya se ha proyectado, si este control es jurisdiccional, esto es, en términos de Aragón Reyes, si la Constitución (normas, principios y valores) es un parámetro objetivado; *“y sólo será un parámetro objetivado si existen criterios objetivos de interpretación”* [Manuel Aragón Reyes 1986: 106]. Como vemos, la única

garantía de su actuación, reposa también en su propia argumentación, descansando igualmente su legitimidad en el propio Derecho.

Queda del todo evidente, la necesidad de una teoría interpretativa clara, universal y de constante aplicación, fuera de la cual, ni el administrado ni la Administración pública podrán calcular con una razonable probabilidad de certidumbre cuál será la decisión del juez, con la incertidumbre objetiva que con esto se genera³⁵. Además, *“el carácter normativo de la Constitución implica la necesidad de que su interpretación se acomode a reglas válidas para la interpretación de cualquier norma jurídica”* [Francisco Rubio Llorente 1984: XXV].

La Constitución es el referente ineludible y fundamento último de la actuación de los poderes constituidos, por lo que toda actuación debe condicionarse a la vigencia del Estado constitucional. En consecuencia, cualquier ponderación de principios de igual jerarquía, o cualquier control de proporcionalidad de decisiones judiciales, deben ceñirse a la autonomía de la libertad de configuración entregada por la Constitución al legislador, porque éste mismo es uno de los principios constitucionales básicos que no puede ser nulificado en su esencia por órgano judicial alguno, si no es alejándose abiertamente, en su decisión, del Derecho.

De lo expuesto, queda claro que no pueden concebirse decisiones jurídicas, por más meritorias que sean, como excepciones a la propia institución superior, uno de cuyos principios es el de libertad de configuración del legislador, no sólo admisible sino justificable en un sistema democrático. Ello, no obstante, no debe entenderse como una carta blanca al legislador para que actúe a su antojo; antes bien, debe interpretarse de conformidad con el principio de jerarquía normativa y supremacía constitucional, que exige llevar a cabo de forma efectiva el programa constitucional. El principio de libertad de configuración, en definitiva, también encuentra unos límites mínimos: (i) debe interpretarse de conformidad al principio de jerarquía normativa y supremacía de la Constitución; y, (ii) exige llevar a cabo de forma efectiva el programa constitucional.

³⁵ Léase al respecto el desarrollo teórico realizado a partir de los estudios de Peter Häberle sobre la fuerza del enunciado de la legitimidad desde el punto de vista de la teoría interpretativa [Peter Häberle 2008: 29 ss.].

Como consecuencia de las consideraciones precedentes, el análisis del principio de proporcionalidad o la aplicación de la Constitución mediante la ponderación adquiere mayor relevancia y reviste de mayor interés por las consideraciones. Si asumimos, además, que estas nociones están ligadas a lo razonable y lo justo, nos encontramos ante métodos de interpretación jurídica (en realidad mucho más que simples reglas de interpretación) que buscan garantizar no sólo la legitimidad sino la legitimación de la actividad del juez.

2.3. Ponderación y proporcionalidad.

Conforme se ha expuesto a lo largo del último acápite, así como la legitimidad del Parlamento descansa en la voluntad de sus electores, la legitimidad de las decisiones judiciales descansa en el propio Derecho; y, esta legitimidad a su vez se apoya, entre otros principios, en el principio de proporcionalidad y en la ponderación como forma de argumentación, nociones fundamentales que avalan la constitucionalidad de la actividad del juez.

Es de advertir desde el inicio de este análisis, que las aproximaciones a la ponderación y al principio de proporcionalidad, así como a la relación entre ambos, no es un asunto acabado y aséptico; muy al contrario, las limitaciones del análisis doctrinal de estos fenómenos ha provocado supuestos que en no muy pocas ocasiones son contradictorios y alejados unos de otros.

Arroyo Jiménez pone de manifiesto estos problemas respecto de las relaciones entre la ponderación y el principio de proporcionalidad:

Por un lado, no es infrecuente que se presenten como procedimientos alternativos, a los que en ocasiones se les asignan orígenes diversos y funciones características en el marco del análisis comparado. Por otro lado, sin embargo, también suelen presentarse como denominaciones concurrentes de un mismo método, cuando no se afirma que uno de ellos forma parte del otro. Así, mientras que algunos autores sostienen que el juicio de ponderación consiste en una

sucesión de estadios entre los que se encuentran los diversos elementos que integran el principio de proporcionalidad, también es habitual afirmar que el control de proporcionalidad culmina con el test de la proporcionalidad en sentido estricto, en el marco del cual se realizaría propiamente la ponderación. Es probable que esta obscuridad esté asociada al hecho de que, aunque en algunas jurisdicciones hayan adquirido una cierta estabilidad, ambas técnicas se encuentran en permanente evolución, tanto por lo que atañe a su contenido y funciones, como por lo que se refiere a su ámbito de aplicación [Luis Arroyo Jiménez 2009: 32].

Por lo demás, podrán aparecer discutidas por su uso incorrecto, su abuso como métodos de interpretación jurídica o por las incómodas consecuencias que arrastran en su aplicación, en relación a otros principios, valores, intereses o reglas jurídicas. El análisis del siguiente capítulo pondrá de manifiesto precisamente estas críticas como certeras en el ámbito ecuatoriano, antes que las de conceptualización textualmente referidas en el párrafo anterior.

No obstante lo anterior, la ponderación, como técnica jurídica, o la proporcionalidad, como principio general del Derecho (y principio constitucional además), no plantean discusión alguna respecto de su necesaria aplicación, tras su correcta configuración, para el operador jurídico. Ambas lo son tanto para la interpretación constitucional, respecto de la cual la ponderación, como forma de argumentación, construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión a fin de establecer cuál debe preceder en el caso concreto (como ya anticipaba Dworkin), cuanto para la regulación de todos los ámbitos de actuación de la Administración pública, donde el principio de proporcionalidad disciplina sus actuaciones hacia la consecución de sus fines.

Previo el análisis de estos fenómenos en los acápites que siguen y en la línea de la discusión planteada, se partirá, no obstante, de dar por supuestas las siguientes premisas: (i) ponderación y proporcionalidad no son instituciones homogéneas; y, (ii) ponderación y proporcionalidad entran en juego en contextos diferentes [Luis Arroyo Jiménez 2009: 33 ss.]. Estos supuestos aparecen ya evidentes de la lectura de esta investigación, pudiendo afirmar en este momento, que la proporcionalidad

ordinariamente se manifiesta cuando una interpretación constitucional, vía ponderación, ya ha sido efectuada, con la advertencia contenida al final del párrafo anterior.

2.3.1. La ponderación.

Se expondrán a continuación algunas aproximaciones doctrinales respecto de esta técnica de interpretación constitucional que permiten una adecuada aprehensión de la ponderación como técnica de interpretación constitucional (y como poder decisorio) a cargo no solo del órgano o judicial o de los órganos de la Administración pública, sino incluso del legislador, cuando este juicio se expresa en forma normativa.

Una primera definición, dentro de la tesis del *Neoconstitucionalismo*³⁶ y la defensa simultánea de la Constitución y de su interpretación, la aporta Bernal Pulido: “*La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto*” [Carlos Bernal Pulido 2007: 290].

Guastini, por su parte describe esta jerarquía móvil, de cierto axiológica, como:

(...) una relación de valor creada (no por el Derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes, sino) por el juez constitucional mediante un juicio de valor comparativo, o sea, un enunciado que tiene la forma lógica: «El principio P1 tiene más valor que el principio P2». Instituir una jerarquía axiológica se traduce en otorgarle a uno de los dos principios en conflicto un «peso», una importancia ético-política mayor respecto del otro [Ricardo Guastini 2010: 225 ss.].

Se trata de una jerarquía móvil en tanto implica “*una relación de valor inestable, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría invertirse –y que con frecuencia se invierte- en un caso concreto*”

³⁶ El *Neoconstitucionalismo* es una corriente de pensamiento de especial cuidado, que trata de referirse tanto al constitucionalismo europeo contemporáneo o de posguerra cuanto a ideas no estandarizada de autores de varias tendencias a veces disímiles pero referidas a los derechos fundamentales como principios que se aplican judicialmente mediante la ponderación.

diferente” [Ricardo Guastini 2010: 89]. Este autor ratifica luego este carácter móvil desarrollando las consecuencias jurídicas y obvias de esta interpretación constitucional: el órgano judicial no determina el peso de los dos principios en conflicto de manera abstracta, ni instituye entre aquellos una jerarquía fija o permanente, sino que se limita a valorar lo “justo” de las derivaciones de la aplicación de uno de los principios en el caso concreto. Ni siquiera aplica el criterio *lex specialis*, resolviendo que uno de los dos principios sea la excepción del otro en todas las circunstancias, rompiendo con las tesis legalistas, que pretendían resolver las confrontaciones entre reglas apelando a criterios como el de jerarquía, el de especialidad, o el de temporalidad.

En efecto, los conflictos entre reglas, difieren de los conflictos entre valores o principios, justamente porque demandan de otro tipo de estrategias argumentativas. Además, en el caso de la ponderación, como queda expuesto, el conflicto no se resuelve definitivamente, pues la solución de la controversia particular no es razonablemente previsible como solución para controversias futuras.

Una segunda definición de ponderación la recoge Luis Ortega [Luis Ortega 2009: 10] recurriendo a Rodríguez de Santiago, al conflictuar el poder parcial y relativo de los poderes constituidos que está además sometido, para su legítima operatividad, al propio control de constitucionalidad, que se ejerce a través del órgano competente a demanda del resto de los poderes constituidos: La ponderación puede ser definida como “*la forma de decidir de un órgano público, prestando atención simultánea a dos o más principios, bienes, intereses, derechos o valores contrapuestos*” [José María Rodríguez de Santiago 2000: 9], dejando latente la posibilidad de que tanto el aplicador inicial de la norma, como el órgano encargado de dilucidar los conflictos jurídicos, se encuentren en determinadas ocasiones con la misma dificultad al momento de articular el correcto orden interno de su interpretación del caso concreto puesto a su decisión.

Una tercera aproximación tipológica de la ponderación, como método jurídico, la realiza Respecto Velasco Caballero, quien identifica tres notas estructuralmente presentes en las distintas expresiones de aquella:

a) Ponderar es, en todo caso, una forma de ejercicio de poder decisorio, poder creado por una norma jurídica. Ese poder puede expresarse en forma normativa (como cuando una Ley pondera dos derechos fundamentales en concurrencia) o en forma resolutoria (en la decisión de casos concretos por el juez o la Administración). Pero, en todo caso, quien pondera decide.

b) En segundo lugar, las decisiones ponderativas se presentan allí donde el ordenamiento jurídico no ha fijado un verdadero criterio de decisión, sino, más bien, una pluralidad de criterios (mediante normas finalistas o de principios) con los que adoptar decisiones en cada materia o caso concreto.

c) Por último, también es una característica del «tipo» metodológico de la ponderación la existencia de un juicio coste-beneficio a la hora de dar mayor o menor relevancia a cada uno de los criterios o principios normativos concurrentes. Se trata de un juicio prospectivo sobre el grado de cumplimiento relativo que alcanza un principio (por ejemplo, el acceso de todos a la vivienda) mediante el sacrificio parcial de otro principio (como la protección del medio ambiente) [Francisco Velasco Caballero 2009: 140].

Se incluye finalmente en este acápite, una cuarta aproximación de García Amado³⁷, según la cual se debe excluir la ponderación de la aplicación de los derechos fundamentales, motivado en dos premisas: (i) que la ponderación es irracional y (ii) que las decisiones en las que se aplican los derechos fundamentales se fundamentan mejor mediante un esquema subsuntivo e interpretativo [Juan Antonio García Amado 2006: 119 ss.]. No es posible adscribirse a este criterio en razón de la larga trayectoria que en América Latina ha realizado la Corporación colombiana, justamente aplicando la ponderación en la discusión de derechos fundamentales³⁸.

Concluyendo, podemos decir que, ciertamente, la ponderación tiene una dimensión creativa, (que la hemos analizado en este capítulo desde la filosofía política a partir de Dworkin y la discrecionalidad judicial), que convierte al juicio de ponderación en un método decisorio en contextos presididos por la colisión de principios. Nos encontramos ante un discurso jurídico que es también poder decisorio del órgano

³⁷ Enunciada por Bernal Pulido [Carlos Bernal Pulido, 2006: 53].

³⁸ Basta revisar la aplicación de la ponderación en los contenidos de las Sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-349/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); T-523/97 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); SU-510/98 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-254/94 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-667A/98 (M. P. Antonio Barrera Carbonell); T-496/96 (M. P. Carlos Gaviria Díaz); T-428/92 (M. P. Ciro Angarita Barón), entre otras.

judicial o del órgano de la Administración pública, en tanto la naturaleza de la ponderación no es propiamente interpretativa sino valorativa: “*emite un juicio de valor comparativo cuyo resultado es la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión*” [Luis Arroyo Jiménez 2009: 25].

2.3.2. El principio de proporcionalidad.

Pocos conceptos jurídicos han experimentando un auge tan importante como el de la proporcionalidad. La mayoría de autores, al referirse a su alcance y contenido, coinciden en que este principio, que cuenta con una elaboración jurisprudencial y doctrinal más que centenaria, se afirmó paulatinamente en el Derecho penal de la Ilustración y luego en el Derecho policial alemán como paso previo a una expansiva generalización en el ámbito del Derecho administrativo, coincidiendo, en términos de González Beilfuss [Markus González Beilfuss 2003: 18], con la consolidación del sistema europeo de control de constitucionalidad después de la Segunda Guerra Mundial.

