



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**SISTEMA DE POSGRADO**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

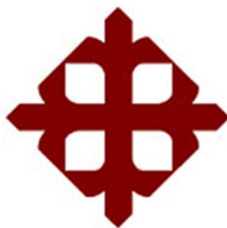
**“TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO PARA LA  
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL”**

**TEMA:**

**EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA  
PONDERACIÓN, EN LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS  
ÓRGANOS REGULADORES DE LA SITUACIÓN MILITAR Y  
PROFESIONAL DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS DEL  
ECUADOR**

**ALUMNO: ÉDISON DAVID GÓMEZ CASTILLO**

**2017**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Ab. ÉDISON DAVID GÓMEZ CASTILLO**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo: «EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PONDERACIÓN, EN LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS ÓRGANOS REGULADORES DE LA SITUACIÓN MILITAR Y PROFESIONAL DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS DEL ECUADOR», cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 06 días del mes de septiembre del año 2017**

**EL AUTOR:**

---

**Ab. ÉDISON DAVID GÓMEZ CASTILLO**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, Ab. ÉDISON DAVID GÓMEZ CASTILLO**

**DECLARO QUE:**

El examen complejo: «EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PONDERACIÓN, EN LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS ÓRGANOS REGULADORES DE LA SITUACIÓN MILITAR Y PROFESIONAL DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS DEL ECUADOR», previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en formato APA-6, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, a los 06 días del mes de septiembre del año 2017**

**EL AUTOR**

---

**Ab. ÉDISON DAVID GÓMEZ CASTILLO**

## ÍNDICE

Contenido	Página
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>INTRODUCCIÓN</b>	
<b>I.1. EL PROBLEMA: .....</b>	<b>01</b>
<b>I.2. OBJETIVOS .....</b>	<b>02</b>
Generales.....	02
Específicos.....	02
<b>I.3. REVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL.....</b>	<b>02</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>DESARROLLO</b>	
<b>II.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	<b>04</b>
<b>II.1.1. Antecedentes.....</b>	<b>04</b>
Breve Evolución Histórica de los Derechos Humanos.....	04
La Revolución de los Estados Unidos.....	04
La Revolución Francesa.....	05
La Primera Guerra Mundial.....	05
La Segunda Guerra Mundial.....	06
<b>II.1.2. Descripción del Objeto de Investigación.....</b>	<b>08</b>
Preguntas de Investigación.....	09
Pregunta Principal.....	09
Variable Única.....	09
Indicadores.....	10
Preguntas complementarias de Investigación.....	10
<b>II.2 FUNDAMENTACIÓNTEÓRICA.....</b>	<b>10</b>
<b>II.2.1. Antecedentes de Estudio.....</b>	<b>10</b>
Antecedente Histórico del Estado Constitucional.....	10
El iusnaturalismo frente al iuspositivismo.....	14
El Neoconstitucionalismo.....	16
<b>II.2.2. Bases teóricas.....</b>	<b>18</b>
El Estado Constitucional y los Derechos Fundamentales....	18

Enfoque sobre los valores, principios y reglas.....	21
Interpretación constitucional.....	23
La Subsunción vs la Ponderación.....	24
La Ponderación en la Administración Pública.....	30
Sobre la ponderación en la Administración.....	
Pública Militar .....	31
<b>II.3. METODOLOGIA.....</b>	<b>41</b>
Modalidad.....	41
Categoría.....	41
Diseño tipo encuesta y análisis de	
conceptos .....	41
Población y Muestra .....	42
Métodos de Investigación... ..	42
Métodos Teóricos..... ..	42
Análisis.....	42
Deducción.....	42
Inducción... ..	42
Hermenéutico.....	43
Métodos Empíricos.....	43
Cuestionario tipo encuesta.....	43
Cuestionario tipo entrevista.....	43
Métodos Matemáticos.....	43
Instrumento de Estadística Descriptiva.....	43
Procedimiento.....	44

## **CAPÍTULO III CONCLUSIONES**

<b>III.1. RESPUESTAS.....</b>	<b>46</b>
Base de Datos.....	46
Análisis de Resultados.....	46
<b>III.2. CONCLUSIONES.....</b>	<b>59</b>
<b>III.3. RECOMENDACIONES.....</b>	<b>60</b>

### **INDICE DE FIGURAS**

- <b>Figura 1.....</b>	47
- <b>Figura 2.....</b>	48
- <b>Figura 3.....</b>	49
- <b>Figura 4.....</b>	50
- <b>Figura 5.....</b>	51
- <b>Figura 6.....</b>	52

### **INDICE DE TABLAS**

- <b>Tabla 1.....</b>	46
- <b>Tabla 2.....</b>	53

<b>III.4. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>62</b>
---------------------------------	-----------

#### **III.5. APÉNDICE:**

**APÉNDICE 1.-** Formato de la encuesta que se realizó a los abogados de la administración pública militar.

**APÉNDICE 2 A.-** Impresión del correo electrónico, mediante el cual se entrevistó vía email con una sola pregunta a Roberto Gargarella.

**B.-** Impresión del correo electrónico, mediante el cual, Roberto Gargarella, respondió a la pregunta planteada.

**C.-** Impresión del correo electrónico, mediante el cual se entrevistó vía email con una sola pregunta a Miguel Carbonell.

**D.-** Impresión del correo electrónico, mediante el cual, Miguel Carbonell, respondió a la pregunta planteada.

**E.-** Impresión del correo electrónico, mediante el cual se entrevistó vía email con una sola pregunta a Carlos Bernal Pulido.

**F.-** Impresión del correo electrónico, mediante el cual, Carlos Bernal Pulido, respondió a la pregunta planteada.

**RESUMEN SOBRE: «EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PONDERACIÓN, EN LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS ÓRGANOS REGULADORES DE LA SITUACIÓN MILITAR Y PROFESIONAL DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS DEL ECUADOR»**

Los servidores públicos abogados, tienen la obligación de utilizar el método de interpretación constitucional de la ponderación, cuando se encuentren con un caso difícil; para demostrarlo, fue necesario abordar la evolución histórica de los derechos humanos hasta la gran guerra, que nos permitió precisar la transformación de la interpretación jurídica. Describimos al iuspositivismo frente al iusnaturalismo, como ha incidido en la construcción de un constitucionalismo moderno. El Estado constitucional en el Ecuador, significó un cambio de paradigma del derecho, en donde no sólo operan las reglas propias de la ley, sino que existen también los principios constitucionales, que deben ser desarrollados en la mayor medida posible según Alexy R, lo cual amerita la creatividad de la o el juez, o, de la o el servidor público para encontrar la decisión más adecuada. El diseño metodológico escogido es tipo encuesta. Los métodos empíricos utilizados constan: cuestionario tipo encuesta a doce servidores públicos abogados y cuestionario tipo entrevista a tres expertos en derecho constitucional. Nuestra población estudiada, fueron doce servidores públicos ecuatorianos y tres expertos internacionales en derecho constitucional, además de varios artículos constitucionales, legales y reglamentarios. Finalmente, concluimos que sí es posible ponderar dentro de la administración pública en general y en los Consejos Militares en particular. En consecuencia, los servidores públicos abogados de los Consejos Militares están en la obligación constitucional de utilizar la ponderación, sin embargo, de la encuesta realizada, se evidenció un desconocimiento sobre los casos fáciles y difíciles, la aplicación de la ponderación y la fórmula del peso, ergo, los servidores públicos abogados en el Ecuador, no están capacitados para ponderar, no conocen sobre la ponderación y la posibilidad de ser aplicada en los órganos administrativos que ellos asesoran.

**PALABRAS CLAVE: ESTADO CONSTITUCIONAL, DERECHOS FUNDAMENTALES, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, PONDERACIÓN.**



## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

#### I. EL PROBLEMA

La Constitución de la República del Ecuador, que entró en vigencia el 20 de octubre de 2008, (Asamblea Constituyente. Montecristi. 2008) transformó al Ecuador de un Estado social de derecho a otro tipo de Estado que es el constitucional de derechos y justicia, cuya carta suprema se caracteriza por estar dotada de contenido neoconstitucional, con principios y derechos directa e inmediatamente aplicables, de igual jerarquía, invasora de las relaciones público –privadas, que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico, a su vez considera a la persona como sujeto y fin del sistema económico y social, además de otorgarle derechos a la naturaleza, en definitiva, es una Constitución con derechos sustantivos y fuerza normativa, que establece ‘límites y vínculos a todo poder’ (Ferrajoli, 2010: 26).

En esa línea, siendo la ponderación un método de interpretación constante en el Art. 3 numeral 3) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que según la doctrina sirve para solucionar aquellos casos en donde no es posible subsumir, es en este escenario donde surge el principal problema objeto de este examen complejo, porque existe la concepción conservadora y legalista de los Órganos Reguladores de la Situación Militar y Profesional del personal de las Fuerzas Armadas (en adelante Consejos Militares), que dicho método no puede ser aplicado por los servidores de la administración pública militar, al dictar un acto administrativo que crea, reconoce, altere, limite o extinga derechos de las personas ‘administrados’<sup>1</sup>, sobre la base de la errada idea que dicho método es un mecanismo jurídico diseñado sólo para la interpretación de principios por parte de los jueces con potestad jurisdiccional, sin tomar en cuenta al neoconstitucionalismo y que las resoluciones administrativas,

---

<sup>1</sup> Dentro de este trabajo se considerará administrado, a toda y todo ciudadano civil, militar o policial en relación de dependencia laboral con la administración pública.

además de gozar de la presunción de legitimidad, son una especie de *sentencias* que pueden ser ejecutadas por la misma administración.

## **I.2. OBJETIVOS:**

### **Objetivo General:**

Demostrar que los servidores públicos abogados de los Consejos Militares en el Ecuador, tienen la obligación de utilizar el método de interpretación constitucional de la ponderación, en presencia de un caso difícil.

### **Objetivos Específicos:**

1. Determinar que el método de interpretación constitucional de la ponderación es aplicable dentro de los Consejos Militares.
2. Demostrar que la aplicación del método de interpretación constitucional de la ponderación por parte de los servidores públicos abogados con facultad de emitir actos administrativos dentro Consejos Militares, reafirma la concepción de Estado constitucional de derechos y justicia.
3. Establecer si los servidores públicos abogados que asesoran jurídicamente a los Consejos Militares, conocen o no sobre la aplicación del método de interpretación constitucional de la ponderación.

## **I.3. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL**

Desde finales del siglo XVIII, el Estado tuvo que operar dividido en las tres funciones clásicas ‘ejecutiva, legislativa y judicial’, que en la actualidad ecuatoriana se suman dos más ‘a) electoral, b) transparencia y control social’, en ese escenario, el Estado en su interrelación con las personas, dicta actos administrativos expedidos por las instituciones públicas, entre ellas la administración pública militar, también actos judiciales que sólo lo pueden dictar los jueces con potestad jurisdiccional. Para el objeto de este estudio, es importante dejar sentada la diferencia entre un acto expedido por la administración pública en ejercicio de su potestad

resolutiva que se refiere a un 'acto administrativo' frente a un acto judicial, dictado por los jueces al administrar justicia, v. gr, una 'sentencia'. Por tanto, el presente estudio no abarcará los actos judiciales sino sólo los administrativos, específicamente los dictados por los Consejos Militares, con incidencia en los derechos subjetivos de los administrados.

Al respecto, el profesor Zavala Egas (2011) manifiesta que:

“...uno de los poderes públicos es la ‘Administración Pública del Estado’, que a través de las personas jurídicas y de los órganos que la integran, ejerce potestad pública o más concretamente potestad administrativa, esto es, posee capacidad, constitucionalmente atribuida, de ejercer poder. Continúa diciendo el profesor que la potestad es siempre un poder otorgado por el ordenamiento jurídico, por lo tanto limitado y no desenfrenado o arbitrario” (pp. 190-191).

En resumen, la expedición de un acto administrativo por los Consejos Militares, es una de las formas de ejercer poder frente a los administrados, por tanto debe cumplir con el estándar de motivación para descartar la arbitrariedad por parte de los servidores públicos. Consecuentemente, se demostrará la obligación que tienen estos servidores de utilizar la ponderación, cuando principios constitucionales de la administración pública y de los administrados entren en colisión, por ejemplo Pi vs Pj, lo cual se debe materializar a través del acto administrativo, qué principio es más importante en el caso concreto.

## **CAPÍTULO II**

### **DESARROLLO**

#### **II.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

##### **II.1.1. Antecedentes:**

###### **Breve Evolución Histórica de los Derechos Humanos.-**

Los derechos humanos se traducen en aquellas categorías o atributos supremos y universales que no necesitan ser reconocidos por el Estado o por los particulares para su efectiva vigencia, disfrute y goce, dado que son intrínsecos y comunes a todos y todas las personas por el sólo hecho de serlo, llamado también derecho de gentes. La historia universal ha evidenciado, las atrocidades realizadas por el hombre en perjuicio de la integridad física y psicológica del propio hombre, a lo que Hobbes consideraba “Homo Homini Lupus- el hombre es lobo del hombre”; y en no muy pocas ocasiones, el mismo hombre ha utilizado las normas jurídicas positivizadas en el sistema para legitimar su destrucción, siendo indispensable para el ser humano pacífico, recurrir a pensamientos morales y racionales como instrumento de defensa y supervivencia.

###### **La Revolución de los Estados Unidos.-**

“Los años finales del siglo XVIII fueron convulsos para los territorios americanos, en especial para los estados americanos dependientes de la corona inglesa. Tras la Guerra de los Siete Años, que enfrentó a Gran Bretaña contra Francia y que fue ganada por los británicos gracias a la aportación de las colonias americanas, la metrópoli impuso sobre las colonias una serie de impuestos y leyes que fueron muy impopulares. Dos de los acontecimientos que han sido considerados como las causas de la revolución, y por ende, de la Guerra de la Independencia de los EEUU fueron, por un lado, el Motín del Té de Boston y, por el otro, las sanciones de las Actas Intolerables. El 4 de julio 1776 se aprueba la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. Este hecho unió definitivamente a las trece colonias contra Gran Bretaña, pero en el

texto de esta declaración se tocaban temas tan decisivos para el desarrollo posterior de la humanidad como la igualdad de los hombres o sus derechos inalienables, como el derecho a la vida o a la libertad. Asimismo, establecen que los gobiernos sólo pueden gobernar con el consentimiento del pueblo. En 1783, la guerra finalizó con la Paz de Versalles, tratado mediante el cual se otorgaba la independencia a los Estados Unidos” (C.Carlos).

### **La Revolución Francesa.-**

Respecto a esta revolución el autor relató:

“El estado llano o tercer estado, que congregaba la mayoría absoluta de la población, se encontraba sumido en la miseria. Ciertos sectores de origen popular, los burgueses, habían logrado adquirir una envidiable situación económica y una preparación intelectual superior que les capacitaba para contradecir los privilegios de la nobleza y el clero. Mientras tanto la nobleza y el clero, tratando de mantener un régimen social históricamente superado, seguían aferrándose al ejercicio de privilegios, inadmisibles para entonces. El estado llano, aparte de sus miembros naturales, contaba con la adhesión de sectores minoritarios de una nobleza ilustrada. Contaba también con los votos del bajo clero; curas provincianos especialmente, que resentidos con los obispos de la nobleza, no dudaron en sumarse a los planteamientos del tercer estado. El pueblo de París se lanzó sobre la vieja fortaleza de la Bastilla. La tomó, la incendió y puso en claro que el viejo régimen de los privilegios había terminado. De modo definitivo e irreversible, la Revolución había comenzado” (Mancheno T. 2004: 260-262).

### **La Primera Guerra Mundial.-**

El 28 de junio de 1914 inicia el conflicto de la primera guerra mundial, producto de la negativa de los serbios a la solicitud del imperio Austro-Húngaro, de investigar el asesinato del archiduque Francisco Fernando, heredero del Imperio. Poco a poco ingresaron al conflicto, Alemania en apoyo a Austria, Rusia a Serbia y Francia a Rusia, posteriormente se incorporó Gran Bretaña, como resultado de la invasión de

Alemania a Bélgica que era neutral. En 1918 Rusia se retiró de la guerra y era el comienzo del fin de la contienda. Al final de la guerra, los vencedores impusieron excesivas medidas a los vencidos. Alemania tuvo que firmar el Tratado de Versalles en 1919, y con ello fue obligada a parar la industria armamentista. Tomó más vida la idea de una Sociedad de Naciones para garantizar la paz mundial (Thema E. 2007: 795-797); sin embargo, a pesar de la destrucción humana, la pausa a la vigencia de los derechos humanos y el compromiso de los países vencidos de no desencadenar una nueva guerra, sólo consistiría en la antesala para lo que después sería la gran guerra impulsada por el Imperio Alemán, bajo la ideología nacionalsocialista y la aspiración de construir la raza aria; esto es, el inicio de la involución del derecho constitucional.

### **La Segunda Guerra Mundial.-**

Con la firma del pacto de acero entre Alemania e Italia el 22 de mayo de 1939, empieza la política internacional belicista entre estos dos países. Pronto ocurrió la invasión de Polonia por parte de Alemania en la madrugada del 01 de septiembre de 1939 y posteriormente sería París. El 10 de junio de 1940, se hizo efectiva la entrada de Italia a la guerra. El Tratado de Versalles fue violado y se desencadenó la segunda guerra mundial (Thema E. 2007: 799), finalmente se unió Japón, formando el eje Roma-Tokio- Berlín, llamado también el «eje del mal».

Para frenar al *eje del mal*, se formó una coalición llamada «los aliados», liderada por Churchill, Roosevelt y Stalin, que terminó con el suicidio de Hitler, la rendición de Alemania y Japón, este último como resultado del lanzamiento de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki el 06 y 09 de agosto de 1945 respectivamente, por parte de Estados Unidos. Finalmente, se creó la Organización de las Naciones Unidas, ONU, y se elaboró la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fruto de la promesa de varios países del mundo, que “hechos como los ocurridos en la gran guerra jamás se vuelvan a repetir” (Benavides J. 2012: 95).

Al interior y en los países ocupados por Alemania, tanto los principios de libertad, igualdad y fraternidad, quedaron quebrantados por el

cometimiento de las mayores atrocidades que puede dejar una guerra, todo ello porque el derecho positivo no fue suficiente para evitarlo, y más bien, fundamentándose en aquella corriente filosófica, se realizaron todas las leyes nacionalsocialistas para legitimar sus crímenes, la clase más espectacular de casos extraordinarios es aquella que se refiere a la injusticia legislativa.

Alexy. R (2008) nos brinda un ejemplo, es el caso de la Ordenanza Undécima del 25 de noviembre de 1941, expedida de acuerdo con la Ley de Ciudadanía del Imperio Alemán del 15 de septiembre de 1935, que despojaba a los judíos de la ciudadanía alemana y de todas sus propiedades (p. 74), por lo que las leyes que se fundaban en el sano sentimiento del pueblo Alemán, eran legalmente aprobadas por el parlamento y eficaces en la realidad, pero a todas luces contrariaban a la moral, lógica y razón, valores coherentes con la corriente iusnaturalista que no fue observada en aquella época, dado que sólo era derecho lo escrito y aprobado por el sano sentimiento del pueblo, aunque dichas leyes resultaran inhumanas.

De manera que, en ese escenario se reavivaron las voces políticas democráticas, se gira la mirada a la filosofía iusnaturalista, se profundiza el sentimiento del respeto a los derechos humanos como la única forma de supervivencia sobre la tierra, surge un constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, que explicó lo obsoleto del sistema de estados legalistas que no valoraron el derecho natural, para dar paso a estados constitucionalistas con fuerte influencia iusnaturalista, y que trajo como consecuencia otra forma de concebir el derecho, en torno al cambio transcendental de su análisis e interpretación jurídica. Por lo tanto, ya no sólo se interpreta la ley, sino que ahora se deberá interpretar la Constitución; es decir, emergió un nuevo paradigma al ocurrir una extensión en la interpretación del derecho, en suma, de reglas a interpretación de principios, lo cual no sólo puede interpretar los jueces con potestad jurisdiccional sino también los servidores públicos cuando la situación lo amerite.

## II.1.2. Descripción del Objeto de la Investigación

Una vez planteada esta breve evolución de los derechos humanos, que se refiere a los antecedentes del problema esbozado, lo que es necesario para comprender el énfasis que traen consigo las venideras constituciones de post guerra, en relación al respeto de los derechos fundamentales, así como para entender la importancia de los métodos de la interpretación constitucional para la vigencia y protección de esos derechos. Es importante expresar ahora que, por su naturaleza, la administración pública militar siempre está manejando temas sobre los derechos y obligaciones de los administrados, en ese sentido, en cuanto a los derechos podemos decir sobre la estabilidad laboral, remuneraciones, seguridad social, etc., y sobre las obligaciones de los administrados consta como: llegar puntualmente a su puesto de trabajo, cumplir con los objetivos y metas trazados, brindar un servicio público con calidad y calidez, etc.

Lo mencionado es una circunstancia prevista por el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por lo que es fácil advertir que en un momento determinado, se podrían encontrar en conflicto principios tanto de la administración pública militar como de los administrados. Por ejemplo, la obligación de cumplir un mandato judicial, en ejercicio pleno del '*principio a la seguridad jurídica*' (Pi), que tendrá como efecto terminar el vínculo laboral con el administrado, frente al derecho de éste último a la estabilidad laboral, salud, seguridad social, etc., que se traduce en el '*principio a la dignidad humana*' (Pj), que nace por la pasividad de la misma administración militar al no haber ejecutado el fallo en un espacio y tiempo determinado, permitiendo que nazcan nuevos derechos a favor del administrado.

En tal razón, en atención al nuevo orden de la idea constitucional, donde observamos ya no sólo el principio de legalidad sino el de constitucionalidad, es transcendental entonces ponderar ambos principios si  $P_i \leq P_j$ , en el evento que no exista una regla con la estructura silogística tradicional para resolver el caso. Sobre esta técnica más adelante profundizaré, sin perder de vista que el objeto de este trabajo es demostrar



la obligación de los servidores públicos abogados dentro de los Consejos Militares, de utilizar el método de interpretación constitucional de la ponderación si la situación lo amerita, idea que efectivamente reafirma la concepción de Estado constitucional de derechos y justicia; dado que dentro de la administración pública militar, pueden existir casos en donde es necesario ponderar para tomar la decisión más adecuada.

Por lo tanto, descrito el objeto principal de esta investigación, de manera residual es transcendental determinar la importancia de utilizar el método de interpretación constitucional de la ponderación en la administración pública militar, asimismo, si los servidores públicos abogados conocen o no dicho método, dado que fundamentalmente son los asesores en la redacción de una resolución administrativa, que tiende o no a limitar y/o afectar los derechos de los administrados. Por tanto que, para poder determinar la importancia y utilización de dicho método por los sujetos mencionados, se indagará a través de preguntas cerradas, politómicas y de conocimiento, en una población de abogados de la administración pública militar y de expertos en derecho constitucional, sobre la aplicación de la ponderación en la administración pública.

## **PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN**

### **Pregunta Principal**

¿En qué medida los servidores públicos abogados dentro de los Consejos Militares en el Ecuador, tienen la obligación de utilizar el método de interpretación constitucional de la ponderación para la solución de casos difíciles?

### **Variable Única**

El método de interpretación constitucional de la ponderación, como herramienta fundamental y razonable que debe ser utilizada por los servidores públicos abogados de los Consejos Militares para la solución de casos difíciles.

## **Indicadores**

- Falta de capacitación en derecho constitucional a los servidores públicos de la administración pública militar.
- Ausencia de conocimiento sobre el método de interpretación constitucional de la ponderación en los servidores públicos de la administración pública militar.
- Interpretación constitucional sobre la base de la maximización de los derechos fundamentales.
- Interpretación constitucional de las normas previas, claras y públicas por parte de las autoridades estatales.
- Protección de los derechos fundamentales. Trabajo, Seguridad Social.
- Respeto de la dignidad humana. No discriminación.

## **Preguntas Complementarias**

- 1.- ¿En qué medida el método de interpretación constitucional de la ponderación es aplicable dentro de los Consejos Militares?
- 2.- ¿Hasta qué punto la aplicación del método de interpretación constitucional de la ponderación por parte de los servidores públicos con facultad de emitir actos administrativos en los Consejos Militares, reafirma la idea de Estado constitucional de derechos y justicia?
- 3.- ¿En qué grado los servidores públicos abogados de la administración pública militar, conocen o no el método de interpretación constitucional de la ponderación?

## **II.2. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**

### **II. 2.1. Antecedentes de Estudio**

#### **Antecedente Histórico del Estado Constitucional.-**

En torno a los juristas de la modernidad existen criterios diversos sobre la concepción del Estado constitucional, unos piensan que es lo mismo al Estado de derecho o al Estado social de derecho, otros reflexionan un poco

más y dicen que es diferente, pero todos coinciden en la corriente neoconstitucionalista, que infiere que el Estado y Derecho de hoy es diferente al Estado y Derecho concebido antes de la segunda guerra mundial, según la transformación del pensamiento del hombre, siguiendo a Priori G. (2014) «el pensamiento del hombre ha girado en torno a las siguientes etapas: filosofía de la naturaleza, filosofía de dios, filosofía de la razón; y, finalmente encontramos a la filosofía de los críticos de la razón».

La historia nos ha enseñado, que antes de la Revolución Francesa de 1789, el Estado era visto desde el paradigma absoluto, cuyo poder estaba concentrado en el Monarca; ese paradigma es puesto en cuestionamiento en dicha Revolución, y es destruido con las apariciones de las Constituciones en el continente europeo y americano, apareciendo la ley como fuente del poder, la medida de todas las cosas, separación de los poderes y como primer órgano jurídico que representa al pueblo – el Parlamento; la Constitución aparece como un mero documento político sin fuerza normativa, que en términos de De Vega P. (1985), se identificaba en cierta medida con el contrato social (p. 316), sin embargo aplicable en la forma y medida desarrollada en la ley. En suma, en palabras de Castro I. (2014) “La Constitución era una especie de norma lisiada que necesitaba las muletas de la ley para ser aplicada”.

En este paradigma imperaba el método exegético del derecho, era básicamente el conocimiento de la ley, y esto duró hasta la caída del nazismo y fascismo en Europa, puesto que “el Estado de derecho [imperio de la ley] no sólo fue capaz de evitar las atrocidades de la gran guerra, sino que la sustentó” (Priori G: 2014), basado en la ley como norma, y en el positivismo como modelo, defendida por grandes juristas de la época fundamentalmente por Carl Schmitt y sus acólitos como Alfred Rosenberg, Joseph Goebbels y otros. Razón por la cual, al término de la guerra, aparecen por un lado los Estados Sociales de Derecho, que en Ecuador no fue hasta 1998 que se implementó, y por otro lado la corriente neoconstitucionalista, insinuando Estados constitucionales, en donde la Constitución como norma jurídica debería adquirir un papel protagónico, es decir, el positivismo con una alta dosis de influencia iusnaturalista, en esa línea se centra el debate de los

juristas modernos de hoy, el primero de esos modelos en su momento defendido por Hart y Kelsen, y el segundo por Dworkin y Alexy.

“El punto de partida del constitucionalismo contemporáneo o (neoconstitucionalismo), lo podemos encontrar en la Ley Fundamental de Bonn de 1949” (De Vega: 1985, p. 54). Dice el profesor Bockenförde, citado por Zavala Egas J. (2010): “La Ley Fundamental de Bonn, dispone que los derechos fundamentales son derecho directamente aplicable – en lugar de simples proposiciones programáticas- y que como tales vinculan a las tres funciones estatales<sup>2</sup>, particularmente también a la legislación, la posibilidad de restringir los derechos fundamentales, en tanto sea admitida, está limitada por el hecho de que en ningún caso puede afectar su contenido esencial. Esta aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales recibe su aseguramiento procesal en la medida que se garantiza a cualquiera el acceso a los tribunales contra la lesión de sus derechos por parte del poder público” (p. 54).

Sin lugar a dudas, todas estas construcciones del pensamiento jurídico, tienen inexorablemente influencia política, que además de verificarse nuevas formas de vivir y de resolver los conflictos en la sociedad basado en el ordenamiento jurídico, aterrizan también en la economía. Es por ello que, antes de llegar al Estado constitucional, el Ecuador abandonó la idea de Estado de Derecho, y optó por otro modelo de Estado, el Social de Derecho, como se lee del Art. 1 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 (Congreso Nacional. Quito. 1998).

Con este modelo, se quiso colocar como fuente suprema y de reconocimiento del Estado, la vigencia del principio de respeto absoluto a los derechos constitucionales, como norma suprema a la Constitución, proscribir la arbitrariedad del poder público, reconocer además de los derechos civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales. Pero dada la falta de compromiso del poder político, la ingobernabilidad en que vivió el Ecuador por más de una década, “el Estado Social de Derecho, no tuvo

---

<sup>2</sup> Cinco funciones del Estado en el caso de Ecuador (ejecutiva, legislativa, judicial, electoral y participación ciudadana y control social).

los efectos deseados o pasó desapercibido, más aún porque en la Constitución ecuatoriana de 1998 no existía una norma constitucional como el Art. 9 numeral 2) de la Constitución Española, que manda a remover los obstáculos para hacer efectivo la vigencia de los derechos” (Castro I: 2014), en fin con ello se pretende describir brevemente los modelos de Estado y del Derecho que existieron en el Ecuador, como antesala a la construcción del Estado constitucional.

Según el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, el Ecuador se transformó en un Estado Constitucional, que en términos de Guastini R. (2002), “se diferencia por tener las siguientes características: rigidez de la Constitución, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante, sobreinterpretación de la Constitución, aplicación directa de la norma constitucional, etc.” (pp. 49-61). En consecuencia, dichas características no son ajenas a nuestra Constitución, por lo que bien podemos decir que en el Estado de Derecho, la protagonista era la ley [imperio de la ley], constituida de reglas que se pueden subsumir; pero en el Estado Constitucional, la protagonista es la Constitución [imperio de la Constitución], construida de valores, principios y reglas que se subsumen o ponderan según el caso concreto.

Lo expresado *ut supra* es transcendental, porque no se trata simplemente de otra disciplina del derecho, sino de un “cambio de paradigma copernicano” (Priori G: 2014), esto es, otra forma de mirar el derecho. En el imperio de la ley y el positivismo de Hart, los jueces y tribunales si no podían subsumir en la operación silogística, tenían total discreción para resolver todos los casos, no existiendo una única respuesta correcta, lo cual el iusnaturalismo concibe una renovada idea, dado que si los valores y principios entran en colisión y no es posible subsumir por su indeterminación, entonces se debe ponderar, para encontrar la respuesta correcta, coherente con el pensamiento filosófico racionalista, esto es una interpretación creativa del juez, que en términos de Dworkin, debe ser un juez hércules, y claro ello va a depender si se trata de reglas o principios, se trate de casos fáciles, difíciles o trágicos.

Para dejar claro lo que se ha manifestado, los casos fáciles se los puede resolver subsumiendo, pero en cuanto a los casos difíciles necesariamente se debe ponderar. La antinomia de reglas se la puede resolver a través de la jerarquía [*lex superior derogat inferiori*], temporalidad [*lex posterior derogat priori*] o especialidad [*lex specialis derogat generali*] (Guastini R. 1999: 168), pero en una colisión de principios, según la doctrina, debo establecer cuál de ellos tiene mayor peso o importancia concreta dentro del caso, lo cual no significa la extinción del principio desplazado.

No se trata de decir, que la ley no cumple un papel fundamental en la sociedad, al contrario la misma goza de legitimidad constitucional por el principio *In dubio pro legislatore*, es válida y vigente hasta que no se declare su inconstitucionalidad por la Corte Constitucional, y sea expulsada del orden jurídico o interpretada conforme a la Constitución. Lo que se trata de decir es que la sociedad ecuatoriana ya no sólo se inspira en fundamentos legales, sino principalmente en la Constitución, como fuente primaria que informa los principios y derechos fundamentales.

### **El iusnaturalismo frente al iuspositivismo, el eterno debate.-**

En el 2005, Pérez A., escribió que el iusnaturalismo crítico de nuestro tiempo ofrece un método adecuado para lograr que la interpretación de los derechos fundamentales supere el impase positivista de limitarse a la mera literalidad de la norma, lo que implica condenar al intérprete de valores o principios al silencio. Al propio tiempo que evita que la determinación de los valores se traduzca en puro decisionismo, porque propugna una concepción intersubjetiva de los valores, que halla su fundamento en el consenso sobre las necesidades básicas del ser humano (p. 315), en efecto, el iusnaturalismo nos ubica en la posición de respetar esos derechos connaturales a los seres humanos, lejos del decisionismo que se traduce en arbitrariedad, que como lo afirma Lucas Verdú Pablo (citado por Benavides J. 2012), la decisión es el elemento primordial del orden jurídico, crea la norma, la mantiene, la aplica, de ahí que esta no provenga de norma jurídica alguna (pp. 88-89).

Por otra parte, el iuspositivismo se trata del aquel pensamiento filosófico, que se encarga de sostener que sólo es derecho aquel que se encuentra desarrollado en los textos jurídicos, sean estos constituciones, leyes, reglamentos, etc.; aprobados por el órgano público competente siguiendo un procedimiento preestablecido. Lo cual, en las democracias esos textos aprobados por los representantes del pueblo, debe tener vigencia y eficacia jurídica, que al ser aplicados en la realidad práctica tienen que cumplir los fines para los cuales fueron expedidos aunque estén sustraídos de la justicia y de los valores axiológicos. De modo que, el iuspositivismo llamado también derecho positivo, es el derecho escrito que regula el funcionamiento del Estado, mandatos de prohibición, permisión, derechos y obligaciones de los ciudadanos.