Las elaboraciones teóricas en torno a la proporcionalidad han estado siempre vinculadas a la idea de un ejercicio moderado del poder por parte del Estado, por eso se ha asociado el surgimiento del principio de proporcionalidad como concepto del Derecho público europeo al contractualismo iusnaturalista de la Ilustración, de cuyo mito fundacional del Estado se desprenden dos presupuestos filosófico políticos de este principio: (i) el disfrute de la libertad supone la situación normal; y, (ii) la intervención estatal como una circunstancia excepcional [Georg Jellinek 2000: 205].

Comprendemos entonces el por qué en su acepción general la *Übermassverbot* (prohibición de exceso) constituye un principio constitucional

(...) en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles -ley del mínimo intervencionismo-) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o

equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal -en cualesquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)- debe ser útil, necesaria y proporcionada [Javier Barnes 1994: 500].

La proporcionalidad es, según lo expuesto, un principio inherente al Estado de Derecho, pues limita las actuaciones de los poderes públicos respecto de la ciudadanía, desde el punto de vista de la razonabilidad, y deberá observarse siempre que puedan verse afectados los derechos y libertades fundamentales. Algunos textos positivos nacionales la han recogido recientemente de forma expresa. En el caso ecuatoriano, aparece incorporada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁹, en la que, como métodos y reglas de interpretación constitucional, constan recogidos en el Art. 3, conjuntamente con el principio de ponderación:

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.- Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

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

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no

³⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento del Registro Oficial número 52 de 22 de octubre de 2009. El objeto y finalidad de esta ley es regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el ordenamiento jurídico nacional ecuatoriano conservaba el principio *Übermassverbot*, como texto positivo, en su acepción común, como “prohibición de excesos”, vinculada al ámbito penal. En el ámbito ecuatoriano la disposición fundamental contenida en sus textos constitucionales históricamente contiene actualmente el siguiente texto:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ...6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

No obstante aquello, al igual que en buena parte de esta región, el proceso de aplicación jurisprudencial en el caso ecuatoriano ha desarrollado este principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser útil, necesaria y proporcionada: (i) el medio ha de ser idóneo en relación con el fin (la medida restrictiva constituye un medio adecuado para la consecución del fin constitucionalmente legítimo); (ii) ha de ser el más moderado respecto de otros medios útiles (la restricción es un medio necesario dado que no hay medidas alternativas, igualmente eficaces); y, (iii) ha de ser equilibrada la ecuación costes-beneficios (para lo cual habrá que identificar los derechos constitucionales y/o bienes constitucionales en conflicto).

Retomando a Barnés y de conformidad con lo expuesto, para superar el primer control de la proporcionalidad (la utilidad), es preciso que la medida adoptada en la intervención estatal al menos facilite la consecución del objetivo propuesto; para superar el segundo control de la proporcionalidad (la necesidad), la medida adoptada en la intervención estatal deberá ser imprescindible, en tanto no habrá otra medida objetivamente más benévola que permita alcanzar el mismo propósito; y, para superar el tercer control de la proporcionalidad (el equilibrio), es preciso que la medida adoptada en la intervención estatal sea razonablemente proporcionada en relación con el valor

político y social deontológico, cuyo análisis axiológico corresponde especialmente a las autoridades públicas.

La referencia a la intervención pública y por tanto a su inclusión (la del Estado) como parte de un procedimiento administrativo o un proceso judicial, deriva del hecho de que, generalmente y en principio, las partes procesales son iguales ante la ley; no obstante, en presencia de un órgano de la Administración pública que ha abusado de su función o poder, es obvio que la aplicación del principio de proporcionalidad contribuirá a frenar los excesos producidos en el caso.

Al inicio de este capítulo advertimos ya que las aproximaciones a la ponderación y el principio de proporcionalidad y su relación, no es un asunto acabado y aséptico; y, del breve recorrido que hemos realizado en torno a estos dos conceptos, por las limitaciones en la naturaleza de esta investigación, hemos procurado al menos, dejar en claro que “proporcionalidad” y “ponderación” no son términos equivalentes, en tanto la primera, en estricto sentido, no pretende construir una jerarquía móvil entre principios que entran en colisión “ponderando” cuál de ellos debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, sino tan sólo calcular, en términos de Barnés, si los medios elegidos y el sacrificio que generan sobre la ciudadanía compensan o guardan una relación razonable con los beneficios que de su aplicación resultarían para el interés general.

En el siguiente capítulo confrontaremos la aplicación jurisprudencial que las Cortes ecuatorianas han realizado desde la argumentación jurídica del constitucionalismo actual tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria, con una especial atención de la “ponderación” y del principio de proporcionalidad”, distinguiendo entre la labor de la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, que tuvo una labor fructífera en la segunda mitad de la década de 1990; y, la producción de la Corte Constitucional para el periodo de transición, cuyo origen se encuentra en la Constitución del año 2008⁴⁰. No queremos, con todo, terminar este capítulo sin recorrer brevemente los tres controles de proporcionalidad, atendiendo al hecho de que este principio inherente al

⁴⁰ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Estado de Derecho deberá observarse siempre que en las actuaciones de los poderes públicos puedan verse afectados los derechos y libertades fundamentales, por lo que resulta imprescindible el comprobar si una medida restrictiva de un Derecho fundamental supera o no el juicio de proporcionalidad.

2.3.2.1 El juicio de idoneidad.

En el caso del Tribunal Constitucional español, éste ha venido aplicando los consabidos controles sucesivos de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a partir de la segunda mitad de la década de 1990, cuando en la jurisprudencia constitucional aparece ya una articulación del control de proporcionalidad:

En una serie de decisiones representativas del control de proporcionalidad sobre actuaciones del legislador (STC 55/1996), de jueces (STC 207/1996) y de la administración (STC 66/1995), el Tribunal procedió en cada caso a un análisis ordenado de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención cuestionada [E. Roca Trías y Ángeles Ahumada Ruiz 2013: 9].

En la sentencia STC 66/1995 del Tribunal Constitucional español ya podemos encontrar desarrollado el principio de proporcionalidad:

(...) para comprobar si la medida impeditiva de la reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.⁴¹

Y en la misma línea se pronuncian las sentencias STC 55/1996, 161/1997, 136/1999, 198/2003, 173/2004, 163/2006, 29/2013.

⁴¹ España. Tribunal Constitucional. Sentencia STC 55/1996. Suplemento del BOE núm. 140 de 13 de junio de 1995.

En el caso del juicio de idoneidad, para comprobar la utilidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental, habrá que comprobar, en primer lugar, si es o no apta para la consecución del fin perseguido. Miremos brevemente cómo este razonamiento ha sido desarrollado en la sentencia 163/2006, sobre el recurso de amparo promovido por la Unión Sindical Obrera frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó su demanda, y en la que se dio una vulneración del derecho de reunión sin fundamento en una alteración del orden público que pusiera en peligro personas o bienes.

(...) al ejercer la autoridad gubernativa la facultad prevista en el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983, no se ha argumentado «plena y racionalmente todo lo que motiva la modificación de lo pretendido por los organizadores de la manifestación», ni se han justificado adecuadamente «las modificaciones que introducían lo solicitado para evitar el peligro para personas, bienes o valores constitucionales», pese a ser esto lo afirmado por la Sentencia. Es cierto que la Delegación del Gobierno ha ofrecido algunos argumentos razonando los motivos que le han llevado a modificar la convocatoria y que los mismos atienden a otros derechos o valores constitucionales en juego (...) Pero tales criterios que reiteran lo mantenido antes de que las organizaciones sindicales ofrecieran una alternativa, no tienen en cuenta la ofrecida por éstos, resultan meramente formales por carecer de una aplicación específica al caso infringiendo, de este modo, el requerimiento de reforzada motivación que este Tribunal impone a toda limitación de un derecho fundamental y, sobre todo ello, no atiende a los límites específicos contenidos en la Constitución del derecho de manifestación y reunión.(...) Los necesarios razonamientos exigidos, de los que carece la resolución recurrida y la Sentencia que la ratifica, permitirían examinar si se cumple o no el límite específico contenido en la Constitución al derecho de manifestación y reunión relativo a que su ejercicio no produzca alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. (...)

6. En efecto, junto a la falta de razonamientos en torno a la alteración del orden público en el sentido constitucionalmente señalado (o como consecuencia precisamente de ello), tampoco se aprecia la proporcionalidad exigida constitucionalmente.

Como hemos señalado, «para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal

medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes (...) en el presente caso la reducción de la propuesta de los convocantes de dos concentraciones a una y la anulación del desplazamiento de un Ministerio a otro, no cabe duda de que permite alcanzar el fin perseguido de la protección del orden público con integridad de personas y bienes (...)»⁴²

2.3.2.2. El juicio de necesidad.

En el caso del control de necesidad y una vez que se ha verificado la superación del examen de idoneidad, el juicio ahora debe reacer sobre la necesidad de la medida restrictiva, esto es, habrá que comprobar si la actuación pública es imprescindible por no existir otro medio más moderado para la consecución del fin previsto; pues, existiendo varios medios posibles, habrá que optar por otra intervención pública más moderada y menos invasiva para algún derecho fundamental que pueda conseguir el objetivo determinado.

Miremos brevemente como este razonamiento ha sido desarrollado en la misma STC 163/2006 ya referida.

Los necesarios razonamientos exigidos, de los que carece la resolución recurrida y la Sentencia que la ratifica, permitirían examinar si se cumple o no el límite específico contenido en la Constitución al derecho de manifestación y reunión relativo a que su ejercicio no produzca alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes, interpretando este concepto este Tribunal Constitucional en el sentido de impedir «el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados, ciertamente el normal funcionamiento de la vida colectiva puede verse alterado por múltiples factores que a su vez pueden afectar a bienes diversos. Sin embargo sólo podrá entenderse afectado el orden público al que se refiere el precepto constitucional cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro la integridad de personas o bienes» (STC 66/1995, FJ 3) debiéndose ponderar en relación con la invasión de calzadas todas las circunstancias específicas pues, incluso en circunstancias

⁴² España. Tribunal Constitucional. Sentencia STC 163/2006. Suplemento del BOE núm. 148 de 22 de junio de 2006.

de densa circulación, como ahí decíamos, pueden darse casos de reuniones que por su hora, carácter festivo del día, previsible escaso número de asistentes o no obstrucción prolongada de calzadas lleven a la conclusión de que no existen razones fundadas de que la reunión va a producir un colapso circulatorio que altere el orden público con peligro para personas o bienes (...)

Como hemos señalado, «para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 66/1995, FJ 5). En el presente caso la reducción de la propuesta de los convocantes de dos concentraciones a una y la anulación del desplazamiento de un Ministerio a otro, no cabe duda de que permite alcanzar el fin perseguido de la protección del orden público con integridad de personas y bienes. Sin embargo no se aprecia la necesidad de la medida adoptada por la Delegación del Gobierno habida cuenta de que cabían medidas menos drásticas igualmente eficaces para la consecución de dicho fin, como ponía de manifiesto la modificación de la inicial convocatoria por parte de los propios sindicatos convocantes. Así, se ofrecía pasar de las vías principales a vías adyacentes, existía un compromiso de no interferir en el normal desarrollo del tráfico rodado y peatonal en la vía más relevante y se ofrecía el compromiso de actuar exclusivamente por un carril en el trayecto de Diego de León, pudiendo la autoridad gubernativa prever la circulación por el resto de vías. Las medidas menos drásticas podrían haber sido, igualmente, una modificación de la fecha, lo que no propuso la autoridad, o un itinerario alternativo que no modificara el objetivo perseguido por los promotores.⁴³

2.3.2.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Superados los controles anteriores de idoneidad y necesidad, deberá comprobarse que la medida sea equilibrada, por derivarse de la restricción del derecho beneficios y ventajas

⁴³ España. Tribunal Constitucional. Sentencia STC 163/2006. Suplemento del BOE núm. 148 de 22 de junio de 2006.

superiores a los perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto. Miremos brevemente cómo este razonamiento ha sido desarrollado en la sentencia 163/2006.

Es cierto que la Delegación del Gobierno ha ofrecido algunos argumentos razonando los motivos que le han llevado a modificar la convocatoria y que los mismos atienden a otros derechos o valores constitucionales en juego (libertad de circulación de otros ciudadanos) (...) Aunque se afirma que el tráfico rodado y peatonal, así como los servicios de urgencia, se verían afectados y, con ello, los derechos de los ciudadanos, por el tipo de vía (impeditiva de alternativas), de hora (12:30 a 14:00 horas) y de día (viernes), se deja claro que se produce una afectación, pero dicha afectación se ha valorado en términos abstractos pues no se atiende a aspectos tales como el número de participantes en la manifestación, a si la ocupación de las vías iba a ser total o parcial (como proponían los sindicatos), no se explica por qué se considera hora punta la de 12:30 a 14:00 cuando sin embargo en esta hora, en todas las comunicaciones sindicales se aludía a que estarían no ya en el Ministerio de Administraciones Públicas sino en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales alejados de lo que se califica de vías principales, no se justifica la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar los peligros que se afirman en la Sentencia impugnada y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental. Tampoco se razona con detalle, sino en términos genéricos, los efectos sobre los servicios esenciales afectados, afirmándose que en las circunstancias que se describen, puede resultar imposible la circulación de vehículos de policía, bomberos, ambulancias, etc., sin que se justifique la imposibilidad de que tales servicios utilicen itinerarios alternativos limitándose la resolución a remitirse al informe del Ayuntamiento de Madrid respecto de la repercusión del tráfico sobre determinadas vías circulatorias de especial relevancia y en cuanto a la insuficiencia de las vías alternativas para absorber la elevada intensidad del tráfico.