En el siglo XIX se presentó un paulatino retroceso del iusnaturalismo en favor del iuspositivismo jurídico. Sin embargo, después de la segunda guerra mundial, se apreció un resurgimiento de la doctrina del derecho natural, primordialmente como reacción contra las iniquidades morales que, bajo la tutela del derecho positivo, fueron cometidas por los ciudadanos y funcionarios del régimen de la Alemania nazi. Sobre ese particular fue célebre la crítica de Radbruch, a la doctrina del positivismo jurídico en el sentido de que, algunos de sus principios- como el de que *la ley es la ley y ante todo hay que aplicar la ley-* , reflejaban una actitud sin moral y parcialmente responsable del régimen de Hitler, ya que al justificar una legislación como la nacional-socialista, según dicho autor, el iuspositivismo había impedido que se combatiera el contenido arbitrario e injusto de la misma (Orozco J. 2015: 24-25).

De modo que, el iusnaturalismo naturalmente atado a los valores axiológicos desde antes de la aparición del hombre sobre la faz de la tierra, que se traduce en postulados morales, como resultado de un misterio por así llamarlo divino, de ahí es famoso el diálogo griego de Antígona que obedeció la ley de los dioses (derecho natural) por una causa justa, que al de los hombres (derecho positivo), lo que provocó su muerte. Es por ello que, el orden positivista creado por los hombres reducidos a leyes escritas, para regular y ordenar su conducta, no fue suficiente para proteger la

dignidad e integridad de las personas; aunque ciertos juristas de la modernidad sostengan, que ser iuspositivista no quiere decir estar en contra del derecho natural.

Orozco J. (2015) expresó que “uno de los positivistas de mayor importancia del siglo XX fue Hart, quien sostuvo la tesis que no hay una conexión necesaria entre derecho y la moral” (p. 28), a él le siguió Kelsen<sup>3</sup> con su obra la teoría pura del derecho, y más radical a éstos dos últimos fue Carl Schmitt, asesor del régimen nazi, quien fundamentó en esa concepción del derecho, la legitimación de las peores atrocidades que puede cometer un Estado policiaco, particularmente, los defensores del iuspositivismo sostenían que el derecho desarrollado en los textos aprobados por el pueblo, no debían estar contaminados por la moral o las costumbres de los pueblos, porque esos valores no poseen coercibilidad alguna para establecer un orden eficaz, esa es una de las razones por la que el positivismo no pudo evitar los mayores crímenes durante la gran guerra.

El iusnaturalismo o también llamado derecho natural, que permanece en la naturaleza humana y anterior al propio Estado, concebido como todos aquellos derechos y atributos cercanos para la autorrealización personal como consecuencia de la dignidad del ser, sirvió como respuesta necesaria frente a la imposibilidad y limitación del iuspositivismo para defender la libertad, igualdad y fraternidad, así como la supervivencia y el mantenimiento estructural del mismo Estado, en el contexto del surgimiento y puesta en marcha de las políticas policiacas del nazismo y fascismo en Europa, cuyos efectos se sintieron en toda la humanidad.

### **El Neoconstitucionalismo.-**

Se conoce que “la creadora de esta terminología es la italiana Susanna Pozzolo” (Ramírez G: 2015), quien otorga ciertas características como (1) principios vs normas, (2) ponderación vs subsunción, (3) constitución vs independencia del legislador, y, (4) jueces vs libertad del

---

<sup>3</sup> La teoría positivista de Hart y Kelsen, no sustentó el antihumanismo fascista y nazismo, dado que si bien dichos autores fueron iuspositivistas, consideraban a su vez que podían cuestionar leyes injustas y que podía haber producción de normas jurídicas incluso fuera del Estado, evidenciándose con ello una simpatía también al iusnaturalismo.



legislador. Sin embargo, hay quienes afirman que hasta ahora no se conoce, lo que en realidad significa neoconstitucionalismo, como lo afirma Aldunate Lizana "... no está claro lo que sea el neoconstitucionalismo" (Aldunate: 2010). Por otro lado, Comanducci P. (2012) dijo que el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una nueva variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que enseñaba la obligación moral de obedecer la ley (p.100).

En ese orden, siguiendo a este último autor, el modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una constitución *usurpadora*, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley (Comanducci P. 2002: 97). Además que en términos de Verdugo T. (2015) "el neoconstitucionalismo es la aplicación directa e inmediata de la Constitución, no tan sólo en su realidad hipotética sino en su realidad práctica".

De ese modo, el neoconstitucionalismo es una nueva idea de entender el constitucionalismo que surgió a finales del siglo XVIII, este último principalmente basado en la filosofía iuspositivista que involucionó a principios del siglo XX, por lo que esta renovada o moderna idea constitucional que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico tanto público como privado, surge como respuesta a esa involucion del derecho positivo y dotar de contenido de derecho natural a los postulados jurídicos en los nacientes estados constitucionales.

Por otra parte, anotamos lo expresado por Carbonell M., quien en el año 2011 manifestó que, para entender el neoconstitucionalismo, se debe analizar tres niveles o circunstancias históricas. La primera, el neoconstitucionalismo intenta explicar a un conjunto de textos constitucionales que empiezan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer

competencias o a separar a las funciones del Estado, si no que contienen altos niveles de normas *materiales* o sustantivas que condicionan la actuación del Estado; además, estas constituciones contienen extensos catálogos de derechos fundamentales.

La segunda, como resultado de la expedición del modelo sustantivo de textos constitucionales, la pericia jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. Entran en juego los métodos interpretativos propios de los principios constitucionales la proporcionalidad, ponderación, razonabilidad, etc.; y el tercer nivel análisis según Carbonell, es el desarrollo teórico, que se desprende del texto sustantivo y la práctica jurisprudencial, como las aportaciones de grandes filósofos del derecho constitucional (pp. 24-29).

En resumen, el neoconstitucionalismo, nos permite pensar en un nuevo paradigma del derecho, sobre la base de constituciones llenas de derechos fundamentales o normas sustantivas, que garantizan la democracia, soberanía, existencia de división de funciones del Estado para su funcionamiento equilibrado, normas jurídicas constitucionales con posibilidad de ser interpretadas y aplicadas de forma directa por todas las autoridades del Estado, cuya interpretación constitucional final está reservada en el control concentrado, pero por sobre todo con jueces ya no sólo como bocas de la ley, sino también como cerebros y corazón de la Constitución.

## **II. 2.2 BASES TEÓRICAS:**

### **El Estado Constitucional y los Derechos Fundamentales.-**

Al visitar la historia jurídica ecuatoriana, nos daremos cuenta que desde la Constitución de 1830, el Ecuador nace como un estado de derecho, esto es, sobre la base de una concepción preponderantemente legalista, y eso se evidencia de la lectura de su Art. 10, que establecía entre los deberes de los ciudadanos, el obedecer a las leyes y a las autoridades; servir y defender la patria; y ser moderados y hospitalarios. Nótese, obedecer no a la Constitución sino a las leyes expedidas por el legislador, y ese paradigma continuó hasta la Constitución Política de 1998, en donde en el Art. 1, el

constituyente cambia la forma de Estado de derecho a social de derecho, en concordancia con el Art. 97 *ibídem*.

Sin embargo, esta forma de estado no tuvo un impacto real o cambio sustancial en la vida social, política, económica, cultural, etc., ecuatoriana, es decir, ni desde la académica, la doctrina, ni tampoco de los actores políticos, provino un impulso o empuje a un cambio de paradigma en la concepción de estudiar y practicar el derecho, sobre la base de un estado social de derecho en que vivía el Ecuador. Porque como ya se dijo sencillamente no existió un mecanismo jurídico real y efectivo tendiente a remover los obstáculos para el disfrute y goce de los derechos civiles y políticos, así como de los económicos, sociales y culturales, difundidos desde el derecho internacional.

Con el advenimiento de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, tal como consta en su Art. 1 y de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional ecuatoriana, el Ecuador se transformó en un estado constitucional de derechos y justicia, que representa un cambio de paradigma en la concepción del derecho y del Estado. Este no es cualquier Estado, sino aquel que además de tener una Constitución dotada de valores, principios y reglas con fuerte influencia iusnaturalista, contiene un catálogo de derechos fundamentales que en términos de Ferrajoli L. (2010), son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar (p. 37).

Para Priori G. (2009), el Estado constitucional peruano, reemplazó la concepción de Estado de Derecho, por lo que ese cambio no solo supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigma con todo lo que ello significa y trae consigo. Continúa el autor diciendo que el Estado constitucional no sólo es el Estado en el que todos los actos del poder se encuentran sujetos a la Constitución, sino además, el Estado en el que se respeten ciertos valores y principios, sin los cuales a pesar de tener una Constitución sería imposible sostener que nos encontramos ante un Estado constitucional: dignidad de la persona humana, separación de poderes,

protección de los derechos fundamentales, independencia de los órganos jurisdiccionales, control entre los órganos y soberanía popular (pp. 341-342).

En esa línea, ello supone que en cada uno de los casos que resuelve el juez debe hacer efectivos todos los principios y valores constitucionales que se hallan en juego, de igual forma, en un Estado constitucional la función de salvaguarda de la Constitución no sólo se encuentra reservada al Tribunal Constitucional, sino que cada uno de los jueces que conforman el poder judicial, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, tienen la trascendental labor de realizar los principios y valores constitucionales (Priori G. 2009: 345-346). Por consiguiente, de acuerdo a la expresión de Benavides J. (2012) “no es posible hablar de Estado constitucional si no se lo hace en clave de derechos, es decir, los derechos legitiman el apareamiento del Estado, así como señalan sus fines” (p. 93). En suma, debemos afirmar que en un Estado constitucional de derechos como el Ecuador, su característica es la vinculación de los órganos de la Administración Pública a los derechos fundamentales, así lo prescribe el Art. 3 de la Constitución (Zavala J. 2010: 143).

Por otra parte, los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en una Constitución, que gozan dentro de ella y de todo el ordenamiento estatal de una posición central en tanto que fundan y fundamentan el Estado constitucional y democrático de Derecho. Así, Constitución y derechos fundamentales son indisolubles, es por ello que los derechos fundamentales constituyen el desarrollo y la concreción de unos determinados valores y principios como ideales de la cultura jurídico-política propia del mundo moderno (Tomás y Valiente F., 2004: 58). Los derechos fundamentales representan una de las decisiones básicas del constituyente a través de la cual los principales valores éticos y políticos de una comunidad alcanzan expresión jurídica, toda vez que señalan el horizonte de metas socio-políticas a alcanzar, al tiempo que establece la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, o entre sí (Pérez A. 2005: 316). En definitiva, si bien la Constitución ecuatoriana no contiene la expresión de derechos fundamentales, por su contenido debemos entender que se

encuentran implícitos, dado que son todos los derechos humanos desarrollados en el texto constitucional.

La vigencia de un Estado constitucional de derechos y justicia, es la vigencia de una Constitución con normas sustantivas, dotada de valores, principios y reglas capaces de ser aplicada de forma directa por las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos que habitan en el Estado ecuatoriano. Si los principios y las reglas pueden ser aplicados también directamente por los servidores públicos, una de las formas de aplicar dichos principios, es realizando la interpretación constitucional a través de sus métodos desarrollados por la doctrina, y uno de esos métodos es la ponderación. Finalmente, en la Constitución ecuatoriana no encontramos un capítulo expreso con el nombre de derechos fundamentales, a diferencia de otros países, v.gr., si leemos el Título II, Capítulo I de la Constitución de Colombia; el Título I, Capítulo I de la Constitución de Perú; el Art. 7 de la Constitución de Bolivia o el Art. 53 de la Constitución española, en todas ellas observaremos expresamente el desarrollo de los derechos fundamentales.

### **Enfoque sobre los valores, principios y reglas.-**

Para comprender de mejor manera la intensidad de este trabajo, esto es, demostrar la obligación de aplicar la ponderación en la administración pública militar, es importante desarrollar cuáles son esas categorías jurídicas de valores, principios y reglas; para a su vez, poder conocer el campo de acción donde actúa la ponderación. Al respecto, en cuanto a los valores, es fácil comprender que son todos aquellos que traducen un pensamiento de mayor grado de abstracción que los principios; pertenecen al ámbito de lo axiológico, como categorías jurídicas que representan los mínimos consensos de la sociedad como la justicia, libertad, dignidad, propiedad, etc., y que fundamentalmente se encuentran en el preámbulo de la Constitución. Haberle P. (2003) a dicho: “el creciente catálogo de valores fundamentales a partir de 1945, se trata de una nueva etapa textual y de ganancia para el Estado constitucional” (p 132).

Sobre los principios se ha desarrollado una amplia doctrina en el mundo occidental, entre los más influyentes están Dworkin y Alexy, a ellos le siguen varios doctrinarios, para tratar de darle un contenido de equidad y justicia. Así, Dworkin, enarbola como bandera de una nueva concepción del Derecho superadora tanto del positivismo jurídico como del utilitarismo moral, que él concibe como dos caras de una misma moneda, por tanto, los principios tienen una dimensión que falta a las normas (reglas): la dimensión del peso o importancia, puesto que, quien deba resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo (concreto) de cada uno (Prieto L., 1998: 47). Un principio puede ser como anota Dworkin R. (2012) “Nadie puede beneficiarse de su propio delito” (p. 77).

Po otra parte, Alexy (citado por Carbonell. 2008), nos entrega una definición de lo que debemos entender por reglas así como de los principios (pp. 13-14). Las primeras que tienen una descripción y consecuencia, y las segundas son categorías menos abstractas que los valores.

Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto es el campo de la ponderación, que será el único que interesará para este estudio (Carbonell. 2008: 15).

En resumen, los valores son categorías jurídicas con el más alto nivel de abstracción que representan los consensos mínimos en que llega una sociedad al redactar una Constitución como analogía al pacto social de Rousseau. Los valores inspiran a los principios y estos a su vez se concretizan en las reglas, pero todos conforman una unidad axiológica que dan vida a los derechos fundamentales, como una posibilidad suprema de hacer prevalecer los derechos humanos sobre cualquier otro derecho, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas como dice Alexy; y que en términos de Dworkin, aquello significaría tomarse los derechos en serio.

### **Interpretación constitucional.-**

La interpretación de la Constitución no es una tarea exclusiva de la Corte Constitucional. Es un proceso ineludible de todas las autoridades y de todos los ciudadanos. Interpreta la Constitución el ciudadano para defender sus derechos, el juez para protegerlos, el legislador para regularlos, y las autoridades para omitir o realizar ciertas conductas. Cuando los artículos 429 y 436 de la Constitución de 2008 califican a la Corte como el máximo intérprete de la Constitución, no puede sino entenderse que es el máximo en relación a otros intérpretes, dado que ningún órgano puede ser máximo en relación a nada o nadie. Agustín Grijalva manifiesta que Peter Haberle, ha planteado la necesidad de una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución, en el siguiente sentido: “en los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución” (Andrade S, Grijalva A, Storini C. 2009: pp: 269, 272, 273 y 279).

La interpretación constitucional es así, una interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución; por tanto la interpretación añade algo nuevo, previamente no reconocido, a aquello que se interpreta (Atienza. M. 2012: 125 y 127). Por otra parte, Guastini (2010) se pregunta: ¿Quiénes son los intérpretes de la constitución?, y él mismo se responde “desde luego, quien pueda interpretar cualquier texto normativo, y por tanto también una constitución: un juez, un abogado, un ciudadano, etcétera” (p. 43).

En síntesis, si la Corte Constitucional no es el único intérprete de la Constitución, sino el máximo intérprete en relación a otros intérpretes, es elemental comprender que por esa sociedad abierta a la interpretación constitucional, lo puede hacer un juez, abogado en libre ejercicio o simplemente cualquier ciudadano. De modo que, por inferencia deductiva

debemos aceptar que puede interpretar la Constitución también, los servidores abogados de la administración pública municipal, policial, militar, etc., utilizando los métodos de interpretación constitucional como la ponderación.

### **La Subsunción vs la Ponderación.-**

Para Alexy, (citado por Carbonell M. 2008), se conoce de dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación. La primera ha sido bien estudiada pero la segunda no. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su justificación y racionalidad. Cuanto más racional y justificada sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones (pp. 13-14).

En ese orden, Prieto Sanchís (citado por Zavala Egas, 2010), ha manifestado que una buena parte de la Filosofía del Derecho contemporánea se ha desempeñado en la búsqueda de esa nueva lógica que pueda sustituir al ingenuo silogismo y que, al mismo tiempo, permita preservar la imagen científico o técnica del jurista (p. 103).

En el constitucionalismo moderno, debemos determinar si el caso se puede solucionar a través de reglas o, por el contrario, si se trata de valores o principios, y a partir de allí subsumir o ponderar. Se subsume por medio de la operación silogística [premisa mayor, premisa menor y conclusión] y se pondera para determinar qué principio tiene mayor peso o importancia concreta de acuerdo a las posibilidades jurídicas. Pero lo interesante de estas técnicas de solución de conflictos de reglas y principios, es que mediante la temporalidad, jerarquía o especialidad una de las reglas en conflicto desaparece del sistema, mediante la ponderación no desaparece ninguno de los principios en conflicto, sólo que uno de ellos vence al otro sólo en el caso concreto, pero sigue vigente en el ordenamiento jurídico.