(...) Finalmente, en cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, de comprobar si la medida era equilibrada por derivarse de la misma más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho de reunión, tampoco se supera dicho juicio por cuanto no se han dado en ningún momento razones fundadas sobre las que sustentar en el caso concreto el interés general que se trataba de preservar (las alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes) y lo único manifiesto es el perjuicio que para el derecho de reunión supuso la eliminación de la concentración ante el Ministerio de Administraciones Públicas, es decir ante uno de los sujetos directos afectados,

y la imposibilidad de desplazarse haciendo pública la protesta y la reivindicación programada hasta el otro punto de concentración.⁴⁴

El control de proporcionalidad en sentido estricto, como hemos visto implica que se procurará establecer el grado de afectación del derecho fundamental: mientras mayor afectación al mismo exista mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental en conflicto.

Parece pues incuestionable que la justificación de las decisiones jurídicas representa una pieza clave en la teoría de la argumentación jurídica y por tanto en la teoría del Derecho. Dentro de la teoría de argumentación jurídica, particularmente, las consecuencias que puede arrastrar el uso incorrecto o abuso del juicio ponderación y el principio de proporcionalidad, como métodos de interpretación jurídica, pone de manifiesto las críticas que éstas han recibido, atenta la posibilidad de riesgo que su indebida aplicación genera para cualquier Estado de Derecho. En el desarrollo del capítulo siguiente se pondrá en evidencia este riesgo.

⁴⁴ España. Tribunal Constitucional. Sentencia STC 163/2006. Suplemento del BOE núm. 148 de 22 de junio de 2006.

CAPÍTULO III:

Análisis de la argumentación jurídica del constitucionalismo actual en la justicia constitucional y ordinaria en el Ecuador

¿Qué ha entrañado la declaración institucional sobre el cambio de paradigma constitucional en el Ecuador, en la corriente doctrinaria y en la labor jurisprudencial?

3.1. Aproximación al análisis del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación en el foro ecuatoriano.

La Constitución ecuatoriana del año 2008 reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art.1).

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.⁴⁵

El Art. 11 de la Constitución establece además en su numeral 3, como uno de los principios por los que el ejercicio de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos se regirá, el de su aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, declarándose además su plena justiciabilidad. Todo ello sin que pueda alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

⁴⁵ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Por su parte, los numerales del 4 al 8 de la antes mencionada disposición constitucional disponen:

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.⁴⁶

A partir del Art. 10 y abarcando todo el Título II “Derechos”, la Constitución ecuatoriana desarrolla en forma extensa y pormenorizada un catálogo de derechos en materia del buen vivir, agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, adultas y adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza, y derechos de protección.

Por su parte, en el Título III sobre “Garantías constitucionales” (Arts. 84-94) se establecen el conjunto de garantías normativas, jurisdiccionales (algunas nuevas) y de políticas públicas, destinadas a garantizar los derechos reconocidos por la Constitución.

⁴⁶ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Los Arts. 424 y siguientes desarrollan los principios de la supremacía de la Constitución, proclamando la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, por sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público; estableciendo la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; y, reconociendo el principio *pro homine* en la interpretación de las normas constitucionales.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.- La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425 .- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.- En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.- La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.- Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.- Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos

en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Art. 427 .- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.⁴⁷

Finalmente, el Art. 429 de la Constitución dispone que la Corte Constitucional es el *“máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”*.

Es éste el marco normativo de la Constitución ecuatoriana, aprobado por la Asamblea Constituyente el 24 de julio de 2008 en Montecristi y ratificado mediante consulta popular de 28 de septiembre del mismo año, el que llevó al foro ecuatoriano, a través del grupo de abogados cercanos al gobierno, a sostener que con la nueva Carta Magna se había introducido en el sistema jurídico ecuatoriano el *Neoconstitucionalismo*, postura que inmediatamente compartió una Corte Constitucional “Para el Periodo de Transición” afín al Gobierno:

Se insiste que esta Corte ha centrado su análisis en la ciencia jurídica que rige al Estado ecuatoriano, el neoconstitucionalismo y, a partir de ello, y como máximo órgano de interpretación y control constitucional, deja en claro que el cobro de tasas, como consecuencia de la utilización de servicios públicos esenciales y monopólicos, deben ajustarse a la Constitución de la República vigente.⁴⁸ (El resaltado es nuestro)

En la Sentencia interpretativa de la Constitución de la República del Ecuador la Corte Constitucional “Para el Periodo de Transición” manifiesta además:

Es preciso iniciar el análisis de las peticiones de interpretación constitucional acumuladas en el presente caso, previo el reconocimiento ineludible del tránsito institucional que se opera en el país en virtud de la norma contenida en el artículo 1 de la actual Constitución.

⁴⁷ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴⁸ Ecuador. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 003-09-SIN-CC de 23 de julio de 2009, pp. 49. Registro Oficial No. 644, de 29 de julio de 2009.

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución...”.

En términos estrictamente científicos, propios de la teoría de la interpretación constitucional, no se trata de cambios meramente lingüísticos. Esa primera mención constitucional, de declarar al Ecuador dentro del paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano, implica toda una revolución conceptual y doctrinaria. Rectamente entendido, el Estado Constitucional de Derechos implica a una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia.

En resumen, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal, que no coincide solo con la legitimidad legal o racional propuesta y desarrollada por Max Weber.⁴⁹ (El resaltado es nuestro)

Adicionalmente, fue el propio Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador el que propició, desde la fecha en que la Constitución de Montecristi terminó de redactarse, un evidente intento de adoctrinamiento buscando controlar gran parte de la corriente doctrinaria en el foro ecuatoriano, en materia del mal llamado *Neoconstitucionalismo*.⁵⁰

Ávila, por ejemplo, Subsecretario de Reforma Judicial y de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el periodo 01/2008-06/2010, y Miembro

49 Ecuador, Corte Constitucional. Resolución No. 001-08-SI-CC de 28 de noviembre de 2008. Suplemento del Registro Oficial 479 de 2 de diciembre de 2008.

⁵⁰ Sólo durante fines de 2008 y 2009 bajo la sección “Serie Justicia y Derechos Humanos-“Neoconstitucionalismo y Sociedad”, se produjeron por parte del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos los siguientes textos en esta materia: Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva; La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado; Neoconstitucionalismo y Sociedad; y, La Transformación de la Justicia, la mayoría de cuyos autores ecuatorianos estuvieron vinculados en el proceso constituyente u ostentaron cargos públicos importantes en el periodo.

de la Comisión de Redacción de la Constitución del 2008, en el periodo 06-07/2008, intentó, no con mucho éxito⁵¹, en su artículo “Los principios de aplicación de los derechos” (parte del libro “La Constitución del 2008 en el contexto andino” publicado por parte del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, bajo la sección “Serie Justicia y Derechos Humanos- “Neoconstitucionalismo y Sociedad”), fundamentar el tránsito en el sistema jurídico ecuatoriano hacia el *Neoconstitucionalismo*, entendido como un tránsito del estado legal (excluyente) al constitucional (de justicia), gracias a la Constitución de 2008 [Ramiro Ávila 2008: 39-72]. Tanto este artículo como el titulado “El Neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008”, también de su autoría, han sido criticados abiertamente.⁵²

En los siguientes acápites realizaremos un análisis de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria, que darán cuenta de que tanto el principio de proporcionalidad como el juicio de ponderación fueron aplicados adecuadamente por los jueces para la efectiva protección de los derechos, con la vigencia de la Constitución de 1978 reformada en 1998, deconstruyendo así el discurso institucional sobre el loable tránsito que se habría alcanzado con la sola vigencia de la nueva Constitución en materia constitucional. Antes, intentaremos presentar una visión crítica del mal llamado pensamiento *Neoconstitucionalista* que se está aplicando en el Ecuador con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 2008.

¿Cuál ha sido la construcción teórica que se ha elaborado con respecto al *Neoconstitucionalismo*? Sin que sea parte de este estudio el profundizar sobre el contenido dado a esta categoría por parte de varios abogados y tratadistas en el foro ecuatoriano, esta claro que el mismo queda lejos del desarrollo doctrinal que hemos

⁵¹ Véase al respecto la crítica de Zaidán [Salim Zaidán 2011: 2].

⁵² “Luego de leer artículos como “Los principios de aplicación de los derechos” de Ramiro Ávila (del libro del Ministerio de Justicia “La Constitución del 2008 en el contexto andino”) da la apariencia de que en tres años hemos transitado de las teorías y prácticas “caducas” y “retrógradas” en el derecho al progresismo pleno con la sola vigencia de la Constitución de Montecristi. Sin dejar de reconocer su admirable inteligencia y amplia formación, pongo reparos al idealismo de Ramiro para abordar muchos temas del constitucionalismo contemporáneo, como lo ha dado en llamar (temas particularmente relacionados con la caracterización del nuevo Estado ecuatoriano y los principios de aplicación de los derechos)” [Salim Zaidán 2011: 2].

realizado en el capítulo anterior. En lo que a ese respecto trata, sólo ocuparemos unas breves líneas para marcar esta diferencia.

El concepto *Neoconstitucionalismo* se habría usado por primera vez por parte de Pozzolo, teórica del derecho de la Universidad de Génova, durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, acontecido en Buenos Aires, en el año 1997, que más tarde se publicaría en el portal Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho [Susana Pozzolo 1997: 339-353]. La categoría abarcaría, según Pozzolo, una corriente de pensamiento que compartiría algunas nociones peculiares por la especificidad en la interpretación constitucional, y por el modo de acercarse al Derecho, corriente de pensamiento impulsada por, entre otros, Ronald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky. Esta especificidad la encontraría alrededor de las formulaciones siguientes: (i) el ordenamiento jurídico se compone de normas y principios, principios extraídos del texto constitucional de los que los órganos judiciales deberían servirse en mayor medida en la interpretación y en la argumentación jurídica; (ii) los principios idóneos para regular el caso concreto (presumiendo que al menos habrán dos) serían aplicables no por subsunción, sino a través de la ponderación, colocándolos en relación jerárquica y axiológica frente al caso examinado; (iii) la Constitución en este orden de ideas, tiene un contenido sustancial que condiciona la validez de las demás normas, pero cumpliendo una función axiológica, que es prescriptiva además para la producción legislativa; y, (iv) debido a la especificidad del papel asumido por los órganos judiciales, éstos deberían interpretar el Derecho a la luz de las exigencias axiológicas requeridas en el caso concreto, entendiendo que esta acción incide en la interpretación de las palabras del Derecho [Susana Pozzolo 1997: 339, 340].

Esta aproximación sumaria a la categoría resultaría más próxima al análisis que hemos realizado en el capítulo anterior y por lo mismo más lejana al *Anti-Iuspositivismo Principalista* que critica Ferrajoli por su inclinación evidente hacia el *iusnaturalismo* [Luigi Ferrajoli 2010: 15 ss.].⁵³ Sin embargo, el lector preparado se habrá percatado a estas alturas de que hemos dejado de lado criterios más controvertidos y que no

⁵³ Ferrajoli a su vez toma las expresiones “principalismo” y “principalista” de Prieto Sanchís [Luis Prieto Sanchís 2005], y de García Figueroa [Alfonso García Figueroa 1998].

compartimos del desarrollo teórico de Pozzolo, el cual difícilmente aclara el alcance de la función axiológica en la interpretación constitucional, que entiende como similar a la desarrollada por el Derecho natural.

Efectivamente, estos criterios parecerían malinterpretar la producción doctrinaria de autores como Dworkin, Robert Alexy o Zagrebelsky, que forman parte del colegio de iusfilósofos a los que ha agrupado la autora en torno al neologismo de su autoría. Y parecerían malinterpretar también su aproximación a la importancia que la moral tiene en la interpretación de las palabras del Derecho o en la justificación de una decisión judicial. Su acercamiento a H. L. Hart, con quien debatió permanentemente Dworkin, para asumir la validación del Derecho en razón en razón de un test moral, quizá sea la causa de esta confusión.

Se trata, con todo, de una aproximación consciente y deliberada a las tesis de Pozzolo, en la medida en que resulta útil a la hora de abordar el cambio de paradigma en la estructura del Derecho positivo con respecto al positivismo jurídico. Parte de la discusión de la Filosofía del Derecho planteará una reconfiguración o reforzamiento del positivismo jurídico; otra parte proclamará directamente su negación. En ésta última, las especificidades en las formulaciones planteadas más arriba con ocasión del análisis de Pozzolo desaparecen y se alejan de las propuestas de los iusfilósofos a los que ha agrupado la autora, principalmente cuando se abordan los debates en torno a la separación entre derecho y moral, la naturaleza de los principios y reglas o la oportunidad en la aplicación de los métodos de ponderación y subsunción. Basta revisar el análisis que hemos hecho en torno al debate Hart-Dworkin en el capítulo anterior para darnos cuenta de las propuestas de estos iusfilósofos no implican *per se* una concepción tendencialmente ius- naturalista del constitucionalismo.

Aún sin estar de acuerdo con el método de la construcción teórica de Luigi Ferrajoli en su debate en torno al constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista⁵⁴,

⁵⁴ Me refiero a la construcción teórica de un constitucionalismo garantista sobre la base de la diferenciación con otra categoría absoluta que no puede considerarse en la práctica como un conjunto homogéneo: “*Neoconstitucionalismo*” como constitucionalismo principalista, lo que determina que sus argumentaciones

es claro que compartimos el desarrollo de la concepción del constitucionalismo iuspositivista (garantista), al cual hemos llegado por distintos caminos en el capítulo anterior, para confrontar a esta suerte de dogmatismo moral que algunos desarrollos doctrinales, como en el caso ecuatoriano, han construido bajo la etiqueta neologista de *Neoconstitucionalismo*, provocando un debilitamiento del rol normativo de la Constitución.

En síntesis, el constitucionalismo garantista se concibe como un nuevo paradigma iuspositivista del Derecho y de la democracia, que en cuanto positivamente normativo en relación con la misma normación positiva, y en cuanto sistema de límites y vínculos sustanciales relativo al «qué», junto a los formales relativos al «quién» y al «cómo» de las decisiones— integra el viejo modelo paleo-iuspositivista. Gracias a él, los principios ético-políticos mediante los que se expresaban los viejos «derechos naturales» han sido positivados, convirtiéndose en principios jurídicos vinculantes para todos los titulares de funciones normativas; que ya no son fuentes de legitimación sólo externa o política, como según el viejo pensamiento político liberal, sino también fuentes de legitimación y, sobre todo, de deslegitimación, interna o jurídica, que diseñan la razón social de esos artificios en que consisten el Derecho y el Estado constitucional de Derecho [Luigi Ferrajoli 2010: 27].

En efecto, bajo la etiqueta neologista de *Neoconstitucionalismo*, se han construido como en el caso ecuatoriano elaboraciones doctrinales enmarcadas en un Anti-Iuspositivismo Principalista radical que ha llevado a afirmaciones ligeras, como la de Ávila {“*En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: (...) 5. la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos*” [Ramiro Ávila 2008: 30]}, como respaldo a la tesis de Pozzolo {“*La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del derecho*” [Susana Pozzolo 1997: 342]}. Esta tesis, como hemos visto, parece descartar el hecho de que, en un Estado constitucional de Derecho, órganos judiciales y legisladores se encuentran sometidos a las normas constitucionales (no a la moral del caso), y que la

finales con respecto al primero puedan ser también compartidas por iusfilósofos a los que ha agrupado en el *Neoconstitucionalismo* como es el caso de Dworkin, quien participa del hecho de la necesaria positivización de los principios a los que debe someterse la entera producción normativa para evitar el arbitrio moral del órgano juzgador, por ejemplo.

tesis de la separación entre Derecho y moral no queda en entredicho por la positivización de principios axiológicos en las normas constitucionales.

Asanza Miranda, quien también formó parte del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, como parte del Equipos de Apoyo de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Cultos, plantea, también bajo la etiqueta neologista de *Neoconstitucionalismo* en el Ecuador, el siguiente argumento:

Cabe destacar a su vez, que el Neoconstitucionalismo en el Ecuador debería implementarse bajo 5 características fundamentales: el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción, la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica y finalmente el constitucionalismo funcional que penetra en todas las áreas del derecho [Felipe Asanza Miranda 2011: 2].

Estos autores parecen interpretar al conjunto de normas constitucionales como un conjunto de normas de textura abierta, debilitando la normatividad de las Constituciones, desconstitucionalizándolas, al colocar el límite de la actuación jurisdiccional, en la aproximación moral del caso y de la Carta constitucional; perdiendo además de vista que la esencia de la discusión sobre la aplicación del criterio de ponderación descansa en la pregunta de filosofía política: “¿Qué es el Derecho?”. Esa posición es compartida por la Corte Constitucional de Ecuador, lo cual ha provocado incomprensibles fallos que intentan sustentarse, textualmente, en la doctrina del *Neoconstitucionalismo* y en la nueva realidad normativa y filosófica que caracterizaría a la actual Constitución: “*La necesidad de interpretar la Constitución surge precisamente porque ésta se caracteriza por estar conformada por textos abiertos o indeterminados (especialmente en la Carta de Derechos o principios) donde la sola literalidad de la norma no resuelve los casos concretos*”⁵⁵.

55 Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC de 13 de marzo de 2009. Suplemento del Registro Oficial 549 de 16 de marzo de 2009.

Recordemos que Dworkin refuta a Hart justamente que los principios funcionen de una manera diferente a las reglas, siendo los principios igualmente obligatorios en tanto deben ser tenidos en cuenta por cualquier órgano judicial o intérprete en los casos en que son pertinentes. Es por ello que en los casos difíciles los órganos judiciales no tienen discrecionalidad para crear derecho. Tienen, por el contrario, que aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico, aún cuando ello requiera realizar una ponderación respecto de principios que gocen de igual jerarquía. Aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y todo órgano judicial deberá reconocerlos en sentencia [César Rodríguez 1997: 66-88].

Incluso cuando estamos ante un caso difícil “*cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna institución; el juez -de acuerdo con esta teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido*” [Ronald Dworkin 2009: 146]. Incluso, esto es, cuando ninguna norma categórica previa resuelva un caso, es muy posible que, a pesar de ello, una de las partes tenga derecho a ganarlo (la argumentación precedente implica además que no cabe ponderación entre reglas y principios).

Por lo demás, se han vertido ya críticas desde algunos sectores del foro ecuatoriano a los intentos de construcciones teóricas de quienes, desde la fecha en que la Constitución de 2008 terminó de redactarse, han propiciado una suerte de adoctrinamiento, que busca controlar gran parte de la corriente doctrinal en el país, en materia del mal llamado *Neoconstitucionalismo*. Ello se puede apreciar en su propio texto de autodefensa: “En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos” [Ramiro Ávila 2012: 1-23], aun cuando los argumentos en contra aparezcan claramente diminutos y sesgados.

Las críticas más ejemplarizadoras al *Neoconstitucionalismo* se evidenciarán en el análisis de los fallos de la Corte Constitucional en el acápite siguiente. Efectivamente, en los próximos acáptes confrontaremos los fallos que las Cortes ecuatorianas han realizado respecto de esta materia. Distinguiremos en ellos entre la labor de la Sala

especializada de la Corte Nacional de Justicia, que tuvo una labor fructífera durante la primera década del nuevo milenio en cuanto al análisis del uso de la ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad, y la producción de la actual Corte Constitucional, cuyo origen se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador, publicada el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Esta última da claramente cuenta del estado al que nos ha llevado este *Neoconstitucionalismo* como paradigma dentro del cual, a juicio de este órgano de control constitucional, se encuentra el Ecuador y que habría implicado “toda una revolución conceptual y doctrinaria”.

3.2 Análisis de fallos de la Corte Constitucional⁵⁶ sustentados, a juicio de ésta, en la doctrina del Neoconstitucionalismo y en la nueva realidad normativa y filosófica que caracterizaría a la Constitución de 2008.

⁵⁶ Para efectos de la competencia de la Corte Constitucional y no siendo objeto de este estudio basta transcribir los artículos 429 y 436 de la Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

“Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.- Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias.- Sus decisiones tendrán carácter vinculante.
2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.
3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.
4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.
5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.
6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.
7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.
8. Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.
9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.

Confrontemos las siguientes dos sentencias. La primera se trata de una acción por incumplimiento promovida por los señores Rector y Procurador de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “Amawtay Wasi”, contra el Presidente del Consejo Nacional de Educación Superior, por considerar y tratar a la Universidad Intercultural como una universidad de tipo convencional, pese al régimen especial que le asiste y en virtud del cual fue creada, referentes a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, con lo que se estarían contrariando e incumpliendo disposiciones del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como de la legislación interna. El Pleno de la Corte Constitucional resuelve aceptar la acción; declarar el incumplimiento normativo de legislación interna, y disponer “*que el CONESUP incorpore en y para todos sus actos jurídico administrativos que tengan relación con nacionalidades y pueblos indígenas, afrodescendientes y montubios, principios con perspectiva intercultural, en aras de aplicar a cabalidad los derechos de estos pueblos (...).*”⁵⁷ En realidad lo importante en esta confrontación de fallos es la argumentación que desarrolla en los considerandos de la sentencia:

Con el surgimiento del neo-constitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los derechos fundamentales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Constitucional de Derechos, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos.

La Corte Constitucional se encarga de la tutela de todos los derechos humanos y garantiza su efectiva vigencia y práctica, simplemente porque sin

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

⁵⁷ Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia No. 0008-09-SAN-CC de 9 de diciembre de 2009. Suplemento del Registro Oficial 97 de 29 de diciembre de 2009.

derechos humanos, efectivamente protegidos, no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna. Norberto Bobbio sostenía que el problema de fondo no es tanto fundamentar los derechos humanos sino protegerlos.

El juez constitucional, en su labor hermenéutica, tiene mandatos definidos entre los cuales destaca la decidida protección de los derechos constitucionales (...) (El resaltado es nuestro)

La segunda sentencia resuelve una acción de interpretación promovida por la Presidencia de la República. Solicitaba ésta la interpretación de los artículos de la Constitución referidos a las diversas formas de propiedad, facultad del Estado de gestionar sectores estratégicos y derechos de los pueblos y nacionalidades a mantener sus tierras comunitarias. La razón es que la empresa estatal comercializadora de petróleo había declarado de utilidad pública 58 hectáreas pertenecientes a la Comuna Monteverde para la construcción de un terminal de almacenamiento y distribución de GLP. El Registrador de la Propiedad denegó la inscripción de esta declaración de utilidad pública, en virtud de que la transferencia de dominio y la división de tierras estarían prohibidas por el numeral 4 del Art. 57 de la Constitución, siendo un derecho de los pueblos y nacionalidades: “*Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas de pagos de tasas e impuestos*”⁵⁸. El Pleno de la Corte Constitucional resuelve interpretar con efectos *erga omnes* priorizando el interés general que representa a la nación toda respecto al interés particular o comunal como sucede en la especie. Sobre esta base dispuso que el Registrador de la Propiedad debía proceder de manera inmediata al registro de la declaratoria de utilidad pública. Revisemos ahora la argumentación que se presenta en los considerandos de la sentencia:

Por lo tanto, a nuestro juicio y en razón de que existiría una tensión entre dos normas constitucionales de igual jerarquía, esto es, la norma constitucional prevista en el numeral 4 del artículo 57, respecto de las normas constitucionales determinadas en los artículos 313, 321 y 323, respectivamente⁵⁹. El método a utilizarse en el análisis de la presente causa es el de la "ponderación". (...)

⁵⁸ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁹ El Art. 313 reconoce el derecho del Estado a administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos; el Art. 321 reconoce y garantiza las diversas formas de propiedad, que deberán cumplir su

Lo analizado nos lleva a la conclusión de que la tensión existente entre las normas constitucionales arriba analizadas se inclina, de manera preferente, por las disposiciones constitucionales determinadas en los artículos 313, 321 y 323 aplicables al caso concreto⁶⁰ (...) se prioriza el interés general que representa a toda la nación, respecto del interés particular o comunal como en la especie así sucede; tanto es así, que el Eco. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República (...) declaró de interés nacional los proyectos hidrocarburíferos específicos de gran magnitud sobre prospección, exploración y explotación de petróleo y de gas natural (...) ⁶¹

Creo que a este tipo de *pseudo* ponderación se refería Prieto Sanchís [Luis Prieto Sanchís 2010: 431], cuando cita a Jürgen Habermas

(...) para quien la consideración de los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados en el caso concreto convierte al Tribunal en un negociador de valores, en una "instancia autoritaria" que invade las competencias del legislador y que "aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos [Jürgen Habermas 2005: 332].

Pero sigamos adelante, ya que los negociadores de valores, una vez que se considera así a los derechos fundamentales, han ido más lejos.

La siguiente sentencia resuelve una acción extraordinaria de protección promovida por el Procurador General del Estado y mediante la cual se impugna un auto dictado por los ex Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte

función social y ambiental; el Art. 323 faculta la expropiación previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley.

⁶⁰ Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. (...) Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

⁶¹ Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC de 14 de mayo de 2009. Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009.

Suprema de Justicia. El auto dictado inadmitió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, que condenaba al Estado ecuatoriano al pago de una indemnización de daños y perjuicios por USD \$ 1.253.677 60/100, más intereses. Alega que se han violado, entre otros, los derechos a la tutela efectiva, imparcial y expedita (Art. 75 de la Constitución⁶²), se ha sacrificado la justicia por la omisión de formalidades (Art. 169 de la Constitución⁶³) así como la garantía del debido proceso (Art. 76, núm. 1 y 7, literal a, de la Constitución⁶⁴). Sin embargo los ex Magistrados dieron efectivo cumplimiento al mandato de una norma clara y categórica, la del Art. 5 de la Ley de Casación “*Términos para la interposición* (del recurso de casación).- *El recurso deberá interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días*”⁶⁵, tal como lo habían venido haciendo en múltiples fallos reiterados. El recurso de casación interpuesto por el Director Regional de la Procuraduría General del Estado fue efectivamente presentado fuera de término en forma negligente. Sin embargo, el Pleno de la Sala de la Corte Constitucional argumentó jurídicamente y se pronunció de la siguiente manera:

Por otra parte, es necesario hacer mención a la afirmación de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el recurso de casación es improcedente por apresurado. Al respecto, esta Corte estima que la carga argumentativa es el sustento de las resoluciones, las que deben ser claras, precisas, coherentes, coordinadas y razonadas. Esto no sucede con la afirmación antes mencionada, por el contrario, se apeg a un acto de ruptura a la simple lógica, así como violatoria de la justicia por hacer prevalecer meras formalidades.

⁶² Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

⁶³ Art. 169.-EI sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

⁶⁴ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

⁶⁵ Ecuador, Codificación de la Ley de Casación. Suplemento del Registro Oficial 299 de 24 de marzo de 2004.

Si la carga argumentativa se relaciona con un deber constitucional que busca certidumbre en la realización y administración de la justicia, dicha argumentación no se encuentra en las afirmaciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, pues si la petición de aclaración y ampliación fue presentada de manera extemporánea (cuestión reconocida por el propio recurrente: Director Regional 1 Procuraduría General del Estado), fue más que obvio que dicha petición sería rechazada, ante lo cual, la presentación del Recurso de Casación no podía estar sujeta a la aceptación o negación de la aclaración y ampliación, sabiendo, además, que el Recurso de Casación fue presentado dentro del término legal. Sería apresurado pedir recurso de casación sobre una sentencia de un proceso que apenas se inicia, en cambio, en el caso concreto, la petición de dicho recurso es obvia y hasta inminente, por lo que su negativa debía fundarse en argumentos sustanciales y no en meras formas.