Conforme el Art. 3 numeral 3) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Asamblea Nacional. Quito. 2009), para aplicar el método de interpretación constitucional de la ponderación, es necesario establecer si las ventajas de la restricción son iguales o mayores a



las desventajas de la restricción del derecho fundamental de su titular o titulares o la sociedad en general.

En el texto de Alexy (citado por Carbonell M. 2008), se anotó que dicha ley permite reconocer que la ponderación tiene tres pasos, a lo que denomina la escala triádica: el primer paso se trata del grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. El segundo se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe establecerse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro que juega en sentido opuesto (p. 16).

Ambas operaciones consisten en: establecer la importancia de los principios en colisión, a lo que Alexy (citado por Carbonell M. 2008), sostiene que ambos pueden alcanzar la conmensurabilidad mediante la referencia a la escala triádica, en las intensidades leve, moderada y grave especifican el grado de importancia de los principios en colisión. Además, sugiere que los tres rangos serán caracterizados por las letras l, m y g. l no sólo representa la expresión leve del lenguaje coloquial, sino también expresiones tales como reducido o débil, y g, junto a grave, también representan términos como elevado o fuerte, faltándole mencionar al autor m que debe significar medio o moderado. Por consiguiente, el 'grado de restricción' puede hablarse también de la 'intensidad de la intervención'. El hecho de que todas las intervenciones puedan llamarse a la vez 'no satisfacción' es un signo de la flexibilidad del lenguaje. Cuando un principio exige protección, pero no ha sido garantizado, no sólo puede hablarse de una 'no satisfacción' de ese principio, sino también de una intervención en el mismo, por tanto, de una 'intervención por medio de una no satisfacción' (pp. 22,23 y 55).

Con estas anotaciones, es necesario indicar ciertas cosas, para ello tomaremos los mismos símbolos o apreciaciones desarrollados por Alexy (citado por Carbonell M. 2008) en su teoría, es así que, si se utiliza  $P_i$  como variable para el principio cuya vulneración se examina, entonces la intensidad de la intervención  $P_i$  puede denotarse como  $IP_i$ , las intervenciones son

concretas que se diferencia del peso abstracto que se representa como  $GPiA$ . El peso abstracto de un principio  $Pi$  es el peso que se asigna a  $Pi$  en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto. En el caso de que los pesos abstractos de los principios sean iguales, no juegan ningún papel, porque se neutralizan mutuamente.  $C$  representa las circunstancias del caso, relevantes para la decisión. El primer objeto de la valoración como  $l$ ,  $m$  o  $g$  es entonces la intensidad de la intervención, que puede denotarse como  $IPiC$  (pp. 23 y 24). En consecuencia,  $IPiC$  representa los tres aspectos ya mencionados, esto es, la intensidad de la intervención en el principio  $Pi$  en las circunstancias de un caso concreto.

Respecto al segundo paso de la ley de la ponderación, o como dice Alexy (citado por Carbonell M. 2008), segunda magnitud de la valoración como  $l$ ,  $m$  y  $g$ , es decir, la ‘importancia de la satisfacción’ del otro principio. En tal razón, la relación entre los dos principios en colisión, ella sólo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en  $Pi$  tenga en la satisfacción del principio contrario, que debe denotarse en  $Pj$ . La importancia concreta de la satisfacción de  $Pj$  se determina, por tanto, según los efectos que tenga sobre  $Pj$  la omisión de la intervención en  $Pi$ , v. gr., para determinar la intensidad de la intervención en  $Pi$  o  $IPiC$ , es necesario preguntarnos entonces: ¿en qué intensidad interviene en el principio  $Pi$  una prohibición determinada?. Asimismo, para establecer la importancia de la satisfacción de  $Pj$  o  $WPjC$ , es necesario preguntarnos en sentido contrario: ¿Qué significa para  $Pj$ , si se omitiese o no fuese ejecutada la intervención en  $Pi$ ?. Por lo tanto, la importancia concreta de  $Pj$  se mide según qué tan intensamente la no intervención en  $Pi$ .

En efecto, el autor nos plantea una ilustración de la estructura que subyace al modelo triádico con la ayuda de cantidades numéricas, así surge la fórmula del peso. El autor dice que, la fórmula del peso contiene, junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida en que se enjuicia. En una colisión de principios depende de tres pares de factores; sin embargo, estos deben ser

utilizados en la fórmula sólo cuando los pares de factores sean desiguales. Si estos pares son iguales se neutralizan mutuamente.

En definitiva, si anotamos entonces que la intensidad de la no satisfacción, afectación o intervención de  $P_i$  se representa  $IP_iC$ , la importancia de la satisfacción de  $P_j$  se denota  $WP_jC$ , asimismo,  $GP_iA$  es el peso abstracto del principio  $P_i$ ,  $GP_jA$  representa el peso abstracto de principio  $P_j$ ; entonces,  $GP_{i,j}C$  es el peso concreto de  $P_i$  relativo a  $P_j$  bajo las circunstancias del caso concreto, finalmente, resta ahora mencionar que Alexy, representa la seguridad o certeza de los presupuestos empíricos, que se relacionan con el significado que la respectiva medida tenga en el caso concreto para la no realización de  $P_i$  y la realización de  $P_j$ , sobre la base de una medición en tres grados *cierto o seguro, plausible o falso*, siendo la formulación completa la siguiente (pp. 25,26 30, 33, 38 y 39)

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Ahora bien, frente a la técnica de la ponderación, existen sus críticos, entre los más influyentes esta Jürgen Habermas, Thomas Alexander Aleinikoff, Schlink, etc., los mismos que sostienen que la ponderación se lleva a cabo “de manera arbitraria e irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado” o que “el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva, se hace valer la decisión del juez” también se dice que “las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto (...) en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo”, como a su vez que el ámbito de los principios no existiría una unidad de medida, así como tampoco *una moneda común que posibilite la ponderación entre los principios que en cada caso entran en colisión* (Carbonell. 2008: 16,46 y 47). Asimismo, Habermas (citado por Portela J., 2009), asegura que con la ponderación o sopesamiento, la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una realización de valores que concretiza a estos orientándose por el caso concreto (p. 44).

Ante estas críticas, sale en defensa de la tesis de Alexy, Carlos Bernal, quien dijo que los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. Sin embargo, esto no significa que la ponderación sea irracional ni que esté basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del juez. El silogismo también es formal, porque tampoco puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. No obstante, nadie se serviría de esta razón para afirmar que el silogismo es irracional, por tanto, la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. (Carbonell. 2008: 47)

Ello se debe sobre todo a que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse, a lo que Kelsen se refería a la ‘ilusión de la certeza Jurídica’, en ningún ámbito normativo y mucho menos en un ámbito tan controversial como los principios, que están estrechamente vinculados con las ideologías. Es imposible la objetividad perfecta, porque los principios son siempre indeterminados, por tanto la indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del Juez.

Sin embargo, la doctrina es unánime, en considerar que el razonamiento de la ponderación debe respetar los mínimos derechos que están representados como derechos fundamentales en la Constitución, como ya se ha manifestado, v. gr., el respeto de la dignidad humana, la separación de las funciones del Estado, democracia, etc. De manera que, la ponderación es un procedimiento común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en la práctica jurídica, sino también en la vida cotidiana.

En ese orden, respecto a la fórmula del peso, Alexy (citado por Carbonell M. 2008), dice que es posible atribuir un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve = 1, medio = 2 y grave = 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele un valor numérico a cierto = 1, plausible =  $\frac{1}{2}$ , no evidentemente falso =  $\frac{1}{4}$ , por lo que, con la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible

determinar el *peso concreto* de Pi en relación con Pj en el caso concreto, y de esa forma conocer, si el principio protegido es constitucionalmente aceptable.

Sin embargo, Carlos Bernal (citado por Carbonell M. 2008) considera que la fórmula del peso, tal como es descrita por Alexy, expresa una nueva ley de la ponderación, dado que si se observa con atención, no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto. Sino que mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta peso abstracto y seguridad de las apreciaciones empíricas concerniente a la importancia de los principios, lo cual en términos analíticos es más sofisticada, por cuanto explicita la necesidad de considerar las variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas; por tanto, propone una nueva ley de la ponderación de la siguiente forma: “Cuanto mayor sea el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi a la luz de las circunstancias del caso”, que con mayor explicitud se representa así: (pp. 47-50,57,59 y 60)

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

$$GPi,jC \leq GPj,iC$$

Finalmente, la ponderación se funda entonces, en una peculiar interpretación de los principios que juegan en sentido contrario y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de «justicia») del juez, es más bien en sacrificar un principio aplicando otro (Guastini, R., 1999: 170 y 171). Sin embargo, la ponderación, como técnica jurídica, podrá aparecer discutida en cuanto a su uso incorrecto, en cuanto al abuso de la técnica en sí o en cuanto a las consecuencias que arrastra en relación a otras instituciones, principios, valores o reglas jurídicas, pero lo que no se pone en discusión es que es una técnica necesaria, tras su correcta configuración, para el operador jurídico de nuestros días (Ortega, L., et al., 2009: 9).

Por lo tanto, en los casos fáciles, siempre existe una regla, con una descripción y una consecuencia, que se subsume en la forma silogística

clásica, ‘premisa mayor, premisa menor y conclusión’, en ese sentido es fácil resolver el caso. El problema se da en los casos difíciles, como lo hemos manifestado, es cuando en un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, entonces nos encontramos en el ámbito de los principios. Por lo que, no existe otra opción razonable que ponderar, y para ello debemos utilizar la fórmula del peso, porque es la herramienta que articula la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios que juegan en sentido contrario.

### **La Ponderación en la Administración Pública.-**

La ponderación de principios es uno de los mecanismos a través de los cuales el legislador desarrolla y concreta los derechos fundamentales, esencialmente en lo que respecta a la identificación de los llamados límites implícitos. Esto es, aquellos que no están previstos en disposiciones constitucionales expresas, sino que se descienden de la necesidad de tomar en cuenta otros principios constitucionales que generan la relativización del alcance de los primeros, o, si se quiere, la reducción de sus posibilidades jurídicas o su derrotabilidad en cuanto principio. Es por ello que el Derecho administrativo es sin duda un Derecho de equilibrios entre principios constitucionales que frecuentemente generan conflictos y que deben ser resueltos en primer lugar por el legislador democrático mediante la elaboración de ponderaciones legislativas (Arroyo L. 2009: 24).

Rodríguez de Santiago (citado por Arroyo L. 2009) dice, que es también frecuente utilizar la ponderación en el marco de la actividad administrativa, ya sea ésta una actividad normativa o implique la adopción de decisiones concretas. Por otro lado, que las ponderaciones ejecutadas a través del desarrollo de la actividad administrativa normativa se separan también de las ponderaciones legislativas por el hecho de que su control no corresponde solamente a la jurisdicción constitucional, sino también a los Jueces y Tribunales que integran la jurisdicción contencioso-administrativa (p. 26).

Schidt- Assmann (citado por Arroyo L. 2009) expresó que específicamente, a la actividad administrativa no normativa, la relevancia creciente de la ponderación se pone de manifiesto desde la toma en consideración de la crisis del modelo tradicional de Derecho administrativo. El Derecho administrativo habitual es, así, esencialmente, un Derecho de reglas. (p. 27).

En esa misma línea, si aceptamos que la Constitución no sólo obliga la aplicación de los derechos y principios constitucionales a los jueces con potestad jurisdiccional, sino a todos y todas las autoridades del poder público, y entre ellas está la administración pública militar. En ese sentido, en el momento que la administración se encuentre con dos principios constitucionales en colisión, porque no encuentra una regla para resolver el caso y decidir sobre la situación jurídica de un administrado en una situación determinada, no puede dejar esa tarea únicamente al juez constitucional, dado que si bien la Corte Constitucional, es el máximo órgano de interpretación en el país -no es el único- como se ha manifestado. Razón por la cual, se deberá hacer una especie de interpretación previa sobre la base de la interpretación democrática, que al tratarse de principios, la administración pública militar deberá ponderar para tomar la decisión más adecuada; sin perjuicio, del control constitucional posterior, que pueda realizar en la materia el máximo intérprete constitucional del Ecuador.

### **Sobre la ponderación en la Administración Pública Militar.-**

Toda vez que hemos presentado los antecedentes de estudio y las bases teóricas para sustentar la posición sobre la obligación de los servidores públicos abogados militares de utilizar el método de interpretación constitucional de la ponderación. En las siguientes líneas será oportuno esbozar un ejemplo sobre esta temática, en la que hemos omitido ciertos datos de identificación personal por razón de ética profesional, con el objeto de poder responder la pregunta principal y complementaria planteada, pero fundamentalmente cumplir con el objetivo general de este trabajo.

En efecto, supongamos una estudiante “X” (en adelante la administrada o simplemente la estudiante) que se encontraba cursando el

segundo año en la Escuela Superior Naval<sup>4</sup> (en adelante la Escuela) en el año 2007. El caso empieza precisamente en el año 2007, fecha en que se desarrolló en contra de la administrada un Consejo de Disciplina, por presuntamente haber adecuado su conducta a lo establecido en el Art. 42 numeral 1) del Reglamento de Guardiamarinas, que dice: «llegar atrasado a la recogida de vacaciones con más de una hora o la recogida de francos con más de treinta minutos».

Durante el desarrollo del Consejo de Disciplina, se determinó sancionar a la estudiante, por una falta distinta de la cual fue objeto de investigación, contenida en los artículos 50 literal a), 58 literal l) y 59 literal e) del Reglamento de Guardiamarinas, es decir se la investigó por una falta disciplinaria específica y se la terminó sancionando por otra, razón por la cual se ordenó su separación de la Escuela. En marzo de 2010, o sea tres años después<sup>5</sup>, la estudiante interpuso una Acción de Protección, en contra de la Armada del Ecuador (en adelante la Armada), por considerar que el Consejo de Disciplina, instaurado en la Escuela en el año 2007, le vulneró derechos constitucionales. El resultado, mediante sentencia constitucional de primera instancia, se declaró la violación de derechos constitucionales a favor de la administrada, y ordenó su reintegro como estudiante de segundo año a la Escuela, circunstancia que fue cumplida inmediatamente por la Armada, reitero, en marzo del año 2010.

Una vez que fue recurrida dicha sentencia de primer nivel, los jueces de la Corte Provincial de Justicia, mediante sentencia de junio de 2010, aceptaron el recurso planteado y revocaron la sentencia de primera instancia, la misma que fue notificada tanto a la Armada como a la Procuraduría General del Estado (en adelante Procuraduría), según la razón puesta por el Secretario de la Corte Provincial de Justicia. Posteriormente, la ciudadana planteó una Acción Extraordinaria de Protección, en contra de la sentencia de segunda instancia que revocó a la primera, por lo que, la Corte Constitucional,

---

<sup>4</sup>La Escuela Superior Naval, es una unidad educativa militar que forma profesionalmente a los oficiales de marina de guerra del Ecuador, después de cuatro años de estudio.

<sup>5</sup> Nótese, la estudiante fue separada en el año 2007, pero interpuso la acción constitucional en el año 2010, cuando ya teníamos una nueva Constitución, que declaraba que el Ecuador, es un Estado constitucional de derechos y justicia.



mediante auto de noviembre de 2010, inadmitió la Acción planteada por la estudiante, por no haber cumplido las formalidades que exige la ley, la misma que fue notificada en abril de 2011, tanto a la ciudadana, a la Armada y a la Procuraduría.

Con este antecedente, la estudiante debió haber sido separada de la Escuela, si se hubiese ejecutado por parte de la Armada la sentencia de segunda instancia que quedó en firme como consecuencia del auto de inadmisión de la Acción Extraordinaria de Protección, y con ello evidentemente se protegía el principio de seguridad jurídica a favor del Estado. Sin embargo, por la inactividad de la administración, la administrada continuó sus estudios en la Escuela, hasta incorporarse de oficial de marina en diciembre de 2012.

Al pasar los años, en donde surgieron otras autoridades al mando de la Armada, su máxima autoridad en ese entonces, en enero de 2015, conoció la sentencia a favor de la Armada, para cuya fecha, la administrada ya no era estudiante de la Escuela, sino oficial de marina en servicio activo, con todos los derechos y obligaciones que le otorga la legislación militar, cuyos derechos indiscutiblemente están intrínsecamente vinculados al principio de dignidad humana, como efecto del Estado constitucional. Para ser más preciso, la administrada, en la actualidad, es oficial de marina con varios años en servicio activo, en consecuencia conforme los artículos 33 literal c) y 44 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, es el Consejo de Oficiales Subalternos de la Armada «Consejo Militar», quién debe conocer su situación jurídica militar y profesional.

Ante este caso, pueden existir criterios diversos, unos que creen que el caso es fácil resolverlo desde la legalidad (acción de lesividad), y otros como el autor de este trabajo académico, que nos tomamos más en serio los derechos según la hermosa fórmula de Dworkin, a punto tal que consideramos que el caso no es tan fácil como parece. Dado que, está presente la inactividad, desidia, pereza o negligencia del propio Estado, que al no ejecutar una orden judicial en un tiempo y espacio determinado, confronta con los derechos fundamentales de la administrada que nacieron con su incorporación como

oficial de marina, sin que exista una regla para resolver el caso, lo cual se considera que no es posible resolverlo con mecanismos legales (lesividad), sino por medio de la interpretación constitucional (ponderación).

La autora consideró que: la acción de lesividad, es un proceso que puede ser entablado por la propia administración, con el fin de que se anule o deje sin efecto un acto administrativo dictado por la propia administración, si lo considerara como un acto ilegal en contra de un particular o por considerarlo lesivo a sus propios bienes o al bien común. De manera general para algunos autores expertos en derecho administrativo, como es el caso del Roberto Dromi y del tratadista español José María Díez, la administración no puede en principio revocar sus decisiones, sino que primero debe declararlas como lesivas y luego impugnarlas judicialmente, ante el órgano competente. (Dolores. M: 2010).

Parafraseando a Dolores M, la acción de lesividad nos permite pensar entonces, que la propia administración puede declarar lesivo al interés público un acto administrativo estable y después impugnarlo en sede judicial para su anulación. Es decir, aquello es un asunto de legalidad que no tiene nada que ver con el tema constitucional de donde deviene el caso que nos ocupa, en razón que todo el proceso judicial desde su inicio hasta su finalización, fue un escenario en donde se debatieron derechos constitucionales a favor y en contra de la estudiante y de la Armada.

En la actualidad, existe una sentencia constitucional a favor de la Armada, que requiere ser aplicada varios años después de quedar en firme, en donde han surgido nuevos derechos a favor de la administrada. Por lo que, en atención a la justicia, a los valores y principios constitucionales, reitero, no es posible resolver el presente caso con mecanismos legales, sino con fundamento en la propia Constitución, dado que la misma ya no es un mero documento político sino una norma jurídica con fuerza vinculante que limita y vincula a todo poder.

En el nuevo paradigma de Estado constitucional como lo es el Ecuador, uno de sus pilares fundamentales es proscribir la arbitrariedad de la administración, por ello es trascendental la motivación de las resoluciones

conforme al principio constitucional desarrollado en el Art. 76 numeral 7) literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador (2008), exige motivación de todas las resoluciones de las autoridades públicas.

En ese orden, habíamos expresado que para la solución de un caso fácil, que se trata de un supuesto fáctico adecuado a una regla, lo podíamos hacer a través de la subsunción en su forma silogística, v. gr., una regla del derecho penal, el Art 82 del Código Orgánico Integral Penal, que señala: «La persona que ejerza todos o algunos atributos del derecho de propiedad sobre otra, constituyendo esclavitud, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años». Esta norma sería la premisa mayor, la premisa menor entonces será: R ejerce todos o algún atributo de propiedad sobre P, la conclusión es: R debe ser sancionado con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Podemos continuar ejemplificando con una regla pertinente a lo castrense; es decir, la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas (Congreso Nacional. Quito. 1991), en su Art. 77, dice: “Si se dictare sentencia absolutoria, se dejará insubsistente la disponibilidad y volverá al servicio activo, recuperando todos los derechos que le hubieren correspondido”. Esta disposición sería la premisa mayor, la premisa menor será entonces: M recibió sentencia absolutoria, por tanto la conclusión es: dejar insubsistente la disponibilidad de M y debe volver al servicio activo, recuperando todos los derechos que le hubieren correspondido; si se prefiere, un supuesto hecho fáctico adecuado perfectamente a una regla, por lo que es fácil solucionar el caso por medio de la subsunción.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, por efecto del transcurso del tiempo no es posible considerar a la administrada como una estudiante o aspirante a oficial de marina, sino como miembro activo de las Fuerzas Armadas, y el cuerpo jurídico principal para determinar su carrera o situación jurídica, es la Constitución, la ley citada y todos los reglamentos vigentes dentro de las Fuerzas Armadas. Por lo tanto, debemos verificar si es posible subsumir o no el presente caso, de lo contrario lo correcto es ponderar.

Debe existir entonces un texto jurídico dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como premisa mayor que diga por ejemplo: «Será colocado en la situación jurídica de disponibilidad o baja del servicio activo según corresponda, la o el militar que al momento de su graduación haya tenido en su contra una sentencia ejecutoriada, en donde se halla dispuesto su separación como aspirante a oficial o tropa de las Fuerzas Armadas». La premisa menor entonces será: la administrada se graduó como oficial, teniendo en su contra una sentencia ejecutoriada, en donde se había dispuesto su separación de las Fuerzas Armadas, la conclusión: la administrada debe ser colocada en la situación jurídica de disponibilidad o baja del servicio activo según corresponda.

Dentro de la legislación militar ecuatoriana, no existe una regla como la propuesta, para subsumir y resolver fácilmente este caso, lo cual resulta claro que no se trata de un caso fácil, sino de un caso difícil, por lo que el método de interpretación constitucional que se debe utilizar es la ponderación, para tomar la decisión más adecuada. Pero para realizar aquello es necesario encontrar ahora los principios que están en conflicto, y en sede administrativa militar ponderar. Si el Consejo Militar, pretende colocar a la administrada en situación jurídica de disponibilidad o baja del servicio activo, debe tener un principio de mayor peso o importancia concreta que justifique la restricción o afectación del principio que juega en sentido contrario a favor de la administrada. Lo cierto es que, los derechos o principios enfrentados no se encuentran en la ley sino en el texto constitucional, por lo que, de acuerdo al Art. 11 numeral 6) de la Constitución (2008), esos principios tienen el mismo valor social, la misma jerarquía, en consecuencia igual peso abstracto.

Ahora bien, respecto a la Armada, está en juego por un lado el '*principio a la seguridad jurídica*' (en adelante Pi), referente al derecho que tiene el Estado o la administración pública militar de cumplir y ejecutar una sentencia judicial, establecido en el Art. 82 de la Constitución, y en relación con la administrada el '*principio a la dignidad humana*' (en adelante Pj), que se refiere al derecho que tiene una servidora militar a la estabilidad laboral, salud, seguridad social, etc., contemplado en los artículos 30 y

siguientes de la Constitución de la República del Ecuador. De modo que, para lograr determinar qué principio tiene mayor peso o importancia en este caso  $P_i \leq P_j$ , y sobre esa base tomar la decisión más adecuada, corresponde entonces a la administración establecer los tres pasos de la ponderación que son: (1) el grado de afectación o no satisfacción de  $P_i$ ; (2) el nivel de importancia de la satisfacción de  $P_j$ ; y, (3) si la importancia de la satisfacción de  $P_j$ , justifica o no la afectación o intervención de  $P_i$ .

Sobre el punto número uno, en el Suplemento del Registro Oficial No. 117; 27-ENE-2010, la Corte Constitucional para el periodo de transición, en la sentencia -003-10-SEP-CC, dijo: "...El artículo 82 de la Constitución, que tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano. Para tener certeza sobre una aplicación normativa acorde a la Constitución se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional...".

De manera que, el cumplimiento de una sentencia judicial en firme, fortalece la idea de  $P_i$ , puesto que el ciudadano antes que se trabe la litis, fue consciente de los efectos jurídicos que emana una resolución judicial de última instancia, a punto tal que su ejecución consolida el respeto de las relaciones entre los ciudadanos y entre estos con el Estado; en definitiva se afianza el respeto al derecho previamente establecido. En este caso, tanto el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establecen que es el Juez de primer nivel, el competente para ejecutar la sentencia en firme, pero además como se conoce y es natural corresponde al interesado de la sentencia a su favor, exigir su cumplimiento y ejecución, en este caso a la Armada.

Por lo anotado, el grado de afectación o no satisfacción de Pi, ocurrió cuando el Estado a través del juez no hizo cumplir o ejecutar la sentencia en firme, así como de la Armada que aun conociendo de la misma, no hizo nada para ejecutarla. En definitiva, no aplicar o ejecutar la sentencia constitucional, que se encuentra en firme en la actualidad, como consecuencia del auto de inadmisión expedido por la Corte Constitucional, significa una grave intervención al principio de seguridad jurídica Pi, que por su intensidad le corresponde el valor numérico de 4, siendo también grave la importancia de la satisfacción de Pi que merece el valor de 4.

Por otra parte, en cuanto a la certeza de las premisas empíricas relativas a Pi, efectivamente en abril de 2011, la sentencia constitucional de segunda instancia quedó en firme, como efecto del auto de inadmisión a la Acción Extraordinaria de Protección presentada por la administrada ante la Corte Constitucional. En ese orden, de la razón sentada por la secretaría de la Corte Provincial de Justicia, se evidenció que dicho auto fue conocido tanto por la ciudadana como por la Armada; por tanto, al ser la Armada una institución del Estado, y por ello encontrarse en una situación de mayor ventaja o de poder respecto a la administrada, debió ejecutar dicha sentencia en el momento histórico determinado, y no esperar varios años hasta que la ciudadana se incorpore de oficial de marina y tener nuevos derechos como servidora pública para pretender su ejecución, lo que evidenciaría a toda luz que el Estado además de ser negligente es arbitrario.

En ese orden de ideas, la ejecución de dicha sentencia, efectivamente materializa el principio de seguridad jurídica, que por su naturaleza no debe implicar la lesión a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, sino más bien asegurarlos. Es por ello que, concretar en su mayor medida posible el principio de seguridad jurídica sobre la base de la ejecución de mencionada sentencia, al mismo tiempo significaría la vulneración de los derechos constitucionales de la administrada como servidora pública, por lo tanto, las premisas empíricas relativas a Pi en este caso concreto, no puede ser segura sino plausible o seguridad media que merece el valor numérico de  $\frac{1}{2}$ , dado que, reitero, aplicar la sentencia

constitucional en este caso concreto, implicaría al mismo tiempo la violación a derechos fundamentales de la administrada.

En cuanto al punto número dos. El principio a la dignidad humana Pj, tiene que ver con los derechos fundamentales de la administrada, en este sentido, la importancia de la satisfacción de este principio se fundamenta, sobre la base de los derechos surgidos con su incorporación como oficial de marina al servicio activo de las Fuerzas Armadas, o dicho de otra manera, como servidora pública del Estado ecuatoriano. En este sentido, de Pj es posible sustraer un catálogo de derechos fundamentales, desarrollados en el texto constitucional, así en cuanto al trabajo, el Art. 33 de la Constitución dice que el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.

Por su parte, en cuanto a la salud está íntimamente vinculado al trabajo en el Art. 32 *ibídem*, dice que la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos. Entre ellos, el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir, y todos estos derechos también vinculados a la seguridad social, que al tener la capacidad jurídica de poseerlos se tiende a tener una vida digna.

De modo que, la administrada, al momento de incorporarse de oficial de marina, ingresó de forma permanente a la organización de las Fuerzas Armadas, en otras palabras a la carrera del servicio público, o si se prefiere goza de estabilidad laboral con todos los deberes y derechos que le otorga la Constitución y la legislación militar. De manera que, ella adquirió una serie de derechos fundamentales que tienden a desarrollar el principio de la dignidad humana, no siendo el efecto principal de la sentencia constitucional a favor de la Armada, separarla del servicio activo o destituir la del servicio público. En definitiva, la importancia de la satisfacción de Pj, es grave o intensa, porque el goce de los derechos fundamentales de las personas, en este caso de la administrada, es la base para la autorrealización personal y vida digna, por lo que merece el valor numérico de 4. Por el contrario hacer

prevalecer  $P_i$  en este caso concreto significa una grave intervención a la dignidad humana de la administrada porque desembocaría en separarla de las Fuerzas Armadas, por tanto merece el valor también de 4.

En cuanto a la certeza de las premisas empíricas del principio  $P_j$ , no queda duda que si la Armada, ejecuta en la actualidad mencionada sentencia que debió ejecutarse antes que surgieran derechos subjetivos a favor de la administrada, estaría afectando gravemente sus derechos fundamentales. Por lo que, su restricción o afectación comprometería seriamente su proyecto de vida militar, dado que el mismo ya no es una mera expectativa como cuando era estudiante, sino que dicho proyecto tomó forma y vida jurídica con su incorporación como oficial de marina, además de su expectativa de superación profesional, social, cultural, etc. Reitero, los mismos nacieron por la negligencia e inactividad del propio Estado, dado que los derechos fundamentales deben ser reconocidos y aceptados en una sociedad en donde existen normas claras, previas, públicas y establecidas en la Constitución y la ley.

En ese orden, es indiscutible y cierto que son derechos constitucionales que están siendo gozados por la administrada en la actualidad, y no puede prevalecer la negligencia y arbitrariedad del Estado para desconocerlos o limitarlos, con fundamento en la aplicación de una sentencia varios años después. En consecuencia, es segura la premisa empírica referente al principio  $P_j$ , por tanto le corresponde el valor numérico de 1. Entonces, siendo igual el peso abstracto para todos los principios en el Ecuador, dado que ese ha sido el valor social que la Constitución ecuatoriana establece en su Art. 11 numeral 6), la fórmula del peso quedaría así:

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

$$GPi,jC \leq GPj,iC$$

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

$$\frac{4 \cdot 1/2}{4 \cdot 1} \leq \frac{4 \cdot 1}{4 \cdot 1/2}$$



$$\frac{1}{2} \leq 2$$

$$GP_{i,jC} = 0,5 < GP_{j,iC} = 2$$

Por lo tanto, es fácil evidenciar que el principio a la seguridad jurídica  $P_i$  (0.5) tiene menor peso o importancia concreta en el sistema con respecto al principio de la dignidad humana  $P_j$  (2); por lo que, el Consejo de Oficiales Subalternos de la Armada, debería resolver, que la administrada permanezca dentro de las Fuerzas Armadas, en servicio activo, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y hasta penales en que se pudieran encontrar en las o los servidores que por su negligencia o inactividad no ejecutaron la sentencia constitucional en su momento histórico determinado. En resumen, ante la presencia de un caso difícil dentro de la administración militar, como hemos visto, es obligación del servidor público aplicar el método de interpretación constitucional de la ponderación, para tomar la decisión más justa, circunstancia que naturalmente refuerza la idea de Estado constitucional, porque significa tomarse los derechos constitucionales en serio.

### II.3. METODOLOGÍA

**Modalidad.-** Cuantitativa y Cualitativa

**Categoría.-** No experimental y no Interactiva

**Diseño tipo encuesta y análisis de conceptos normativos.-** En esta investigación se consultó a varios expertos en derecho constitucional, los cuales proporcionaron información importante para lograr consolidar las respuestas a las preguntas planteadas, cumplir con los objetivos propuestos y con ello resolver el problema principal de este trabajo. Por otra parte, se realizó preguntas cerradas dicotómicas y politómicas a un conjunto de servidoras y servidores públicos abogados de la Armada del Ecuador, que asesoran o en algún momento asesoraron, desarrollando resoluciones administrativas dentro de los Consejos Militares, con el objeto de observar el conocimiento sobre la aplicación del método de interpretación constitucional de la ponderación frente a un caso difícil. Finalmente, también se realizó un análisis de varios conceptos normativos con el fin de llenar de contenido jurídico a la respuesta de esta investigación.

**Población y Muestra (cuadro de las Unidades de Observación)**

<b>UNIDADES DE OBSERVACIÓN SUJETOS-OBJETOS</b>	<b>POBLACIÓN</b>	<b>MUESTRA</b>
Servidores Públicos Abogados/as	12	12
Expertos en Derecho Constitucional	3	3
Constitución de la República del Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; R.O Suplemento No. 52; 22-oct-2009, R.O No. 449; 20-oct-2008. Ley Orgánica de la Defensa Nacional; Ley 74, R.O No. 4; 19-ene-2007. Código Orgánico Integral Penal; R.O Suplemento No. 180; 10-feb-2014. Ley de Personal de las Fuerzas Armadas; R.O Suplemento No. 660; 10-abr-1991. Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; R.O No. 536; 18-MAR-2002.	29	12

**Métodos de Investigación.-**

**Métodos Teóricos.-**

**Análisis:**

Se realizó un examen filosófico y doctrinario sobre el método de interpretación constitucional de la ponderación, con la ayuda de un ejemplo que puede darse dentro de la administración pública militar, para demostrar como en efecto se demostró, que sí es posible utilizar la ponderación para tomar una decisión más adecuada.

**Deducción:**

En este trabajo se partió de la idea de Estado constitucional de derechos y justicia, de donde surge la idea de una nueva forma de interpretación jurídica, para concluir que los órganos de la administración pública militar, también pueden ponderar en presencia de un choque de derechos o principios.

**Inducción:**

Dentro de este trabajo quedó sentado que sí es posible aplicar la ponderación en la administración pública militar, por tanto por inferencia inductiva quedó

evidenciado a su vez, que es posible aplicar dicho método de interpretación constitucional en toda la administración pública del Ecuador.

### **Hermenéutico:**

Con el apoyo de un ejemplo sobre un conflicto de principios constitucionales, que puede ocurrir dentro de la administración pública, cuyos detalles de identidad fueron omitidos, se realizó una interpretación de dichos principios en conflicto, para evidenciar que si es posible ponderar dentro de la administración pública militar y general.