Un auto como el que es objeto actual de análisis vale como mandato que contiene una voluntad imperativa del Estado, manifestada, en este caso, por los magistrados de la extinta Corte Suprema de Justicia; pero esta eficacia del auto no puede por sí misma impedir a un juez posterior, investido también él de la plenitud de los poderes otorgados por la Constitución, como es el caso de ésta Corte Constitucional, examinar el auto decidido y juzgar de un modo diferente.

Cabe hacer lugar a la posibilidad de atacar a un auto sin el sustento y motivación coherente del ordenamiento normativo del país y la supremacía del paradigma democrático en curso.

La aceptación de la presente acción extraordinaria de protección no es de ningún modo arbitraria, pues por el contrario, se sustenta sobre la base del error de derecho y la injusticia del resultado. El error de derecho se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución. Por su parte, la injusticia del resultado se expresa en la incertidumbre a la que se ven sometidos quienes son menoscabados en sus derechos e intereses mediante un auto con un sustento pre jurídico e ilusorio.⁶⁶

La Corte Constitucional terminará así, aceptando la acción extraordinaria de protección planteada por el Procurador General del Estado. Declaró violados los derechos constitucionales de tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas; dejó constancia de que el auto impugnado había sacrificado la justicia por

⁶⁶ Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia No. 020-09-SEP-CC de 13 de agosto de 2009. Suplemento del Registro Oficial 35 de 28 de septiembre de 2009.

la omisión de formalidades, así como la garantía del debido proceso; y ordenó, en fin, que el proceso se retrotrajese hasta el momento de la violación de los derechos, es decir, cuando el referido Tribunal Distrital negó el recurso de casación.

Estos juicios no solo son claramente irracionales y arbitrarios. Denotan además la falta total de conocimientos de las categorías jurídicas que dicen aplicar. Hay que insistir que los órganos judiciales, aún cuando están obligados a hacer un juicio de ponderación, no crean derecho, justamente porque ese juicio se hace sobre principios vigentes en el sistema jurídico. Sin embargo, ante la existencia de una norma clara y categórica previa que resuelva un caso, y que no permita una excepción, ésta debía aplicarse, pues constituye una razón definitiva. Ello es tanto más así si de ésta resulta algún derecho para una de las partes, pues para eso está el principio de configuración legislativa.

Revisemos una última “negociación” de valores de los jueces de la Corte Constitucional. La sentencia trata de una acción pública de inconstitucionalidad promovida por el Contralor General del Estado⁶⁷ contra varios actos administrativos emanados del Procurador General del Estado, como respuestas a consultas elevadas a su consideración por parte del primero sobre la naturaleza tanto de los servicios aeroportuarios concesionados cuanto de las tasas o tarifas aeroportuarias que se generan. Solicita a la Corte Constitucional para el periodo de transición que declare la inconstitucionalidad parcial por vicios de fondo de dichos actos administrativos⁶⁸. La

⁶⁷ Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos (Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008).

⁶⁸ Los actos administrativos son los contenidos en los en los oficios N.º 5569 del 05 de enero y 5929 del 03 de febrero del 2009. El primero resuelve las consultas realizadas por la Contraloría General del Estado que, a continuación, se describen, mientras que el segundo ratifica la respuesta del primero: 1. “¿Los servicios del aeropuerto Mariscal Sucre y del nuevo aeropuerto de Quito, concesionados por el Distrito Metropolitano de Quito a la Corporación QUIPORT son públicos?”.- 2. “¿Los recursos que recibe QUIPORT por concepto de tasas como se denominan en el contrato, son públicos o privados?”.- A la primera pregunta, la respuesta del Procurador General del Estado dice: “[...] los servicios del actual Aeropuerto Mariscal Sucre y los del nuevo aeropuerto de esta ciudad son servicios públicos [...]”.- A la segunda consulta, se realiza la siguiente respuesta: “[...] Estas tarifas no constituyen tributos, pues el servicio no lo presta directamente el Estado ni sufragar los costos del servidor, por lo mismo no le corresponde a éste la recaudación en virtud de la contraprestación contractual reconocida a favor del concesionario [...] Estas tarifas no se enmarcan en la definición de tributos constante en el artículo 1 del Código Tributario, porque no constituyen tasas fijadas y recaudadas por el Estado o sus instituciones por la prestación de un servicio que ellos otorgan, ni son recursos públicos que pertenecen al Estado o a sus instituciones, sino que constituyen valores recaudados por

Corte Constitucional se plantea, entre los problemas jurídicos sobre los que debe pronunciarse, si son o no obligatorias las resoluciones (pasadas en autoridad de cosa juzgada) contenidas en las Resoluciones expedidas con fundamento en la Constitución de 1998. Es la argumentación jurídica que realiza sobre este problema jurídico el que nos interesa en este acápite.

(...) el cambio de normativa constitucional representó un cambio de estructura jurídica, pues los principios filosóficos que inspiran la nueva Constitución difieren en gran medida con los que informaban a la Constitución Política de 1998, por lo que las resoluciones del ex Tribunal Constitucional que no eran sentencias jurisprudenciales y carecían de carácter vinculante y obligatorio, así como las referencias doctrinarias del marco constitucional de 1998 han desaparecido. Por estas razones esta Corte no está obligada a someterse a las referidas resoluciones.

En ese sentido, la Corte estima que los principios que sustentan las Constituciones de 1998 y 2008 son irreconciliables, no pueden mantenerse, ni aun poniendo en práctica los métodos más sofisticados de interpretación constitucional, pues los fundamentos filosóficos que inspiraron a las sentencias mencionadas y aquellos fundamentos que sostienen la ingeniería constitucional vigente, tienen un génesis tan opuesto, que el primero pregona el rol mínimo del Estado y de la dimensión estructural de la dinámica del mundo de la vida y por el contrario, magnifica la dinámica social sometida a las fuerzas del mercado y de la libre oferta y demanda y a los designios del hombre como agencia individual que se superpone a la dimensión colectiva del desarrollo.

Al respecto, la evolución del pensamiento científico-doctrinario, así como del pensamiento jurídico-político de una nación como la ecuatoriana, transita hacia la emergencia de un nuevo paradigma que cambia sustancialmente la realidad y las características nucleares de los hechos y situaciones en las que en un momento se basaron las sentencias, sujetas a crítica.

Las resoluciones del ex Tribunal Constitucional, que adquirieron la dimensión de *ius iudicata*, si bien podrían estar de acuerdo con la Constitución Política de 1998 y con las tesis económicas que dominaron en la década de los noventa, podrían devenir en incongruentes bajo los principios jurídicos constitucionales actuales. En ese sentido, la no obligatoriedad de precedente

la Municipalidad concedente por la prestación de un servicio concesionado, que al ser recaudados e ingresar al activo corriente del concesionario, conforme el contrato de concesión, no pueden ser considerados públicos sino privados de acuerdo con lo señalado en el inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [...]

respecto de las resoluciones del ex Tribunal Constitucional pasadas en autoridad de cosa juzgada, de ningún modo es una resolución arbitraria de esta Corte, pues por el contrario, se trata de sustentarse sobre la base de sostener la supremacía de la constitución vigente y corregir eventualmente el error de derecho y la injusticia del resultado.⁶⁹

Tanto en el análisis del caso anterior como en el del presente, la Corte Constitucional manifiesta que el error de derecho se localiza en la incongruencia insalvable entre el fundamento de la sentencia y “la realidad normativa y filosófica que caracteriza a la actual Constitución”. Sin embargo, esta vez, la injusticia del resultado ya no se expresa en la incertidumbre a la que se ven sometidos quienes son menoscabados en sus derechos e intereses mediante un auto “con un sustento pre jurídico e ilusorio”; sino en la “apostasía o huida del derecho público, particularmente el administrativo y constitucional, hacia la parcela del derecho privado”, en detrimento de los intereses de la comunidad estatal, profundizando aún más la inseguridad jurídica en violación flagrante de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Si antes la norma categórica del Art. 5 de la Ley de Casación⁷⁰ era incongruente con respecto a la realidad normativa y filosófica de la actual Constitución, ahora lo son los contenidos normativos de los actos administrativos cuya expulsión del ordenamiento jurídico se demandó. Y mañana lo serán las disposiciones normativas que la instancia autoritaria sobre la base de argumentos funcionalistas disponga, invadiendo las competencias del legislador en desmedro de los derechos constitucionales de las personas.

En este contexto, resulta interesante asomarnos al otro lado de la moneda, a cómo los Magistrados de la antigua Corte Suprema de Justicia realizaron ya una gran labor jurisprudencial mediante el uso de la ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad en las sentencias producidas en la Sala de lo Contencioso Administrativo, previo el cambio de normativa constitucional que para los negociadores

⁶⁹ Ecuador. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 003-09-SIN-CC de 23 de julio de 2009, pp. 49. Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009.

⁷⁰ Art. 5.- TÉRMINOS PARA LA INTERPOSICIÓN.- El recurso deberá interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días.

de valores “representó un cambio de estructura jurídica y de los principios filosóficos que inspiran la nueva Constitución”. De esto nos ocupamos en el siguiente acápite.

3.3 Análisis del uso de la ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad en las sentencias de la Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia.

De lo expuesto en el acápite previo es claro que la Corte Constitucional no se ha descubierto particularmente escrupulosa a la hora de aplicar el juicio de ponderación sobre principios fantasmas en supuesto conflicto, ni tampoco ha basado sus decisiones en el principio de proporcionalidad, del que hace omisión en sus largos debates en los que ha considerado a los derechos fundamentales como valores según su creatividad funcional. Como ya anunciábamos, en las próximas líneas evidenciaremos cómo la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia realizó una formidable labor jurisprudencial utilizando la ponderación y la proporcionalidad principalmente en el descarte de soluciones del Tribunal Distrital, Juez A Quo, para proceder a casar sus sentencias.

Como hemos discutido en el primer capítulo, la protección de la ciudadanía frente al exceso del poder y el abuso de sus facultades por la Administración pública es función esencial del Estado contemporáneo. Por ello, por no estar su administración y su gobierno exentos de responsabilidad, a través de la garantía del principio de la legalidad los particulares están facultados constitucionalmente en el caso ecuatoriano, a someter los actos, hechos y actuaciones de la administración pública al control de la denominada "jurisdicción contencioso-administrativa", constituida por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, que conocen y deciden en única instancia sobre estas controversias entre administración y administrados, de conformidad con las atribuciones y deberes determinadas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

No siendo objeto de este estudio el análisis histórico de la jurisdicción contenciosa administrativa ni del recurso de casación en esta materia, bástenos señalar que a la fecha

en que las resoluciones que en este acápite se analizan, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia era la sala especializada competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponían contra las sentencias o autos de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con las disposiciones de la Constitución y la Ley de Casación vigentes a esa fecha. El recurso de casación es un recurso extraordinario que conforme ha sostenido la propia Corte no permite conocer el conjunto del litigio, sino solo revisar la sentencia a fin de determinar si está o no afectada por vicios de derechos en el juzgamiento *in udicando* o de juzgamiento *in procediendo* o de actividad, señalados con carácter taxativo en el Art. 3 de la ley⁷¹.

La importancia de analizar las resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo radica en el hecho de que es justamente en las controversias entre administración pública y administrados donde se evidencia con mayor fuerza la lucha por los derechos ciudadanos en la constante tensión de intereses en la que se ven enfrentados con los órganos que ejercen el poder público, siendo además en esta materia donde se alegan permanentemente violaciones a las disposiciones constitucionales.

Pasemos entonces a revisar varios fallos.

La primera sentencia resuelve sendos recursos de casación interpuestos por la empresa eléctrica EMELMANABI, el Consejo Nacional de Electricidad y el Director Distrital de la Procuraduría General del Estado en Manabí, respecto de una sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La sentencia ordenó, de conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, el pago de un millón de dólares de los

⁷¹ Ecuador, Codificación de la Ley de Casación. Suplemento del Registro Oficial 299 de 24 de marzo de 2004. “Art. 3.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: 1ra.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva; 2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; 3ra.- Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto; 4ta. Resolución, en la sentencia o auto de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; y, 5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles”.

Estados Unidos de América al demandante, en concepto de indemnización por los daños físicos, morales y psíquicos sufridos por su hijo como consecuencia de haber recibido descarga eléctrica que no estaba obligado jurídicamente a recibir. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia casó la sentencia, aceptó parcialmente la demanda, y en lo principal condenó solidariamente a EMELMANABI y al CONELEC, al pago de trescientos quince mil trescientos doce 32/100 dólares de los Estados Unidos de América, por los daños materiales y morales sufridos por el menor como consecuencia de la deficiente prestación del servicio público, desechándose la demanda en lo relativo a las pretensiones que el padre efectuó, por sus propios y personales derechos. Además, realizó la siguiente argumentación jurídica:

QUINTO: El *thema decidendum*, en el caso puesto a la consideración de la Sala, se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado, prevista en el artículo 20 de la Constitución Política, norma que establece lo siguiente: “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”. (...)

Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Público, la doctrina más calificada recomienda, y así lo asume esta Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Se examinará con detalle el tema en los literales que se enuncian luego, en párrafos específicos: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Así, es principio fundamental en la organización del Estado, la solidaridad y, en virtud de ella, los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales (entre otros, ver el artículo 97 de la Constitución Política⁷²) que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos de los que somos titulares. En este sentido, el preámbulo de la Constitución Política señala: “El Pueblo de

⁷² Art. 97.- Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente (...).- 4. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular (...).- 11. Practicar la justicia y solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios. 20. Ama quilla, ama llulla, ama shua. No ser ocioso, no mentir, no robar.