### **Métodos Empíricos.-**

#### **Cuestionario tipo encuesta a doce servidores públicos abogados de la administración pública militar:**

La encuesta que se realizó fue evaluativa, con la finalidad de observar el comportamiento de los doce profesionales del derecho en la administración pública militar, frente una posible colisión de principios constitucionales en el desarrollo de una resolución administrativa dentro de los Consejos Militares, con cuatro preguntas politómicas y dos cerradas dicotómicas de conocimiento<sup>6</sup>.

#### **Cuestionario tipo entrevista a tres expertos en derecho constitucional:**

La entrevista que se realizó fue vía mensaje de texto- email, con una sola pregunta de conocimiento a los correos personales de los expertos en derecho constitucional, a los siguientes juristas: Carlos Bernal Pulido, Miguel Carbonell y Roberto Gargarella. Los cuales proporcionaron información importante para lograr responder las preguntas planteadas en este trabajo y con ello cumplir con los objetivos propuestos<sup>7</sup>.

### **Métodos Matemáticos.-**

#### **Instrumento de Estadística Descriptiva**

Una vez obtenido los resultados de la encuesta realizada a los servidores públicos abogados, se representó de forma gráfica, la estadística sobre el conocimiento o desconocimiento acerca de las preguntas pertinentes al presente

---

<sup>6</sup> Ver Anexo 1

<sup>7</sup> Ver Anexo 2

trabajo de investigación, que a su vez reflejará el accionar de los servidores abogados de la administración pública militar en el desarrollo de una resolución administrativa, en presencia de un caso difícil. Como se ha manifestado, la entrevista realizada a los expertos en derecho constitucional, se basó sólo en una pregunta de conocimiento, sus respuestas se ha presentado en una tabla<sup>8</sup>, para evidenciar el grado de aceptación de los juristas en torno a la posibilidad o no de aplicar la ponderación en la administración pública.

### **Procedimiento.-**

Las etapas del proceso de recolección de datos de las unidades de observación, fue el siguiente:

1. Especificamos la población objetos- sujetos.
2. Los sujetos están determinados por los servidores públicos encuestados, como de la entrevista realizada vía email a los expertos en derecho constitucional.
3. Los objetos están determinados por los artículos constitucionales, legales y reglamentarios necesarios para llenar de contenido jurídico al presente trabajo de titulación.
4. Seleccionamos la muestra.
5. Una vez seleccionada la muestra, recopilamos los datos a través de la encuesta realizada a los servidores abogados de la administración pública militar.
6. Elegimos la muestra de la entrevista realizada a tres expertos en derecho constitucional, y recopilamos los datos.
7. Analizamos la muestra de los textos jurídicos correspondientes, y obtenemos datos importantes para nuestro trabajo.
8. Examinamos todos los datos y extraemos resultados para poder responder a la pregunta principal y específica planteada, y con ello cumplir con los objetivos trazados.

---

<sup>8</sup> Ver (p. 53)

9. Sobre la base de los resultados, anunciamos las conclusiones y recomendaciones a través del presente Examen Complexivo.

**CAPÍTULO III**  
**CONCLUSIONES**

**III. RESPUESTAS DE LA ENTREVISTA**

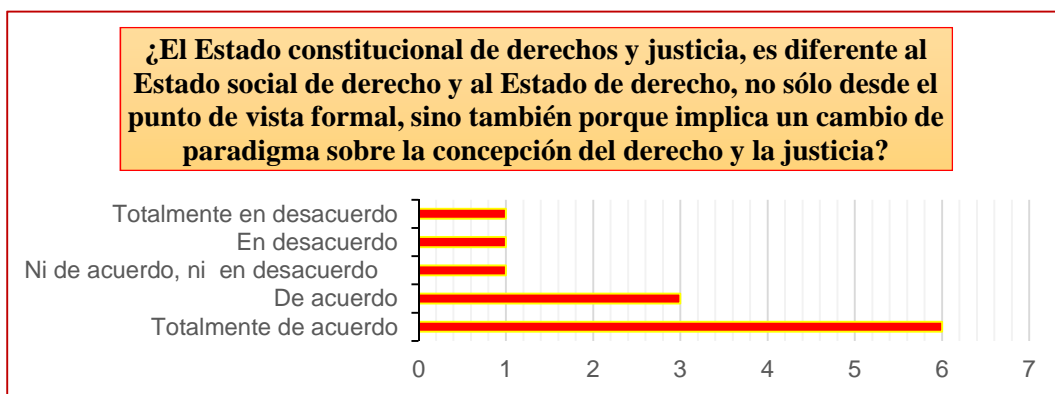
**III.1. BASE DE DATOS DE LA UNIDAD DE OBSERVACIÓN-SUJETOS:**

**III.1.1. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS**

**Tabla 1**

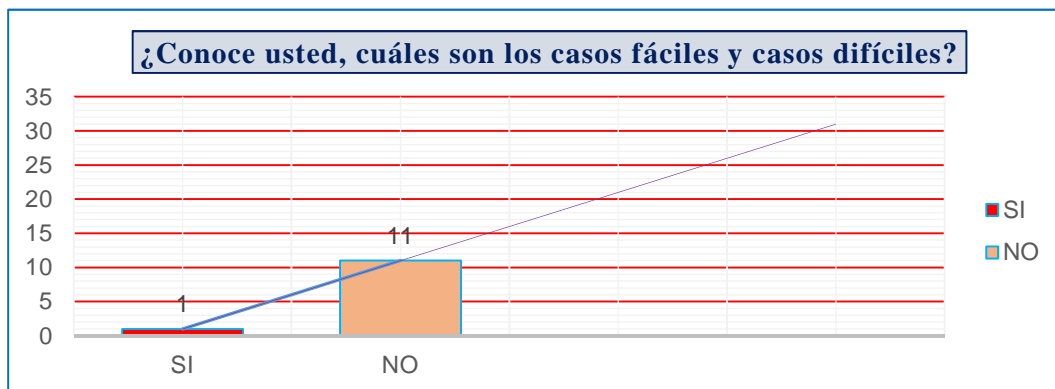
<b>BASE DE DATOS DE SEIS PREGUNTAS DICOTÓMICAS Y POLITÓMICAS, REALIZADA A DOCE ABOGADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MILITAR.</b>						
<b>ITEMS/ RESPUESTAS</b>	<b>PREGUNTAS</b>					
	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>5</b>	<b>6</b>
<b>1</b>	6	11	3	0	12	4
<b>2</b>	3	1	4	0	0	5
<b>3</b>	1	0	2	4	0	0
<b>4</b>	1	0	2	3	0	0
<b>5</b>	1	0	1	5	0	3

## Pregunta # 1

**Figura 1**

La pregunta # 1, se realizó con la finalidad de conocer, si mencionados profesionales están familiarizados o no con la nueva forma de Estado en que se convirtió el Ecuador. Por ello, las respuestas arrojaron que de los doce servidoras y servidores encuestados, el 8% manifestó que estaba totalmente en desacuerdo, el 8% en desacuerdo, el 9% ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 25% de acuerdo; sin embargo, el 50% expresó estar totalmente de acuerdo en que el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, implica otra forma de concebir el derecho. De modo que, al existir un mayor porcentaje de profesionales del derecho de la administración pública militar, que están totalmente de acuerdo sobre la diferencia entre el anterior Estado legalista al ahora Estado constitucional, respecto a la forma de pensar el Derecho, por inferencia se debe entender también que son capaces de aceptar los métodos de interpretación constitucional, para la solución cotidiana de sus casos en sede administrativa.

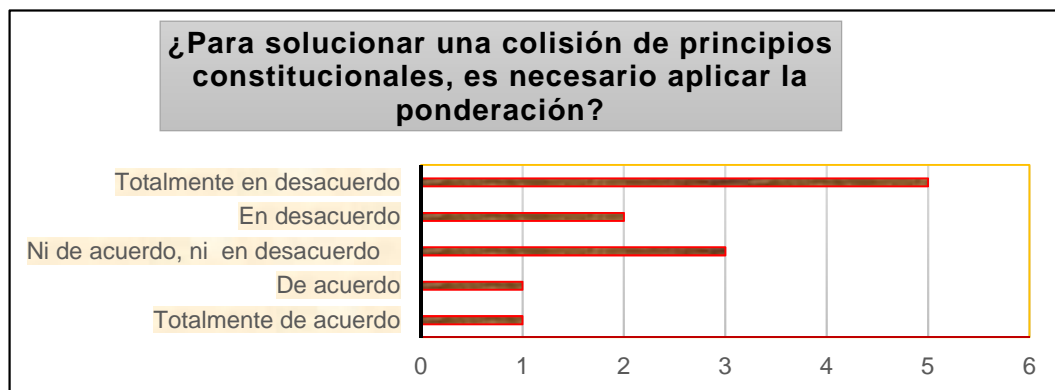
## Pregunta # 2

**Figura 2**

En cuanto a la pregunta # 2, se realizó con el objeto de descubrir si mencionados profesionales, entienden con claridad en que momento están frente a un caso fácil, así como si pueden diferenciar un caso difícil. De la encuesta realizada, se evidencia que el 92% expresó que no sabía acerca de los casos fáciles o casos difíciles, y sólo el 8% manifestó que si conocía. Las cifras desarrolladas no hacen nada más que evidenciar un problema que seguramente se replica en todos los servidores públicos abogados del país, los mismos que por el rol que desempeñan en sus instituciones en muchos casos deciden administrativamente sobre los derechos de los administrados, ese desconocimiento con escasas excepciones como lo demuestran los datos planteados, es preocupante para la consecución de una sociedad que se tome en serio los derechos. Si la o el servidor no puede diferenciar entre un caso fácil y un caso difícil, esto es entre un caso que puede o no subsumirse a un texto jurídico hipotético, le será imposible utilizar el método de interpretación constitucional de la ponderación, para tomar la decisión más adecuada.



## Pregunta # 3

**Figura 3**

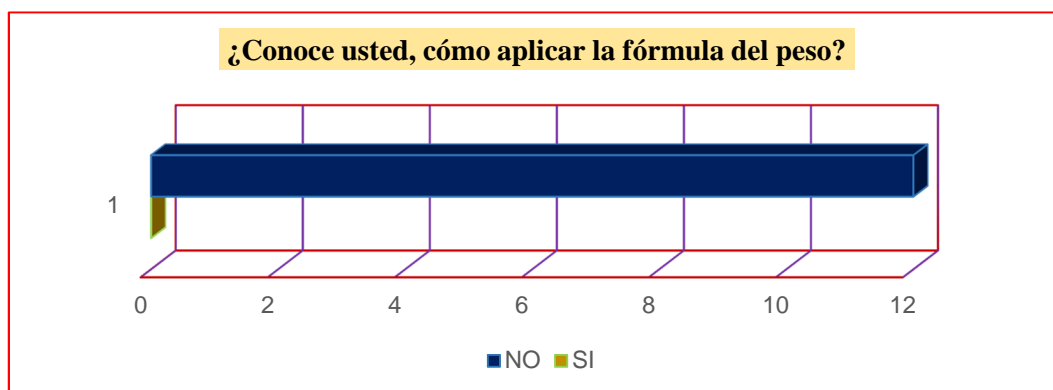
Esta pregunta fue necesaria porque en el transcurso del análisis de un caso administrativo susceptible de resolución con incidencia en los derechos de sus titulares, es probable que exista un conflicto de derechos o principios constitucionales entre el administrado y el Estado, o, entre administrados entre sí, como ha quedado expresado en este trabajo. Para responderla, se necesitaba del encuestado, en primer lugar, conocimiento sobre una colisión o choque que pueden darse entre derechos o principios constitucionales; en segundo lugar, conocer de qué manera solucionar ese conflicto de derechos o principios que juegan en sentido contrario. Las respuestas a la pregunta realizada arrojaron que, el 8% está totalmente en desacuerdo, el 17% en desacuerdo, el 17% ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 33% de acuerdo y totalmente de acuerdo el 25%, que para solucionar una colisión de principios constitucionales, es necesaria aplicar la ponderación.

## Pregunta # 4

**Figura 4**

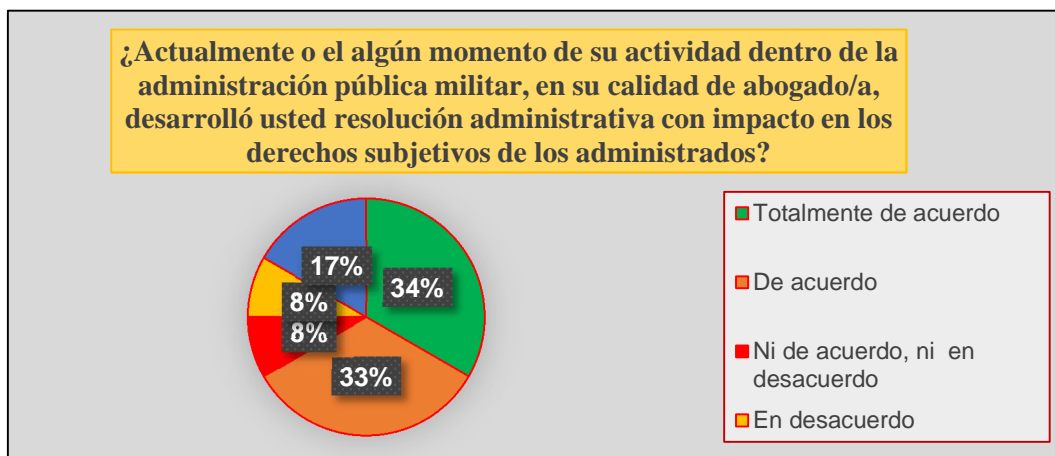
Se puede afirmar que sólo el 8% estuvo totalmente de acuerdo y el otro 8% de acuerdo que la ley de la ponderación era aplicable en la administración pública militar; sin embargo, el 25% estuvo ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 17% en desacuerdo y el 42% manifestaron estar totalmente en desacuerdo la aplicación de dicha ley. Ahora bien, se evidencia que los profesionales encuestados, a pesar que son conscientes que vivimos en un Estado, en donde el Derecho se reflexiona de manera diferente que al Estado legalista, son conscientes además que es posible el choque de derechos o principios constitucionales, y que para resolver ese conflicto es necesario aplicar la ponderación, pero mencionados profesionales al mismo tiempo no pueden diferenciar en que momento subsumir y ponderar, pero sobre todo rechazan que la ponderación pueda ser aplicada en la administración pública, específicamente en lo militar. De modo que, de lo expresado es fácil sustraer un problema de conocimiento constitucional en los servidores públicos abogados de la administración pública militar, situación que seguramente ocurre con la mayoría de profesionales de la administración pública en todo el Ecuador.

## Pregunta # 5

**Figura 5**

Sobre la pregunta # 5. La respuesta a esta pregunta fue determinante, el 100% de los encuestados dijo desconocer la fórmula del peso, y si no la conocen mucho menos saben cómo aplicarla. Recordemos, la doctrina nos dice que para ponderar debo utilizar la fórmula del peso, dándole cierto valor numérico a unos y otros enunciados que juegan en sentido contrario, al peso abstracto que como se dijo en el Ecuador tiene igual valor, etc., para verificar que derecho o principio tiene un mayor peso en el sistema de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. La respuesta de los profesionales encuestados, al igual de las respuestas a la pregunta # 4, demuestra falta de conocimiento sobre la forma de aplicar la ponderación. No se puede aplicar o defender lo que no se conoce, por ello surge la necesidad que los servidores públicos abogados de la administración pública militar y en general, que desarrollan resoluciones con incidencia en los derechos subjetivos de los administrados, sean capacitados o se exija capacitación en derecho constitucional, para que la Constitución y sus garantías no sean una simple tinta en una hoja de papel.

## Pregunta # 6



**Figura 6**

Las respuestas a la pregunta # 6, demuestran que la mayor cantidad de los profesionales encuestados, en algún momento de su actividad dentro de la administración pública militar, habían desarrollado resolución administrativa con impacto en los derechos subjetivos de los administrados. De manera que, si los servidores abogados desarrollan resoluciones con incidencia en los derechos de las personas, en el contexto constitucional actual, es meritorio el conocimiento que debe tenerse sobre la forma de interpretar el derecho. Decidir sobre los derechos de las personas, es una forma de administrar justicia en el escenario administrativo; de ahí que es trascendental el conocimiento de las técnicas de interpretación constitucional, y así contar con las herramientas jurídicas básicas para hacer justicia.

**Etiqueta: BASE DE DATOS DE RESPUESTAS A LA ENTREVISTA  
REALIZADA A TRES EXPERTOS EN DERECHO CONSTITUCIONAL.-**

**Tabla 2**

<b>PREGUNTA:</b> ¿Dentro de la Administración Pública, cuando exista un caso susceptible de resolución administrativa que no sea posible resolverlo por medio de la subsunción, es necesario aplicar la ponderación?	
<b>Expertos en Derecho Constitucional</b>	<b>CARLOS BERNAL PULIDO.-</b> Mil gracias por su mansaje. Mi respuesta es sí; la administración también debe ponderar. Sobre como ponderar, lo remito al capítulo VI de mi libro: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, que Usted podrá comprar por Internet. Sobre la ponderación en derecho administrativo, le aconsejo este texto: <a href="http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683">http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683</a> . Suerte con su trabajo.
	<b>MIGUEL CARBONELL.-</b> Sí, la ponderación es aplicable también en actos de la administración pública.
	<b>ROBERTO GARGARELA.-</b> Hola Edison, en principio la respuesta a tu pregunta es sí, pero me parece que hay un error en tus enseñantes en insistir con ese modo de pensar la interpretación jurídica. Se trata de un modo posible, que en lo personal no lo encuentro atractivo. Entiendo que en internet se encuentran cosas que yo u otra gente (Cass Sunstein, por ejemplo, o Jack Balkin, o John Ely, o Ronald Dworkin) han escrito sobre el tema, de modo para mí mucho más interesante. Todos los nombrados en el paréntesis difieren entre sí, pero todos ellos, diría, piensan el tema de la interpretación constitucional de un modo más rico y menos mecánico que el que sugiere la idea de ponderación.