Ecuador... fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana... establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social” (El subrayado es de la Sala). La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que, en apariencia, se encuentran en conflicto. De tal forma que, en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus Instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento. (...) De la misma manera, cuando el referido artículo 20 ibidem hace referencia a la “prestación deficiente de servicios públicos” no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio. (...)

DÉCIMO TERCERO: De cuanto se ha señalado, esta Sala encuentra que EMELMANABI y CONELEC son responsables solidarios de los daños materiales y morales producidos al menor Juan Pablo Andrade Bailón, según el régimen previsto en el artículo 20 de la Constitución Política.-

Al entrar en materia de indemnizaciones, esta Sala invoca la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 63.1, dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido establecida, de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el pago de una justa indemnización. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos orienta la forma en la que se debe proceder para reparar e indemnizar tanto el daño material como los daños morales. “Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni

empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”. (Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, sentencia de 3 de diciembre de 2001, entre otras).- (El resaltado es nuestro).⁷³

Como vemos, en esta resolución la Sala de lo Contencioso Administrativo utilizó adecuadamente la ponderación en el análisis de los principios de solidaridad y de responsabilidad en conexión con el principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Ello permitió concluir que cuando el Estado y sus Instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a fin de restablecer el balance afectado. Se admite, ciertamente, que el interés individual debe ceder ante el objetivo de atender a los intereses colectivos. Sin embargo la distribución de las cargas públicas individuales se somete a un criterio general de igualdad material que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas.

Sobre este criterio judicial la Sala especializada tuvo la oportunidad de pronunciarse repetidamente constituyendo, de conformidad con el artículo 19 de la ley, precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento⁷⁴. Lo hizo, entre otras, en las Resoluciones 414-2007, de 2 de octubre de 2007, en el caso No. 19-2005, Hermida c. Municipalidad de Cuenca; 168-2007, de 11 de abril de 2007, en el caso No. 62-2005, Andrade c. CONELEC y otros; 217-2008, de 11 de julio de 2008, en el caso 447-06, Agustín Salcedo Montesdeoca c. CONELEC y EMELEC; 457-2007, de 16 de noviembre de 2007, en el caso No. 71-2005, López c. Presidente de la República.

⁷³ Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 168-2007 de 11 de abril de 2007. Gaceta Judicial Serie N.º 4 T. XVIII Mayo-Agosto 2007.

⁷⁴ Art.19.- PUBLICACIÓN Y PRECEDENTE.- Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia.- La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema.- Igualmente la Corte Suprema de Justicia podrá emitir resolución obligatoria sobre puntos de derecho respecto de los cuales existan fallos contradictorios de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no le hayan llegado por vía de casación. La Corte Suprema resolverá sobre los fallos contradictorios ya sea por su propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores o tribunales distritales. El Presidente de la Corte Suprema emitirá un instructivo para el adecuado ejercicio de esta atribución.

Continuemos con el análisis de otra resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia. La sentencia trata de un recurso de casación interpuesto por el señor Víctor Antonio Sánchez Calderón respecto de una sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que había rechazado la demanda propuesta por el recurrente contra el Alcalde y Procurador Síndico de la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito. La demanda buscaba que se declarase inválido el acto administrativo por el que supuestamente se había empeorado su situación jurídica como administrado, dentro de una impugnación a la resolución emitida por el Comisario Municipal y respecto a la orden de construcción de un muro en el lindero de las propiedades del recurrente y su vecina. La norma invocada, el artículo 24, numeral 13, de la Constitución Política, en la parte pertinente, establece que: “*Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente*”⁷⁵. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia rechazó el recurso interpuesto y realizó la siguiente argumentación jurídica:

CUARTO: El recurrente alega que en la sentencia materia de este recurso se ha infringido el artículo 24, numeral 13, de la Constitución Política, y, sostiene que esta infracción se ha producido por el hecho de que el Alcalde de la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, al emitir la resolución materia de la impugnación, empeoró su situación jurídica pese a que fue el recurrente quien apeló la resolución emitida por el Comisario Municipal en lo que respecta a la orden de construcción de un muro en el lindero de las propiedades del recurrente y su vecina. (...)

El problema de interpretación de esta norma pasa por delimitar el ámbito material de aplicación del límite al ejercicio de la potestad resolutoria, contenido en la norma invocada: Así, el supuesto previsto en la Constitución Política está referido exclusivamente a los casos de impugnación de sanciones.- Es necesario aclarar, en primer lugar, que el hecho de que en la Constitución Política se señale este límite únicamente en lo que respecta a las sanciones, no significa que a través de normas de rango legal no se pueda establecer límites similares en otras materias, porque, de conformidad con el artículo 119 de la misma

⁷⁵ Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: (...) 13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.

Constitución Política, la competencia nace y se define en todos sus contornos a través de la Ley. Por la misma razón, el límite previsto en la Constitución no supone que, en materias distintas a las sanciones, el legislador ordinario no pueda determinar potestades resolutorias sin restricciones en cuanto a la posibilidad de revisar íntegramente las actuaciones de los órganos inferiores.- Ahora bien, cuando el legislador constituyente se refiere a “sanciones” no hace distinción entre sus diversas clases previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que habría que incluir en el concepto incluso las de carácter administrativo, esto es, las vinculadas con el ejercicio de las denominadas, clásicamente, como “potestades de policía administrativa”. Así también, cuando en la norma analizada se introduce el término jurídicamente indeterminado “impugnación”, el legislador constituyente no diferencia entre los mecanismos jurídicos específicos con los que los administrados pueden oponerse a las decisiones judiciales o administrativas sancionatorias.

En este sentido, la norma constitucional establece un principio -cuya crítica no le corresponde al Juzgador- que, como queda expuesto, se diferencia del antiguo principio *reformatio in pejus* que, aplicado en el ámbito judicial, constituye una limitación a la competencia del superior para reformar en perjuicio del único recurrente la resolución apelada. Por tal razón, su aplicación exige particular ponderación y un estudio exhaustivo del régimen jurídico aplicable a cada caso y no admite generalizaciones.⁷⁶

La Sala de lo Contencioso Administrativo en su argumentación jurídica diferencia el principio *reformatio in pejus* (limitación a la competencia del superior para reformar en perjuicio del único recurrente la resolución apelada) del contenido en el artículo 24, numeral 13, de la Constitución Política (limitación a la competencia del superior que proscribe empeorar la situación del sancionado en los procedimientos de revisión de las resoluciones impugnadas). Lo hizo aclarando que tal situación exige al Juzgador particular ponderación y un estudio exhaustivo del régimen jurídico aplicable a cada caso, pues no se admiten generalizaciones, en presencia también del principio de solidaridad, igualmente de rango constitucional y del reconocimiento de los deberes como correlativos a los derechos constitucionales.

⁷⁶ Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 120-07 de 9 de marzo de 2007. Suplemento del Registro Oficial No. 334 de 12 de Mayo de 2008.

En el caso discutido, la orden emanada por la máxima autoridad administrativa del Distrito de que el recurrente tramite “*el permiso de construcción del muro en la parte faltante y lo construya inmediatamente, a fin de prevenir deslizamientos*” y la disposición del “*inmediato retiro de la lavandería para no agravar más el problema de humedad presentado*”, contenidas en la resolución administrativa materia del proceso de impugnación, no son sanciones administrativas, pues se tratarían de prestaciones de hacer ordenadas con un propósito preventivo frente al riesgo de las personas y los bienes involucrados, en ejercicio de la competencia de control de construcciones, expresión de la potestad de la policía administrativa en la materia. Por ello, la alegación de que el Tribunal a quo no aplicó el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política, en lo que respecta a la proscripción de empeorar la situación del administrado sancionado e impugnante en los procedimientos de revisión de las resoluciones administrativas, carecería de sustento en el caso sometido a discusión de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Revisemos otra resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia. La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por Celia Estela Ramones Córdova contra una sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que acepta la demanda dentro del juicio propuesto por la recurrente contra el Director Nacional de Defensa Civil por haberla separado ilegalmente de su puesto de trabajo. En la sentencia se aceptaba la demanda y se declaraba la ilegalidad de la Resolución y la acción de personal por la que se separó del puesto de trabajo, disponiéndose el reintegro de la actora al cargo, sin que hubiera lugar al pago de las prestaciones que la funcionaria dejó de percibir durante el tiempo que duró su separación con supuesta violación de los artículos 20 y 22 de la Constitución Política de la República⁷⁷. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte

⁷⁷ Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.- Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.
Art. 22.- El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los

Suprema de Justicia rechazó el recurso interpuesto y realizó la siguiente argumentación jurídica:

En lo que respecta a la falta de aplicación de los artículos 20 y 22 de la Constitución Política de la República, es preciso señalar que esta Sala, en varios fallos, ha expresado la manera en que se han de interpretar los preceptos constitucionales referidos a la responsabilidad extracontractual del Estado. (...)

Sobre este tema, la Sala sostiene que, aunque el grado de culpabilidad no es relevante a efectos de la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, la declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo, en materia de personal que presta servicios a las instituciones del Estado, no provoca necesariamente responsabilidad extracontractual del Estado, o dicho de otro modo, el daño objetivo que se desprende del acto ilegal no es necesariamente indemnizable. Esto es así porque, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, no se califica la ilicitud o injusticia de la conducta de la Administración Pública (lo que en ciertas circunstancias puede ser relevante), sino la ilicitud o injusticia de los efectos dañosos provocados por la actividad pública (sea esta lícita o no), con base en el ordenamiento constitucional y, particularmente, en el principio de igualdad de las cargas públicas. A este respecto, desde antiguo, esta Sala ha diferenciado los actos meramente ilegales de aquellos cuya ilegalidad genera nulidad por las causas determinadas en la misma ley. Cuando un acto administrativo es declarado simplemente ilegal, los efectos de dicha declaratoria se producen desde que se la efectúa, mientras que cuando un acto administrativo es declarado nulo (esto es, una especie de ilegalidad tasada por su gravedad) se entiende que el acto administrativo nunca produjo efectos. Este mismo criterio ha sido incorporado en la actual Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

De cuanto se ha dicho, se infiere con facilidad que la carga patrimonial que deviene de la separación de un funcionario público originada en un acto administrativo posteriormente declarado ilegal no puede ser concebida como un daño ilícito, pues, la misma ley que regula las relaciones entre la administración y sus servidores lo prevé como un efecto jurídicamente admisible. Por el contrario, cuando un acto administrativo es declarado nulo (ilegalidad calificada por su gravedad), el daño patrimonial se concibe como ilícito, y, por ello, el Legislador ha previsto el pago de las prestaciones que el funcionario dejó de

supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.

percibir durante el tiempo que duró la separación de su cargo. El mismo criterio es aplicable al caso de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente a la fecha en que se produjo el ilegal acto administrativo, con el que se separó de sus funciones a la actora.- Nótese que la carga patrimonial que se comenta tiene origen constitucional, en la medida en que el segundo inciso del numeral 9 del artículo 35 de la Constitución Política establece que “Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del Art. 118 y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo”.⁷⁸

La Sala de lo Contencioso Administrativo vuelve a utilizar adecuadamente en esta resolución la ponderación del principio de solidaridad frente al principio de igualdad en la distribución de cargas públicas. Esta vez, en el caso puesto a consideración de la Sala, las indemnizaciones solicitadas en virtud de los artículos 20 y 22 de la Constitución Política resultan improcedentes, pues las consecuencias de la conducta de la administración pública en materia de recursos humanos se encuentran previstas en el propio régimen jurídico de la administración pública. No es por ello factible alegar una responsabilidad extracontractual del Estado distinta a la prevista explícitamente en el mismo para estos casos. Por eso hace notar la Sala que la carga patrimonial que deviene de la separación de un funcionario público originada en un acto administrativo posteriormente declarado ilegal o nulo, tiene origen constitucional, el numeral 9 del artículo 35 de la Constitución Política.

Revisemos una última resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia. La sentencia trata de una impugnación presentada por el abogado Eduardo Antonio Díaz Navarrete para contradecir resoluciones dictadas por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura dentro de expedientes sancionadores que terminaron con su destitución. La petición presentada ante la Sala de lo Contencioso Administrativo tiene su fundamento en la Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 45, de 28 de

⁷⁸ Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 263-07 de 22 de junio de 2007. Registro Oficial No. 366 de 24 de Junio de 2008.

marzo de 2000, que determina “*el procedimiento para sustanciar las contradicciones a las resoluciones del pleno del Consejo Nacional de la Judicatura ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia*”. Al efecto, Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia declaró ilegales los actos administrativos impugnados, dispuso la restitución al cargo de Juez y realizó la siguiente argumentación jurídica:

SEPTIMO: Esta Sala hace la siguiente consideración concerniente a la facultad de imponer sanciones, en este caso por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, sanciones que pueden ser de amonestación escrita, multa, suspensión de funciones sin remuneración, de remoción y destitución a los funcionarios y demás empleados judiciales, según lo determina la letra f) del artículo 17 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura. En materia de sanciones se debe tener presente el numeral 3 del artículo 24 de la Constitución Política de la República que dispone: “Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones...”. Con fundamento en el denominado principio de proporcionalidad de las penas, todo orden jurídico democrático dispone que las medidas o sanciones adoptadas dentro de cualquier procedimiento judicial o administrativo deben ser proporcionales con los hechos o actos establecidos como infracciones.

De esta forma, la responsabilidad administrativa se gradúa de acuerdo con la falta cometida, y no solo cumple una acción represiva, por lo coercitivo de la sanción, sino también preventiva, pues, conocida la consecuencia de la probable desviación, reduce la posibilidad de que otros funcionarios incurran en faltas. En este sentido, el referido principio de proporcionalidad constituye una exigencia para la administración, ya que para fijar una sanción entre dos límites mínimo y máximo, deberá apreciar previamente la situación fáctica y atender al fin perseguido por la norma. En la especie, se ha determinado que las actuaciones del abogado Eduardo Antonio Díaz Navarrete, Juez Vigésimo Tercero de lo Penal del Guayas con sede en la ciudad de Milagro, configuran una falta administrativa, por el incumplimiento de los deberes y obligaciones propios del juzgador; sin embargo, la sanción impuesta no guarda proporción con la falta administrativa.⁷⁹

⁷⁹ Ecuador. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Auto No. 252-06 de 24 de julio de 2006. Registro Oficial No. 50 de 26 de marzo del 2007.

El análisis de proporcionalidad llevó a la Sala especializada a concluir que efectivamente hubo una contraposición con el artículo 24, número 3, de la Constitución Política⁸⁰, y con el artículo 17, letra f), de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura⁸¹, cuerpos jurídicos que consagran el principio de la proporcionalidad de la pena o sanción. Por ello, los actos administrativos contentivos de la sanción estuvieron afectados en su legalidad.

En este caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia descartó la solución dada por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, a través del análisis de control y exclusión vía proporcionalidad, declarando ilegales los actos administrativos impugnados y disponiendo la restitución del Juez a su cargo.

Por lo demás, temas como el silencio administrativo o la responsabilidad extracontractual del Estado constituyen campos fructíferos que también dan cuenta de que el tránsito desde el paradigma de la legalidad al paradigma del constitucionalismo fue anterior a la nueva Constitución.

En materia de silencio administrativo, la interpretación que obligatoriamente debe darse del régimen aplicable, de conformidad con los criterios judiciales emitidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia consta en Resoluciones tales como: No. 206, de 21 de mayo de 2007, en el caso No. 433-2004, Torres y otros c. AGD; No. 176, de 16 de abril de 2007, en el caso No. 169-2004, Castro c. Banco Central; No. 01, de 12 de enero de 2007, en el caso No. 154-2004, Chávez c. Municipalidad de Santa Ana; No. 27 de 29 de enero de 2007, en el caso No.

⁸⁰ Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: (...) 3. Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado.

⁸¹ Art. 17.- La Comisión de Recursos Humanos tendrá las siguientes atribuciones: (...) f) Imponer sanciones disciplinarias de amonestación escrita, multa, suspensión de funciones sin remuneración, remoción y destitución, así como también separación por causas de incapacidad e inhabilidad, a ministros de cortes superiores y tribunales distritales, vocales de tribunales penales, jueces, secretarios, registradores, notarios y demás funcionarios y empleados de la Función Judicial, en los casos previstos por la Ley (...).

246-2004, Barrionuevo c. PETROPRODUCCIÓN; No. 31, de 31 de enero de 2007, en el caso No. 158-2004, Brito c. Ministerio de Defensa; No. 378, de 30 de noviembre de 2006, en el caso No. 37-2004, Brito c. Ministro de Defensa y otros; No. 480, de 30 de noviembre de 2007, en el caso No. 121-2006, Abacá c. Director Nacional de Cooperativas; No. 217, de 24 de mayo de 2007, en el caso 142-2004, Cañarte c. Universidad Estatal del Sur; y, No. 199, de 11 de mayo de 2007, en el caso No. 159-2004, Vizcaíno y otros c. IESS.

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado, actualmente regulada de manera general en los últimos incisos del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador (y que corresponde al artículo 20 de la Constitución de 1978 reformada en el año 1998), los criterios judiciales emitidos por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la antigua Corte Suprema de Justicia consta en Resoluciones tales como: Resoluciones 414 de 2 de octubre de 2007, en el caso No. 19-2005, Hermida c. Municipalidad de Cuenca; 168-2007, de 11 de abril de 2007, expedida en el caso No. 62-2005, Andrade c. CONELEC y otros; 217 de 11 de julio de 2008, en el caso 447-06, Agustín Salcedo Montesdeoca c. CONELEC y EMELEC; y, 457, de 16 de noviembre de 2007, en el caso No. 71-2005, López c. Presidente de la República.

Estos fallos dan cuenta de que la argumentación jurídica del constitucionalismo actual fue aplicada adecuada y responsablemente por los jueces para la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos en su relación con la administración con la vigencia de la Constitución de 1978 reformada en el año 1998.

CONCLUSIONES GENERALES

La necesidad de deconstruir argumentativamente el discurso institucional sobre el loable tránsito que se habría alcanzado en el sistema jurídico ecuatoriano y particularmente en materia constitucional, con la sola vigencia de la Constitución de 2008, nos ha llevado a insistir en el análisis de la ponderación y proporcionalidad en el Estado constitucional de Derecho.

A lo largo de estas páginas hemos intentado algunas aproximaciones fundamentales para responder las preguntas contentivas de la aporía a investigar: ¿Cuál ha sido el camino transitado hacia el paradigma del constitucionalismo? ¿Cuál es la apuesta del constitucionalismo actual frente a la dimensión axiológica de la norma? Finalmente, ¿qué ha entrañado la declaración institucional sobre el cambio de paradigma constitucional en el Ecuador, en la corriente doctrinaria y en la labor jurisprudencial?.

Sobre el camino transitado hacia el paradigma del constitucionalismo, a través del relacionamiento del paradigma de la legalidad y del paradigma del constitucionalismo, hemos intentado contestar la primera interrogante de la investigación, dentro de un contexto en el que la administración pública ha evolucionado de la mano del Estado a través de una intervención más activa en pro de corregir las consecuencias de la desigualdad social y otorgar un mayor respeto a las libertades y derechos fundamentales de los administrados.

El Estado de Derecho clásico, caracterizado por el positivismo jurídico legalista que ostentaba una posición de dominio casi indiscutido dentro del denominado paradigma de legalidad encontró, tras la Segunda Guerra Mundial, una seria amenaza en una creciente y notable corriente de pensamiento que sugiere una comprensión filosófico política del Estado de Derecho distinta y una nueva forma de mirar el Derecho, planteando el tránsito del Estado legal hacia el Estado constitucional, produciendo un cambio de orientación, con el que el “imperio de la ley” cede paso al “imperio de la Constitución”, subordinándose la legalidad a la Constitución.

Éste sería el rasgo característico del constitucionalismo contemporáneo, la supremacía de la Carta Fundamental en los actuales sistemas jurídicos que condiciona además el discurso filosófico-jurídico, hasta el punto de fundar una nueva teoría del Derecho cuyo presupuesto sería la materialización o sustantivación del Derecho público, reconociendo un extenso contenido sustantivo compuesto por valores, principios, intereses y derechos fundamentales.

El Derecho adquiere así una fuerte carga axiológica que se manifiesta y que reordena las tareas del legislador y del juez hacia la luz de la Constitución, dentro de un contexto además, en el que el reconocimiento de los derechos fundamentales, el establecimiento de un conjunto de garantías que aseguren su plena eficacia, y el control judicial sobre la actuación de todos los poderes públicos, refuerzan el papel que ejercen de éste último, a quien se le encomienda una función esencial: ser garantes naturales de los derechos y libertades constitucionales, provocando un progresivo desplazamiento del protagonismo que en esta tarea desempeñaba el legislador. No cabe olvidar, con todo, que en este escenario se alzan voces que alertan sobre el riesgo de fenómenos como la politización de la justicia o la judicialización de la política y retorna el eterno debate que cuestiona esta transferencia de poder hacia el judicial, al considerarla como un quiebre del principio democrático.

Sobre la apuesta del constitucionalismo actual frente a la dimensión axiológica de la norma, hemos intentado presentar argumentaciones válidas sobre cómo el constitucionalismo actual, que indudablemente apuesta por una dimensión axiológica, aún cuando ligada a la reflexión sobre principios y valores (y por tanto una respuesta dentro del Derecho y no fuera de él), ha contribuido a reorientar la reflexión *iurifilosófica* sobre pautas y senderos muy distintos a los del positivismo jurídico clásico que, en diversas corrientes, periodos y significaciones, ha dominado la Teoría y la Filosofía del Derecho durante casi siglo y medio.

En efecto, el Constitucionalismo ha trastocado las fuentes del Derecho. La actividad de los jueces en ejercicio de la subsunción de normas inferiores en normas superiores, se ve desplazada por una nueva función judicial ligada a la ponderación de principios, valores e intereses. Así, el papel de los jueces, que no parecía plantear problemas para la doctrina decimonónica, se ha transformado y ahora su labor de interpretación y aplicación del Derecho se ha convertido en un problema esencial al que el pensamiento jurídico busca dar respuesta en el afán de controlar la discrecionalidad.

La teoría del razonamiento o de la argumentación jurídica surgida precisamente por los retos que plantea la actividad judicial en el Estado democrático busca proponer modelos de razonamiento que hagan más seguro, previsible y aceptable sus fallos en pos de un mantenimiento de la seguridad jurídica en beneficio de los administrados, teniendo en cuenta además que el requerimiento de razonabilidad en la motivación de las actuaciones de los distintos órganos de poder busca la legitimidad democrática como instrumento de racionalización del poder.

De lo expuesto queda claro que la argumentación jurídica desempeña un rol importante en la justificación de las decisiones jurídicas. De ahí que los teóricos del Derecho hayan aumentado el interés por desarrollar modelos en contextos específicos, principalmente en situaciones en las que el significado y la pertinencia de una norma jurídica deja de ser unívoca (casos constitucionales controvertidos) cuando se necesita esa interpretación adicional de la norma para el caso concreto. Ello nos ha llevado a la teoría de los casos difíciles y a la discusión de la teoría de la ponderación jurídica.

En este sentido resulta claro que en los casos difíciles los órganos judiciales no tienen discrecionalidad para crear derecho. Por el contrario, tiene que aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico, aún cuando ello requiera realizar una ponderación respecto de principios que gocen de igual jerarquía. Porque aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean. Es función del órgano judicial reconocerlos en su sentencia, conforme ha expuesto Dworkin [César Rodríguez 1997: 66-88]. Si, por su parte, se trata de una regla categórica, aplicable a un

caso concreto y que no permite una excepciones, ésta constituye en sí misma una razón definitiva. Y si de dicha aplicación resultara un derecho, este será un derecho definitivo, en aplicación además, del principio de configuración legislativa.

Así como la legitimidad del Parlamento descansa en la voluntad de sus electores, la legitimidad de las decisiones judiciales descansa en el propio Derecho. Esta legitimidad se apoya a su vez, entre otros, en el principio de proporcionalidad y en la ponderación como forma de argumentación, nociones fundamentales que avalan la constitucionalidad de la actividad del juez.

Respecto de la ponderación nos hemos adherido a la definición de Bernal Pulido: *“La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto”* [Carlos Bernal Pulido 2007: 290]. Esto sucede así en la medida en que los conflictos entre reglas discrepan de los conflictos entre principios, en los que la ponderación, como modelo de argumentación jurídica tiene una dimensión creativa. Esta ha sido objeto de análisis desde la filosofía política a partir de Dworkin y la discrecionalidad judicial, que convierte al juicio de la ponderación en un método decisorio en contextos presididos por la colisión de principios.

Las elaboraciones teóricas en torno a la proporcionalidad, por otro lado, han estado siempre vinculadas a la idea de un ejercicio moderado del poder por parte del Estado, pues limitan las actuaciones de los poderes públicos respecto de los administrados desde el punto de vista de la razonabilidad, e imponen la proporcionalidad siempre que puedan verse afectados los derechos y libertades fundamentales. Esto implica que la medida adoptada en la intervención estatal debe facilitar la consecución del objetivo propuesto, debe ser imprescindible por no existir otra medida objetivamente más benévola a tal propósito, y debe ser proporcionada en relación con el valor político y social deontológico. “Proporcionalidad” y “ponderación” no son pues términos equivalentes, en tanto la primera, en estricto sentido, no pretende construir una jerarquía móvil entre

principios que entran en colisión “ponderando” cuál de ellos debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, sino tan sólo calcular, en términos de Barnés, si los medios elegidos y el sacrificio que generan sobre los ciudadanos compensan o guardan una relación razonable con los beneficios que de su aplicación resultarían para el interés general.

Este trabajo ha pretendido aplicar las consideraciones precedentes a un análisis del discurso institucional sobre el supuesto cambio de paradigma constitucional ecuatoriano a partir de la Constitución de 2008, en la corriente doctrinaria y en la laboral jurisprudencial. Su análisis de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria en el Ecuador ha dado cuenta de que el tránsito desde el paradigma de la legalidad al paradigma del constitucionalismo fue anterior a la Constitución del año 2008 y la argumentación jurídica del constitucionalismo actual principalmente a través del juicio de ponderación fue aplicada adecuada y responsablemente por los jueces para la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos en su relación con la administración con la vigencia de la Constitución de 1978 reformada en 1998.

No parece por ello razonable que el conjunto normativo de la Constitución ecuatoriana, aprobado por la Asamblea Constituyente el 24 de julio de 2008 en Montecristi y ratificado mediante consulta popular de 28 de septiembre del mismo año, haya llevado al foro ecuatoriano, a través del grupo de abogados cercanos al gobierno, a sostener que con la nueva Carta Magna se introducía en el sistema jurídico ecuatoriano el *Neoconstitucionalismo*, pese a que esta postura fue inmediatamente compartida por una Corte Constitucional “Para el Periodo de Transición” afín también al Gobierno.

Sobre la categoría *Neoconstitucionalismo*, nos hemos permitido abarcar la discusión de la misma a través de la propuesta de Pozzolo, quien utilizó el neologismo sobre la base de una aproximación a Ronald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky. Su propuesta, con todo, y según se ha argumentado, resultaría más próxima al análisis por nosotros efectuado en el segundo capítulo que al Anti-Iuspositivismo Principalista al

que critica Ferrajoli por su clara inclinación evidente al iusnaturalismo [Luigi Ferrajoli 2010: 15 ss.].