**ANÁLISIS DE RESULTADOS:**

De la entrevista realizada a los expertos en derecho constitucional latinoamericano, es sencillo resaltar la idea que de los tres entrevistados vía email, dos de ellos están de acuerdo que la administración pública puede utilizar el método de interpretación constitucional de la ponderación en la solución de sus casos; empero, Roberto Gargarela, si bien nos dice que en principio la respuesta sería sí, encuentra reparos como lo encuentran también otros autores, entre ellos Juan Antonio García Amado, Manuel Atienza, Habermas, etc., en la utilización de dicho

método para la interpretación jurídica, por su alto grado de subjetividad en la atribución numérica a ciertos enunciados.

En definitiva, los profesores Carlos Bernal y Miguel Carbonell, están categóricamente de acuerdo, que sí es posible utilizar la ponderación en la administración pública, aunque dicho método tenga sus críticos, como fue mencionado en la fundamentación teórica de este trabajo. Sin embargo, se considera que en el desarrollo de la interpretación jurídica actual, sobre la base del neoconstitucionalismo, no es posible utilizar otro método que el de la ponderación, para solucionar de la manera más adecuada y justa, un conflicto de derechos o principios constitucionales que juegan en sentido contrario. En resumen, ha quedado demostrado, la posibilidad de utilizar la ponderación en la administración pública militar<sup>9</sup>, así como la obligación de los servidores públicos abogados en el desarrollo de una resolución administrativa, que incida en los derechos fundamentales de los administrados, utilizar dicho método frente a un caso difícil, lo cual indiscutiblemente reafirma la idea de vivir en un Estado constitucional de derechos y justicia.

---

<sup>9</sup> Si es posible en lo militar, lo es también posible en toda la administración pública en general.

## **ANÁLISIS DE RESULTADOS NORMATIVOS:**

### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.-**

El Art. 1 fue necesario citarlo, dado que nos expresa que el Ecuador es un Estado diferente al Estado de derecho o al Estado social de derecho que culminó con la Constitución de 1998. El Art. 33 ibídem, lo mencionamos para establecer que el derecho al trabajo es un derecho fundamental y que forma parte de ese principio de la dignidad humana, ya que si no existe actividad laboral, no es posible obtener los recursos básicos necesarios para satisfacer las necesidades primarias que indudablemente afecta a la dignidad del ser.

El Art. 82 ibídem, lo citamos para establecer que existe el principio de la seguridad jurídica, que jugaba en sentido contrario con el principio de la dignidad humana según nuestro ejemplo, lo cual fue resuelto por medio de la ponderación. Finalmente, el Art. 160 ibídem en su inciso segundo nos muestra que el personal militar tiene textos jurídicos que los rigen de forma especial. Y por último el Art. 426 ibídem, nos lleva a la convicción de que todas las personas, autoridades e instituciones tienen la obligación de sujetarse a los derechos constitucionales, dado que son de inmediato cumplimiento y aplicación.

En relación a los Órganos Reguladores de la Situación Militar y Profesional del personal de las Fuerzas Armadas (Consejos Militares), estos órganos encuentran fundamento igual en el inciso dos del Art. 160 de la Constitución de 2008.

### **LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.-**

El Art. 3 numeral 3) de la citada ley, nos indica el método de interpretación constitucional de la ponderación, que como fue demostrado en el desarrollo de este trabajo, no sólo es aplicable por los órganos jurisdiccionales dentro de la justicia ordinaria o constitucional, sino también dentro de la administración pública militar o por la administración pública en general, cuando no exista la posibilidad de solucionar el caso por medio de la subsunción. En definitiva, de la lectura de este texto legal que desarrolla mencionado método constitucional, se puede apreciar que es necesario una seria convicción sobre el conocimiento del derecho y la realización de la justicia para poder ser aplicado.

## **LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSA NACIONAL.-**

Por su parte, el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, establece: “Son órganos de la Defensa Nacional. Literal e).- Los órganos reguladores de la situación militar y profesional del personal de las Fuerzas Armadas...”, en concordancia con el Art. 33 ibídem, que señala: «Los órganos reguladores competentes para conocer y resolver la situación militar y profesional del personal de Fuerzas Armadas, garantizarán los principios constitucionales del debido proceso; y, son los siguientes: a) El Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas; b) El Consejo de Oficiales Generales o Almirantes de Fuerza; c) El Consejo de Oficiales Superiores de Fuerza; d) El Consejo de Oficiales Subalternos de Fuerza; y, e) El Consejo del Personal de Tropa de Fuerza».

En ese orden, el Art. 36 ibídem, contempla: “Las atribuciones y obligaciones principales del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, son: a) Conocer y resolver sobre la situación militar y profesional de los oficiales Generales de Ejército y de División o sus equivalentes...”. El Art. 38 ibídem, dice: “El Consejo de Oficiales Generales o Almirantes de Fuerza, es el órgano encargado de conocer y resolver sobre la situación militar y profesional de los oficiales Generales de Brigada y Coroneles o sus equivalentes. Sus atribuciones son las siguientes: a) Conocer y resolver sobre la situación militar y profesional de los oficiales Generales de Brigada y Coroneles o sus equivalentes...”. El Art. 41 ibídem, expresa: “El Consejo de Oficiales Superiores de Fuerza, es el órgano encargado de conocer y resolver sobre la situación militar y profesional de los Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas, en los grados de Teniente Coronel y Mayor o sus equivalente. Sus atribuciones son las siguientes: a) Conocer y resolver sobre la situación militar y profesional de los oficiales Tenientes Coroneles y Mayores o sus equivalentes...”.

El Art. 44 ibídem, establece: “El Consejo de Oficiales Subalternos de Fuerza, es el órgano encargado de conocer y resolver sobre la situación militar y profesional de los oficiales subalternos de las Fuerzas Armadas. Sus atribuciones son las siguientes: a) Conocer y resolver sobre la situación militar y profesional de los oficiales subalternos...”. Finalmente, en el Art. 47 ibídem, se lee: “El Consejo del Personal de Tropa de Fuerza, es el órgano encargado de conocer y resolver sobre la situación militar y profesional del personal de tropa de las Fuerzas Armadas. Sus



atribuciones son las siguientes: a) Aprobar las listas del personal de Tropa que hubieren cumplido con todos los requisitos establecidos en la ley y reglamentos para su ascenso...”.

El Art. 33 de esta ley, menciona a los cinco Consejos Militares, los mismos que tienen la capacidad legal en el ámbito de la administración militar de decidir sobre la permanencia o no de los militares en servicio activo dentro de las Fuerzas Armadas. Es decir, son los Órganos Reguladores de la Carrera Militar y Profesional del personal de las Fuerzas Armadas, que actúan sobre la base del derecho público ecuatoriano para regular la carrera militar. Dichos órganos al decidir sobre la situación militar o profesional del personal militar, aplican normas, disposiciones, etc., que pueden afectar injustamente derechos ya adquiridos por los administrados.

En consecuencia, los Consejos Militares, son órganos reguladores de la situación jurídica militar del personal de las Fuerzas Armadas, con competencia para colocarlos en la situación jurídica de a disposición, disponibilidad o servicio pasivo, es decir, su competencia abarca dictar actos administrativos con impacto en los derechos subjetivos de los militares en servicio activo, cuyos actos deben cumplir con la exigencia constitucional y legal, con irrestricto apego a los derechos constitucionales y al derecho de gentes, y en esas circunstancias, dichos órganos se pueden encontrar con casos difíciles de solucionar con el método de aplicación del derecho tradicional como la subsunción, de esa manera si no se puede subsumir porque el caso es difícil, es obligación de la administración militar ponderar, para dar una solución más adecuada.

### **LEY REFORMATORIA A LA LEY DE PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS.-**

El Art. 64 de esta ley, describe la definición de la situación militar, cuyo concepto ha sido tomado como base para la realización de este examen complejo, ya que es esa situación militar o condición jurídica la que regulan los Consejos Militares al dictar sus resoluciones administrativas y en donde pueden aparecer los casos fáciles o difíciles según como se ha estudiado. Esa situación es servicio activo, a disposición, disponibilidad o servicio pasivo, es decir, esas son las condiciones en la que se encuentran los militares y de las que pueden ser privados o no, según lo resuelto por los Consejos Militares.

Por último, tanto el Art. 82 del Código Orgánico Integral Penal, con el Art. 77 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, por ser textos jurídicos que contienen una descripción y una consecuencia, fueron citados en este examen complejo, con el objeto de demostrar que cuando estamos frente a un caso fácil, es posible aplicar la subsunción, por tanto es fácil solucionar el caso. Sin embargo, en un caso difícil en donde están en juego los principios constitucionales, por su grado de abstracción y generalidad se debe aplicar la ponderación para decidir de forma más adecuada.

### III.2. CONCLUSIONES.-

1. La Constitución de la República del Ecuador, establece que las juezas y jueces, autoridades administrativas 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. Asimismo, de lo expresado por los expertos en derecho constitucional, podemos deducir que, si los Consejos Militares de las Fuerzas Armadas, son parte de la administración pública del Ecuador, por tanto si deben aplicar la ponderación en la medida que existan casos difíciles de resolver.
2. La aplicación del método de interpretación constitucional de la ponderación por parte de los servidores públicos abogados con facultad de emitir actos administrativos dentro Consejos Militares, reafirma la concepción de Estado constitucional de derechos y justicia, porque los principios constitucionales irradian todo el ordenamiento jurídico, y la actividad administrativa de las Fuerzas Armadas no puede ser ajena a esa realidad, porque forma parte del Estado ecuatoriano.
3. Los servidores abogados encuestados, no conocen la diferencia entre casos fáciles y difíciles, muy poco sobre la aplicación de la ponderación y un desconocimiento total sobre la fórmula del peso que nos permite valorar qué principio tiene mayor peso concreto en el sistema, por lo que se puede colegir que los los abogados encuestados no conocen sobre la ponderación y la posibilidad de ser aplicada en los Consejos Militares.
4. En definitiva, si los Consejos Militares de las Fuerzas Armadas, son parte de la administración pública del Ecuador, y son asesorados por servidores públicos abogados, no sólo que el método de interpretación constitucional de la ponderación resulta ser aplicable en la medida que existan casos difíciles de resolver, sino que dichos servidores están en la obligación jurídica de utilizar la ponderación, para resolver de forma adecuada.

### III.3. RECOMENDACIONES.-

Una vez desarrollado este examen complejo, sobre la base de argumentos doctrinarios y empíricos, es importante recomendar lo siguiente:

- 1) Siendo el Ecuador un Estado constitucional, el órgano legislativo del país debe reformar la Ley Orgánica de Educación Superior y la Ley Orgánica de Educación Intercultural, a fin que se exprese taxativamente en dichas leyes, la obligatoriedad de los centros educativos del Ecuador, la enseñanza desde la educación primaria, sobre los valores, principios y reglas establecidos en la Constitución. Dicha enseñanza deberá ser en un lenguaje fácil y sencillo para que dicho conocimiento constitucional, sea aceptado a través de un proceso de formación lenta desde la infancia.
- 2) A la Secretaría Nacional de Comunicación, disponer la difusión periódica sobre mensajes publicitarios en todos los medios de comunicación público y privado del país, en donde se haga conocer segmentos educativos que contribuyan a crear una cultura generalizada de los ecuatorianos, sobre sus derechos y deberes consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Mencionada comunicación deberá ser transmitida en un lenguaje fácil y sencillo accesible a toda la población, con observancia estricta en la ley de la materia.
- 3) Al Ministerio del Trabajo, quien debe regular los procesos de los concursos de mérito, oposición e impugnación ciudadana y control social para la carrera del servicio público en general, a quienes se debe exigir conocimientos básicos de la Constitución. Sin embargo, para postulantes al servicio público como profesionales del derecho, se debe procurar sean especializados en materia constitucional, para garantizar que las posibles resoluciones que dichos profesionales construyan en el ejercicio de sus funciones, lo realicen con un criterio técnico constitucional, independientemente del asunto que se trate.
- 4) A la Corte Constitucional, para que dentro de las acciones pública de inconstitucionalidad de resoluciones administrativas, emita precedentes vinculantes -los cuales en la actualidad son inexistentes en el Ecuador-, sobre la obligación de la administración pública de desarrollar sus resoluciones con criterio constitucional, dando la directriz que la

administración no está limitada a utilizar los métodos de interpretación constitucional señalados en el Art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdicciones y Control Constitucional.

- 5) A las Facultades de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de las Universidades del Ecuador, incorporar en sus programas de estudio, la materia de derecho constitucional o neoconstitucionalismo y derecho procesal constitucional, en el primer y último año de estudio de la carrera de pre-grado, con el objeto que el futuro profesional del derecho, sea introducido en el estudio científico de la Constitución, sus valores, principios y métodos de interpretación, así como su importancia en las relaciones entre las personas y entre estas con el Estado.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:****REFERENCIAS REALES.-**

1. **ALEXY, R.** (2008). *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
2. **CARBONELL, M., ed.** (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. V&M Grafías.
3. **ATIENZA, M.** (2012). *Interpretación Constitucional*. Bogotá. Departamento de Publicaciones, Universidad Libre.
4. **BENAVIDES, J.** *Los Derechos Humanos como norma y decisión*. Quito. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. (2012).
5. **CARBONELL, M.** (2011). *Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Quito. Cevallos editora jurídica.
6. **CASTRO, I.** (15-may-2014). Apuntes en clase de derecho constitucional- cuestiones sustanciales:
7. **COMANDUCCI, P.** (2002). *Formas de (Neo) Constitucionalismo*. Génova. Un análisis metateórico. Isonomia.
8. **DE VEGA, P.** (1985). *La reforma constitucional y el problema del poder constituyente*. Tecnos. Madrid.
9. **DWORKIN, R.** (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona. Editorial Planeta S.A.
10. **FERRAJOLI, L.** (2010). *Democracia y Garantismo*. Madrid. 2da Edición. Editorial Trotta.
11. **FERRAJOLI, L.** (2010). *Derechos y Garantías*. Madrid. 7ma Edición. Editorial Trotta.
12. **GUASTINI, R.** (2002). “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico italiano*” en *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid, Trotta,
13. **GUASTINI, R.** (1999). *Distinguiendo*. Barcelona. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho. Gedisa.
14. **GUASTINI, R.** (2010). *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*. Madrid. Trotta. 2da edición.
15. **HABERLE, P.** (2003). *El Estado constitucional*. UNAM-PUCP. Lima.

16. **MANCHENO, T.** (2004). *Síntesis Histórica del Pensamiento Político*. Guayaquil. IEPI No. 020259. Imprenta “Offset Graba”.
17. **ORTEGA, L.** (2009). et., al. *Ponderación y Derecho Administrativo*. Madrid. Marcial Pons.
18. **PÉREZ L, A.** (2005). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid. EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A), Novena Edición.
19. **PRIETO, L.** (1998). *Ley, Principios, Derechos*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Dykinson.
20. **PRIORI, G.** (13-jun-2014). Apuntes en clase de Derecho Constitucional- cuestiones sustanciales:
21. **PRIORI, G.** (2009). *El proceso en el Estado constitucional*. En: *Constitución & Proceso*. Ara. Lima.
22. **RAMÍREZ, G.** (12-mar-2015). Apuntes en clase de Derecho Constitucional y Neoconstitucionalismo:
23. **SANTIAGO, A.** et al. (2009). *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito. Corporación Editora Nacional.
24. **THEMA EQUIPO EDITORIAL.** (2007). *Historia Universal*. Barcelona-España., S.A.
25. **TOMÁS Y VALIENTE, F.** (2004). “*La Constitución*”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid. CEPC.
26. **VERDUGO, T.** (25-abr-2015). Apuntes en clase de Derecho Constitucional y Neoconstitucionalismo:
27. **ZAVALA, J.** (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil. EDILEX S.A.
28. **ZAVALA, J.** (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil. EDILEX S.A, 1ra reimpresión.

#### **REFERENCIAS VIRTUALES.-**

29. **ALDUNATE, E.** *Aproximación conceptual y crítica del neoconstitucionalismo*. Revista de Derecho (Valdivia) (en línea) 2010, XXIII (Julio-Sin mes): Disponible en:

<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173716608004>> ISSN 0716-9132.

Fecha de consulta: 11-ago-2014.

- 30. ARROYO, L.** *Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo*. Madrid. Revista para el Análisis del Derecho. 2009. Disponible en: [www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683](http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683). Fecha de consulta: 11-dic-2015.
- 31. DOLORES, M.** (Acceso: 16-feb-2016). *La Acción de Lesividad*. 2010. Disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2010/02/22/la-accion-de-lesividad>.
- 32. OROZCO, J.** *Los Derechos Humanos y la polémica entre IUSNATURALISMO y IUSPOSITIVISMO*. Disponible en: [biblio.juridicas.unan.mx/libros/1/399/3.pdf](http://biblio.juridicas.unan.mx/libros/1/399/3.pdf) Acceso: 12-dic-2015.
- 33. C.CARLOS :** (Recuperado: 08-dic-2015) [https://es.overblog.com/Revolucion\\_norteamericana\\_Breve\\_analisis\\_historico-1228321783-art381947.html](https://es.overblog.com/Revolucion_norteamericana_Breve_analisis_historico-1228321783-art381947.html).

#### REFERENCIAS NORMATIVAS.-

- 34. ASAMBLEA CONSTITUYENTE.** Constitución de la República del Ecuador. Montecristi. Registro Oficial No. 449; 20-oct-2008.
- 35. CONGRESO NACIONAL.** Constitución Política de la República del Ecuador 1998. Quito. Registro Oficial No. 1; 11-ago-1998
- 36. ASAMBLEA NACIONAL.** Código Orgánico Integral Penal. Quito. Registro Oficial Suplemento No. 180; 10-feb-2014.
- 37. FUNCIÓN EJECUTIVA.** Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Quito. Registro Oficial No. 536; 18-mar-2002.
- 38. ASAMBLEA NACIONAL.** Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Quito. Registro Oficial Suplemento No. 52; 22-oct-2009
- 39. CONGRESO NACIONAL.** Ley Orgánica de la Defensa Nacional; Ley 74. Quito. Registro Oficial No. 4; 19-ene-2007.
- 40. CONGRESO NACIONAL.** Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. Quito. Registro Oficial Suplemento No. 660; 10-abr-1991.



**ANEXO 1**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**ENCUESTA REALIZADA A SERVIDORAS Y SERVIDORES PÚBLICOS ABOGADOS QUE ASESORAN O ASESORARON A LOS CONSEJOS MILITARES DE LA ARMADA DEL ECUADOR. EN LAS PREGUNTAS DICOTÓMICAS, EN CASO DE SUBRAYAR ‘SI’, POR FAVOR EXPLIQUE BREVEMENTE.**

**1.-** El Estado constitucional de derechos y justicia, es diferente al Estado social de derecho y al Estado de derecho, no sólo desde el punto de vista formal, sino también porque implica un cambio de paradigma sobre la concepción del derecho y la justicia.

- (1) Totalmente de acuerdo \_\_\_\_\_
- (2) De acuerdo \_\_\_\_\_
- (3) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo \_\_\_\_\_
- (4) En desacuerdo \_\_\_\_\_
- (5) Totalmente en desacuerdo \_\_\_\_\_

**2.-** ¿Conoce usted, cuáles son los casos fáciles y casos difíciles?

- (1) NO
- (2) SI

EXPLIQUE.....

**3.-** Para solucionar una colisión de principios constitucionales, es necesario aplicar la ponderación.

- (1) Totalmente de acuerdo \_\_\_\_\_
- (2) De acuerdo \_\_\_\_\_
- (3) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo \_\_\_\_\_
- (4) En desacuerdo \_\_\_\_\_
- (5) Totalmente en desacuerdo \_\_\_\_\_

**4.-** La ley de la ponderación es aplicable en la administración pública militar.

(1) Totalmente de acuerdo \_\_\_\_\_

(2) De acuerdo \_\_\_\_\_

(3) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo \_\_\_\_\_

(4) En desacuerdo \_\_\_\_\_

(5) Totalmente en desacuerdo \_\_\_\_\_

**5.-** ¿Conoce usted, cómo aplicar la fórmula del peso?

(1) NO

(2) SI

EXPLIQUE.....

**6.-** Actualmente o en algún momento de su actividad dentro de la administración pública militar, en su calidad de abogado/a, desarrolló usted resolución administrativa con impacto en los derechos subjetivos de los administrados.

(1) Totalmente de acuerdo \_\_\_\_\_

(2) De acuerdo \_\_\_\_\_

(3) Ni de acuerdo, ni en desacuerdo \_\_\_\_\_

(4) En desacuerdo \_\_\_\_\_

(5) Totalmente en desacuerdo \_\_\_\_\_

## ANEXO 2 A

mprimir

<https://mg.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=9oa74fonjg1j8#4085100641>

---

**Asunto:** Pregunta desde Ecuador

---

**De:** EDISON GÓMEZ (edisonomez@yahoo.com)

---

**Para:** robert@utdt.edu;

---

**Fecha:** Martes, 31 de mayo, 2016 8:39:40

---

Buen día estimado Dr., soy el abogado Edison Gómez Castillo, le saludo desde Ecuador. Actualmente cumpla la función de Defensor Público de la Provincia del Guayas, pero mi pregunta me permite realizarla a usted como estudiante de post grado de la maestría de Derecho Constitucional, dictada por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, y con la finalidad de contar con elementos del más alto nivel de estudio para mi trabajo de titulación, solicito a usted me responda lo siguiente:

¿Dentro de la administración pública, cuando exista un caso susceptible de resolución administrativa, que no sea posible resolverlo por medio de la subsunción, es necesario aplicar la ponderación?

Su respuesta y contribución a la ciencia jurídica, seguro contribuirá al desarrollo y estudio más inteligente del derecho por nuestros pueblos de América Latina. De no poderme responder por este medio, por favor, remítame su número telefónico para llamarlo. Gracias.

## B

nprimir

<https://mg.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=9oa74fonjglj8#4085100641>

---

**Asunto:** Re: Pregunta desde Ecuador  
**De:** Roberto Gargarella (robert@utdt.edu)  
**Para:** edisongomez@yahoo.com;  
**Fecha:** Martes, 31 de mayo, 2016 12:37:11

---

Hola Edison, en principio la respuesta a tu pregunta es sí, pero me parece que hay un error en tus enseñantes en insistir con ese modo de pensar la interpretación jurídica. Se trata de un modo posible, que en lo personal no lo encuentro atractivo. Entiendo que en internet se encuentran cosas que yo u otra gente (Cass Sunstein, por ejemplo, o Jack Balkin, o John Ely, o Ronald Dworkin) han escrito sobre el tema, de modo para mí mucho más interesante. Todos los nombrados en el paréntesis difieren entre sí, pero todos ellos, diría, piensan el tema de la interpretación constitucional de un modo más rico y menos mecánico que el que sugiere la idea de ponderación subsunción. Un saludo

r

El 31 de mayo de 2016, 10:39, EDISON GÓMEZ <edisongomez@yahoo.com> escribió:

Buen día estimado Dr., soy el abogado Edison Gómez Castillo, le saludo desde Ecuador. Actualmente cumpla la función de Defensor Público de la Provincia del Guayas, pero mi pregunta me permite realizarla a usted como estudiante de post grado de la maestría de Derecho Constitucional, dictada por la Universidad Católica Santiago de Guyaquil, y con la finalidad de contar con elementos del más alto nivel de estudio para mi trabajo de titulación, solicito a usted me responda lo siguiente:

¿Dentro de la administración pública, cuando exista un caso susceptible de resolución administrativa, que no sea posible resolverlo por medio de la subsunción, es necesario aplicar la ponderación?

Su respuesta y contribución a la ciencia jurídica, seguro contribuirá al desarrollo y estudio más inteligente del derecho por nuestros pueblos de América Latina. De no poderme responder por este medio, por favor, remítame su número telefónico para llamarlo. Gracias.



Av. Figueroa Alcorta 7350 (C1428BIJ)  
Ciudad de Buenos Aires

[www.utdt.edu](http://www.utdt.edu) |  | 

La Universidad Torcuato Di Tella es una institución sin fines de lucro fundada en los pilares de la excelencia académica, el pluralismo de ideas y la igualdad de oportunidades. Conozca nuestros programas de becas en [utdt.edu/becas](http://utdt.edu/becas).

---

**Asunto:** Pregunta desde Ecuador

---

**De:** EDISON GÓMEZ (edisonomez@yahoo.com)

---

**Para:** miguelc6@hotmail.com;

---

**Fecha:** Lunes, 30 de mayo, 2016 16:24:47

---

Buen día estimado Dr., soy el abogado Edison Gómez Castillo, le saludo desde Ecuador. Actualmente cumpla la función de Defensor Público de la Provincia del Guayas, pero mi pregunta me permite realizarla a usted como estudiante de post grado de la maestría de Derecho Constitucional, dictada por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Soy un seguidor de sus obras en materia neoconstitucional y derechos fundamentales, y consciente que usted difunde la tesis de Robert Alexy, respecto a la ponderación, y con la finalidad de contar con elementos del más alto nivel de estudio para mi trabajo de titulación, solicito a usted me responda lo siguiente:

¿Dentro de la administración pública, cuando exista un caso susceptible de resolución administrativa, que no sea posible resolverlo por medio de la subsunción, es necesario aplicar la ponderación?

Su respuesta y contribución a la ciencia jurídica, seguro contribuirá al desarrollo y estudio más inteligente del derecho, por nuestros pueblos de América Latina. De no poderme responder por este medio, por favor, remítame su número telefónico para llamarlo. Gracias.



## D

mprimir

<https://mg.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=9oa74fonjglj8#4212>

---

**Asunto:** Re: Pregunta desde Ecuador

---

**De:** miguel carbonell (miguelc6@hotmail.com)

---

**Para:** edisongmez@yahoo.com;

---

**Fecha:** Lunes, 30 de mayo, 2016 18:39:14

---

Sí, la ponderación es aplicable también en actos de la administración pública.

Saludos,

MC

Enviado desde mi iPhone

El 30/05/2016, a las 4:27 p.m., EDISON GÓMEZ <edisongmez@yahoo.com> escribió:

Buen día estimado Dr., soy el abogado Edison Gómez Castillo, le saludo desde Ecuador. Actualmente cumpla la función de Defensor Público de la Provincia del Guayas, pero mi pregunta me permite realizarla a usted como estudiante de post grado de la maestría de Derecho Constitucional, dictada por la Universidad Católica Santiago de Guyaquil. Soy un seguidor de sus obras en materia neoconstitucional y derechos fundamentales, y consciente que usted difunde la tesis de Robert Alexy, respecto a la ponderación, y con la finalidad de contar con elementos del más alto nivel de estudio para mi trabajo de titulación, solicito a usted me responda lo siguiente:

¿Dentro de la administración pública, cuando exista un caso susceptible de resolución administrativa, que no sea posible resolverlo por medio de la subsunción, es necesario aplicar la ponderación?

Su respuesta y contribución a la ciencia jurídica, seguro contribuirá al desarrollo y estudio más inteligente del derecho, por nuestros pueblos de América Latina. De no poderme responder por este medio, por favor, remítame su número telefónico para llamarlo. Gracias.

## E

primir

<https://mg.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=9oa74fonjglj8#4446630021>

---

**Asunto:** Pregunta desde Ecuador

---

**De:** EDISON GÓMEZ (edisonomez@yahoo.com)

---

**Para:** carlos.bernal-pulido@mq.edu.au;

---

**Fecha:** Domingo, 29 de mayo, 2016 11:55:09

---

Buen día estimado Dr., soy el abogado Edison Gómez Castillo, le saludo desde Ecuador. Actualmente cumplo la función de Defensor Público de la Provincia del Guayas, pero mi pregunta me permite realizarla a usted como estudiante de post grado de la maestría de Derecho Constitucional, dictada por la Universidad Católica Santiago de Guyaquil. Soy un seguidor de sus obras en materia constitucional, y consciente que usted a diferencia Jürgen Habermas y otros defiende la tesis de Robert Alexy, respecto a la ponderación, y con la finalidad de contar con elementos del más alto nivel de estudio para mi trabajo de titulación, solicito a usted me responda lo siguiente:

¿Dentro de la administración pública, cuando exista un caso susceptible de resolución administrativa, que no sea posible resolverlo por medio de la subsunción, es necesario aplicar la ponderación?

Su respuesta y contribución a la ciencia jurídica, seguro contribuirá al desarrollo y estudio más inteligente del derecho, por nuestros pueblos de América Latina. De no poderme responder por este medio, por favor, remítame su número telefónico para llamarlo. Gracias.

## F

mprimir

<https://mg.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=9oa74fonjg1j8#444663C>

---

**Asunto:** Re: Pregunta desde Ecuador  
**De:** Carlos Bernal-Pulido (carlos.bernal-pulido@mq.edu.au)  
**Para:** edisongmez@yahoo.com;  
**Fecha:** Domingo, 29 de mayo, 2016 18:49:21

---

Estiamdo Edison,

Mil gracias por su mansaje. Mi respuesta es si; la administracion tambien debe ponderar. Sobre como ponderar, lo remito al capitulo VI de mi libro: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, que Usted podra comprar por Internet. Sobre la ponderacion en derecho administrativo, le aconsejo este texto: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/130917/180683>

Un saludo,

C

---

**From:** EDISON GÓMEZ <edisongmez@yahoo.com>  
**Sent:** Monday, 30 May 2016 2:55:09 AM  
**To:** Carlos Bernal-Pulido  
**Subject:** Pregunta desde Ecuador

Buen día estimado Dr., soy el abogado Edison Gómez Castillo, le saludo desde Ecuador. Actualmente cumpla la función de Defensor Público de la Provincia del Guayas, pero mi pregunta me permito realizarla a usted como estudiante de post grado de la maestría de Derecho Constitucional, dictada por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Soy un seguidor de sus obras en materia constitucional, y consciente que usted a diferencia Jurgen Habermas y otros defiende la tesis de Robert Alexy, respecto a la ponderación, y con la finalidad de contar con elementos del más alto nivel de estudio para mi trabajo de titulación, solicito a usted me responda lo siguiente:

¿Dentro de la administración pública, cuando exista un caso susceptible de resolución administrativa, que no sea posible resolverlo por medio de la subsunción, es necesario aplicar la ponderación?

Su respuesta y contribución a la ciencia jurídica, seguro contribuirá al desarrollo y estudio más inteligente del derecho, por nuestros pueblos de América Latina. De no poderme responder por este medio, por favor, remítame su número telefónico para llamarlo. Gracias.





Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



**SENESCYT**  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. **ÉDISON DAVID GÓMEZ CASTILLO**, con C.C: # 0802332072, autor(a) del trabajo de titulación: «EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PONDERACIÓN, EN LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS ÓRGANOS REGULADORES DE LA SITUACIÓN MILITAR Y PROFESIONAL DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS DEL ECUADOR», previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 06 de septiembre de 2017

f. \_\_\_\_\_

Nombre: Ab. **ÉDISON DAVID GÓMEZ CASTILLO**

C.C: 0802332072



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	El método de interpretación constitucional de la ponderación, en las resoluciones administrativas de los órganos reguladores de la situación militar y profesional del personal de las Fuerzas Armadas del Ecuador		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	ÉDISON DAVID GÓMEZ CASTILLO		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Dr. Teodoro Verdugo Silva/ Dr. Nicolás Rivera		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Constitucional		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Constitucional		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	FECHA DE LA SUSTENTACIÓN	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	64
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	DERECHO CONSTITUCIONAL		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	ESTADO CONSTITUCIONAL, DERECHOS FUNDAMENTALES, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, PONDERACIÓN		
<b>RESUMEN/ABSTRACT</b> (150-250 palabras):	<p>Los servidores públicos abogados, tienen la obligación de utilizar el método de interpretación constitucional de la ponderación, cuando se encuentren con un caso difícil; para demostrarlo, fue necesario abordar la evolución histórica de los derechos humanos hasta la gran guerra, que nos permitió precisar la transformación de la interpretación jurídica. El Estado constitucional en el Ecuador, significó un cambio de paradigma del derecho, en donde no sólo operan las reglas propias de la ley, sino que existen también los principios constitucionales, lo cual amerita la creatividad de la o el juez, o, de la o el servidor público para encontrar la decisión más adecuada. El diseño metodológico escogido es tipo encuesta. Los métodos empíricos utilizados constan: cuestionario tipo encuesta a doce servidores públicos abogados y cuestionario tipo entrevista a tres expertos en derecho constitucional. Nuestra población estudiada, fueron doce servidores públicos ecuatorianos y tres expertos internacionales en derecho constitucional, además de varios artículos constitucionales, legales y reglamentarios. Finalmente, concluimos que sí es posible ponderar dentro de la administración pública en general y en los Consejos Militares en particular. Sin embargo, los servidores públicos abogados en el Ecuador, no están capacitados para ponderar y aplicar dicho método en los órganos administrativos que ellos asesoran.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	Teléfono: 0992843239	E-mail: <a href="mailto:edisongmez@yahoo.com">edisongmez@yahoo.com</a>	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	Nombre: Nuques Martínez, Hilda Teresa		
	Teléfono: 0998285488		
	E-mail: <a href="mailto:tnuques@hotmail.com">tnuques@hotmail.com</a>		

### SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>	
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>	
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>	