En su acepción radical, bajo la etiqueta neologista de *Neoconstitucionalismo* se han construido en el caso ecuatoriano elaboraciones doctrinarias enmarcadas en un Anti-Iuspositivismo Principalista que ha llevado a afirmaciones ligeras, y a descartar el debate alrededor del hecho de que a las normas constitucionales también se encuentran sometidos los jueces y legisladores. Ello ha conducido a un debilitamiento de la normatividad de la Constitución, a su desconstitucionalización, al colocar el límite de la actuación jurisdiccional, en la aproximación moral del caso y de la Carta constitucional.

A estas elaboraciones doctrinarias se ha sumado la Corte Constitucional, a través de incomprensibles fallos que intentan sustentarse, textualmente, en la doctrina del *Neoconstitucionalismo* y en la nueva realidad normativa y filosófica que caracterizaría a la actual Constitución: “*La necesidad de interpretar la Constitución surge precisamente porque ésta se caracteriza por estar conformada por textos abiertos o indeterminados (especialmente en la Carta de Derechos o principios) donde la sola literalidad de la norma no resuelve los casos concretos*”⁸².

Así lo hemos argumentado al enfrentarnos a los fallos que las Cortes ecuatorianas han realizado respecto de esta materia. Hemos distinguido entre la labor de la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia, que tuvo una labor fructífera a durante la segunda mitad de la primera década del nuevo milenio en cuanto al análisis del uso de la ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad y la producción de la actual Corte Constitucional, cuyo origen se encuentra en la Constitución del año 2008, y que ha dado cuenta de una flagrante “negociación” funcional de valores por parte de los jueces de ésta última.

Las críticas más ejemplarizadoras al *Neoconstitucionalismo* funcionalista ecuatoriano, resultado del tránsito hacia la negociación de valores con la vigencia de la constitución

⁸² Ecuador, Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC de 13 de marzo de 2009. Suplemento del Registro Oficial 549 de 16 de marzo de 2009.

de 2008 se constataron claramente en el análisis de los fallos de la Corte Constitucional realizado en el último capítulo, análisis que deja en evidencia la presencia de juicios irracionales y arbitrarios en la argumentación del órgano de control constitucional, que denotan falta total de conocimientos de las categorías jurídicas utilizadas, incluyendo el *Neoconstitucionalismo*. El ejemplo más palpable ha sido la utilización del juicio de ponderación en presencia de normas claras y categóricas previas que planteaban la resolución de casos fáciles, a través de argumentos funcionalistas y a costa de los argumentos normativos, invadiendo así las competencias del legislador en desmedro de los derechos constitucionales de las personas.

Por su parte, ha quedado también en evidencia la gran labor jurisprudencial que los Magistrados de la antigua Corte Suprema de Justicia realizaron a través de las sentencias producidas en la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante el uso de la ponderación y aplicación del principio de proporcionalidad previo el cambio de normativa constitucional en el 2008 que, para los negociadores de valores, “representó un cambio de estructura jurídica y de los principios filosóficos que inspiran la nueva Constitución”. El análisis de estos fallos confirmaron nuestra posición con respecto a que la argumentación jurídica del constitucionalismo actual fue aplicada adecuada y responsablemente por los jueces para la efectiva protección de los derechos de la ciudadanía en su relación con la administración, con la vigencia de la Constitución de 1978 reformada en el año 1998.

El estudio realizado en este trabajo no puede sino llevarnos a concluir que el mal llamado *Neoconstitucionalismo* pone en riesgo la pervivencia de la Constitución como norma jurídica suprema.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, (pp. 139-151) Alicante: Centro de Estudios Constitucionales.

(1994). *El concepto y la validez del Derecho*, (Seña, J.M. trad.), Barcelona: Editorial Gedisa.

ARAGÓN REYES, Manuel (1986). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. En *REDC*, núm 17, (85-136), Madrid: CEC.

(1998). *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2009). Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo. En *Ponderación y Derecho Administrativo*, (L. Ortega y Susana de la Sierra, Comp.) Madrid: Marcial Pons.

ASANZA MIRANDA, Felipe (2011). Introducción a la Conferencia Neoconstitucionalismo en el Ecuador y las nuevas estructuras globales de derecho y democracia. Quito: Universidad Internacional SEK. Rescatado el 09 2014 de <https://es.scribd.com/doc/50202932/Neoconstitucionalismo-en-El-Ecuador-y-Las-Nuevas-Estructuras-Globales-de-Derecho-y-Democracia>

ATIENZA, Manuel (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: CEC.

(1995). ¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial? En *La teoría jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho*, Cuadernos y

Estudios de Derecho judicial, Madrid: Editorial Consejo General del Poder Judicial.

(1998). *Derecho y Argumentación*, (1ra ed.), Bogotá: Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

(2001). *El sentido del Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel.

ÁVILA, Ramiro (2008). Los principios de aplicación de los derechos. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (R. Ávila, Ed.), (pp. 39-72), Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

(2012). *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, UASB Digital.

BARNES, Javier (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. En *Revista de Administración Pública*, núm. 135. Septiembre-diciembre 1994, (pp. 495-522), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BERNAL PULIDO, Carlos (2006). El neoconstitucionalismo a debate. En *Temas de Derecho Público*, núm. 76, (1ra ed.), Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

(2007). Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo. En *Teoría del neoconstitucionalismo*, (Miguel Carbonell Ed.), Madrid: Editorial Trotta.

BIDART CAMPOS, Germán (2000). *Lecciones elementales de política*, (10ma ed.), Buenos Aires: Eida.

COMANDUCCI, Paolo (2005). Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico. En *Neoconstitucionalismo (s)*, Edición de Miguel CARBONELL, Madrid: Editorial Trotta.

DWORKIN, Ronald (2009). *Los Derechos en Serio*, (1ra ed.), (7ma imp.), Barcelona: Editorial Ariel.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1994). *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid: Civitas.

FERRAJOLI, Luigi (1999). El derecho como sistema de garantías. En *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, trads.), (4ta ed.), Madrid: Editorial Trotta.

(2005). Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional. En *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho* (Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, Eds.) (1ra ed.), [en línea], México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(2005). Pasado y futuro del Estado de derecho. En *Neoconstitucionalismo (s)*, Edición de Miguel CARBONELL, Madrid: Editorial Trotta.

(2010). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977), núm. 34 (2011), (pp. 15-54), Alicante: Centro de Estudios Constitucionales.

FIX-ZAMUDIO, Héctor (2007). Justicia Administrativa. En *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, (Cisneros Farías G., Fernández Ruiz J. y, López Olvera, Miguel Eds.), (1ra ed.), (pp. 171-234), [en línea],

México: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia. En *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo* (Sanín Restrepo, R., Coord.), (pp. 119-163), Bogotá: Legis, 2006.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo (1992). *Hacia una nueva justicia administrativa*, (2da ed.), Madrid: Editorial Civitas S.A.

(1994). *Revolución francesa y administración contemporánea*, (4ta ed.), Madrid: Editorial Civitas.

(2000). *Democracia, jueces y control de la administración*, (5ta ed.), Madrid: Editorial Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón.(1999). *Curso de Derecho Administrativo*, (9na ed.), Madrid: Civitas Ediciones.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998). *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

(2005). La Teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo», En *Neoconstitucionalismo (s)*, Edición de Miguel CARBONELL, Madrid: Editorial Trotta.

GARCÍA FIGUEROA A. y, GASCON, Marina (2003). Aproximación a la Teoría de la Argumentación. En *La Argumentación en el Derecho*, Perú: Palestra.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio (1964). *Tratado de Derecho Administrativo*, (Tomo I). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

GARRIDO FALLA, Fernando (1952). Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales. En *Revista de Administración Pública*, núm. 7, [en línea], pp. 11-26, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Recuperado el 10 de noviembre de 2010 de http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1991_124_065.PDF

GILLIGAN, Carol (1982). *In a Different Voice*. Cambridge, MA, Harvard University Press. (Trad. Juan J. Utrilla, *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*. México, Fondo de Cultura Económica, 1985).

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus (2003). *El Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra: Editorial Aranzadi.

GORDILLO, Agustín (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*, (5ta ed.), (Tomo I), Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

GUASTINI, Riccardo (2005). La ‘Constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En *Neoconstitucionalismo (s)*, Edición de Miguel CARBONELL, Madrid: Editorial Trotta.

(2006). La interpretación: objetos, conceptos y teorías. En *Interpretación jurídica y decisión judicial*, (Vásquez Rodolfo, Comp.), México: Fontamara.

(2010). *Interpretación, Estado y Constitución*, (1ra ed.), Lima: ARA Editores.

HABERMAS, Jürgen (2005). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho*, (Jiménez Redono Manuel, Trad.) (4ta ed.), Madrid: Trotta. (Título original en alemán: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp, 1992).

- HÄBERLE, Peter (2008). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. En *Revista Academia Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, núm. 11, (pp. 29-61), Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho.
- JELLINEK, Georg (2000). *Teoría General del Estado*, Granada: Comares.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (1994). *Introducción al Derecho constitucional*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- LLEWELLYN, Karl N. (1994). Una teoría del derecho realista: el siguiente paso. En *El ámbito de lo jurídico, lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, (Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan Comp.), (pp. 244-302), Barcelona: Editorial Crítica.
- MARÍN CASTÁN, María Luisa (2006). Constitucionalismo, justicia constitucional y crisis del positivismo jurídico. En *Positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, (pp. 379 -410), Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2004). *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomo I, (1ra ed.), Madrid: Thomson-Civitas.
- NIETO, Alejandro (1966). Los orígenes del contencioso administrativo en España. En *Revista de Administración Pública*, núm. 50, [en línea], Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Recuperado el 10 de noviembre de 2010 de http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1991_124_065.PDF
- ORTEGA, Luis (2009). Introducción. En *Ponderación y Derecho Administrativo*, (L. Ortega y Susana de la Sierra, Comp.) Madrid: Marcial Pons.

PAREJO ALFONSO, Luciano (1983). *Estado social y administración pública*, Madrid: Editorial Civitas.

PERELMAN, Chaim y, Olbrechts-Tyteca, Lucie (1958). *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Paris: Presses Universitaires de France.

PÉREZ ROYO, Javier (2007). *Curso de Derecho constitucional*, (11ra ed), Madrid: Marcial Pons.

POZZOLO, Susana (1997). La especificidad de la interpretación constitucional. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977), núm. 21, vol. II (1998), (pp. 339-353), Alicante: Centro de Estudios Constitucionales.

PRIETO SANCHIS, Luis (1997). Interpretación y creación judicial del Derecho. La incidencia del Tribunal constitucional en el sistema fuentes. En *Lecciones de Teoría del Derecho* (Betegón J., Gascón M., Paramo, J.R. de y, Prieto Sanchís, Luis, Coord.), Madrid: McGraw-Hill.

(2005). *Constitucionalismo y positivismo*, México: Fontamarrá.

(2010). Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En *Direitos Humanos e Globalizao, Fundamentos e Possibilidades desde A Teoria Crítica*, Brasil: EDIPUCRS.

ROCA TRÍAS E. y, AHUMADA RUIZ, Ángeles (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. En *XV Encuentro de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, (24 a 27 de octubre de 2013). Rescatado en 09 2014 de <http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/XVTrilateral.aspx>

- RODRÍGUEZ, César (1997). *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo del hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1984). Prólogo. En *La interpretación de la Constitución* (Enrique Alonso, autor), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SANCHÉZ MORÓN, Miguel (2006). *Derecho Administrativo*, (Parte General), Madrid: Tecnos.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2006). *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid: IUSTEL.
- SARRÍA, Consuelo (1981). Control judicial de la administración pública. En *Volumen colectivo Justicia Administrativa*, Tucumán: Ediciones UNSTA.
- SORIANO GARCÍA Eugenio (1990). El concepto de derecho administrativo y de la administración pública en el Estado social y democrático de derecho. En *Revista de Administración Pública*, núm. 121, [en línea], Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Recuperado el 10 de noviembre de 2010 de http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1990_121_149.PDF
- SORIANO, José Eugenio (1991). Los poderes del juez, la Ley y la reforma del contencioso. *Revista de Administración Pública*, núm. 124, [en línea], pp. 65-66, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Recuperado el 10 de noviembre de 2010 de http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1991_124_065.PDF

- STEIN, Lorenzo (1981) *Movimientos sociales y monarquía*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- TOBAR DONOSO, Julio (1981). *Elementos de ciencia política*, (4ta ed.), Quito: Editorial Ecuatoriana.
- TOULMIN, Stephen (1958). *The Uses of Argument*, Cambridge: Cambridge University Press.
- TOURAINÉ, Alain (2001). Republicanos y Liberales” en *¿Qué es la democracia?*, (Horacio Pons, trad.), (pp. 115-132), México: Fondo de Cultura Económica.
- UPRIMMY, Rodrigo (1992). *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá: Editorial Fundación Universitaria Autónoma de Colombia.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2009). Método de la Ponderación y sistema competencial. En *Ponderación y Derecho Administrativo* (L. Ortega y Susana de la Sierra, Comp.), Madrid: Marcial Pons.
- VELÁZQUEZ BAQUERIZO, Ernesto (1995). *La nueva justicia administrativa: diagnostico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador*, Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo.
- VIDAL FUEYO, María del Camino (2005). El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Año 11, Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung
- VIEHWEG, Theodor (1964). *Tópica y jurisprudencia*, (Diez Picazo Luis, Trad.), Madrid: Taurus

ZAGREBELSKY, Gustavo (1997). *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, Madrid: Trotta.

ZAIDÁN, Salim (2011). Los principios de aplicación de los Derechos en la Constitución de 2008: una mirada distinta a la “neoconstitucionalista”, en *Revista Ratiodecidenti*, , Vol. 1, No. 2, agosto 2011, Quito: Ed. Quevedo y Ponce Estudio Jurídico.