

LA PONDERACIÓN Y SU APLICACIÓN EN LA SENTENCIA 11-18-CN/19 REFERENTE AL “MATRIMONIO IGUALITARIO” EN EL ECUADOR

BALANCING AND ITS APPLICATION IN JUDGMENT 11-18-CN/19 REGARDING “EQUAL MARRIAGE” IN ECUADOR

*Iván Avalos Barreno**

Resumen: En el año 2019, la Corte Constitucional del Ecuador emitió la sentencia 11-18-CN/19. En esta resolución, se afirmó que el artículo 67 de la Constitución—que establecía que el matrimonio es la unión entre hombre y mujer—era inconstitucional, abriendo así la posibilidad a que personas del mismo sexo se casen. Para ello, el Juez Ponente Ramiro Ávila Santamaría, entre otros argumentos, utilizó la ponderación, cuya parte esencial es la fórmula del peso. No obstante, esta no fue utilizada en la sentencia. Mediante este método argumentativo se concluyó que el principio de igualdad prevalece frente a otros principios generales del Derecho. El presente trabajo analiza la fórmula del peso, aplicándola de la manera en que, según considero, debió haberlo hecho la Corte Constitucional en la sentencia del “matrimonio igualitario”. Al efecto, se utiliza el método analítico-sintético, descomponiendo en fragmentos la argumentación realizada por el Juez Ávila. El primer apartado trata sobre los elementos de la fórmula del peso. Posteriormente, se expone el ejercicio ponderativo efectuado en la sentencia. A continuación, se demuestran los yerros argumentativos cometidos, resaltando la equivocación al escoger los principios en pugna. Por último, se plantea un nuevo ejercicio ponderativo, enfrentando los principios que debieron haber sido llevados a la balanza. El trabajo concluye que la Corte

* Abogado y maestrante en Argumentación Jurídica y Litigación Oral por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador). Investigador jurídico independiente. <https://orcid.org/0000-0002-1363-7508>. ivanro@hotmail.com

Constitucional aplicó erróneamente la ponderación en la sentencia del “matrimonio igualitario”.

Palabras clave: Argumentación jurídica, escala triádica, fórmula del peso, ponderación, proporcionalidad

Abstract: *In 2019 the Constitutional Court of Ecuador issued sentence 11-18-CN/19. In this resolution it was affirmed that article 67 of the Constitution—which established that marriage is the union between a man and a woman—was unconstitutional, thus granting the possibility for same-sex people to marry. For this, the Judge Ramiro Ávila Santamaría, among other arguments, used balancing. The essential part of balancing is the weight formula. However, this was not use in that sentence. Through this argumentative method, it was concluded that the principle of equality prevails over other general principles of law. This paper analyzes the weight formula, applying it in the way that, in my opinion, the Constitutional Court should have done in the “egalitarian marriage” judgment. For this, the analytical-synthetic method is used, breaking down the argumentation made by Judge Ávila into fragments. The first section deals with the elements of the weight formula. Then the balancing exercise carried out in the sentence is exposed, followed by a demonstration of the argumentative errors committed, highlighting the mistake in choosing the principles in conflict. Finally, a new balancing exercise is presented, confronting the principles that should have been taken to the balance. The paper concludes mainly that the Constitutional Court erroneously applied balancing in the “egalitarian marriage” judgment.*

Keywords: *Legal Argumentation, Triadic Scale, Weight Formula, Balancing, Proportionality*

Sumario. *I. Planteamiento general. II. La fórmula del peso como elemento primordial de la ponderación. III. La ponderación en la sentencia 11-18-CN/19 sobre “matrimonio igualitario”. IV. ¿Qué principio debió enfrentarse al de igualdad y no discriminación en la sentencia 11-18-CN/19? V. Aplicación de la fórmula del peso entre el principio de igualdad y no discriminación vs. el principio de seguridad jurídica y/o supremacía constitucional. VI. Conclusiones. Referencias.*

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Después de la incesante lucha por parte de los activistas de derechos humanos y los grupos LGTBI, en la actualidad el Ecuador se ha convertido en uno más de los ya varios países¹ alrededor del mundo en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo es permitido. Ello se debe a la sentencia 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional—máximo organismo de interpretación del texto constitucional—, la cual en base a una extensa y compleja argumentación efectuada por los Jueces, curiosamente, declaró inconstitucional un artículo de la Constitución². El Juez Ponente en el caso que motivó la sentencia en cuestión fue Ramiro Ávila Santamaría³, quien esgrimió varios argumentos en pos de dar acceso a las personas del mismo sexo a la institución del matrimonio, utilizando para ello la argumentación jurídica (Avalos, 2020).

Uno de los tipos de argumentación más estudiados alrededor del mundo es la ponderación, propugnada por varios estudiosos del Derecho, y cuyo máximo exponente es Robert Alexy. La ponderación posee especial protagonismo en aquellos Estados donde prima el neoconstitucionalismo, identificado por sus tres características esenciales: “la incorporación de derechos fundamentales en una Constitución rígida, suprema y vinculante; la garantía jurisdiccional de esa Constitución mediante control constitucional y finalmente, la interpretación extensiva de la Constitución” (Bustamente, 2011, p. 16). Según Portocarrero (2017), la ponderación puede entenderse como una “estructura metodológica de la ciencia jurídica, empleada para justificar una relación de prioridad condicionada entre normas con carácter de principio en casos concretos. El procedimiento ponderativo siempre se realiza en función a casos concretos y nunca en abstracto” (p. 213).

Para evitar que el ejercicio ponderativo sea utilizado tan solo como una herramienta que disfrace la preferencia y predilección de los jueces al momento de escoger el principio ganador, la doctrina referente a la argumentación jurídica ha estipulado varios parámetros a ser tomados en

¹ En América Latina los países que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo son Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y Uruguay.

² Es importante resaltar que el Juez Salgado consideró un yerro jurídico el hecho de declarar inconstitucional un artículo de la Constitución, lo cual explicó en su voto salvado.

³ El Juez Ávila fue altamente criticado por cuanto, antes de llegar a ser Magistrado de la Corte Constitucional, estuvo relacionado con el patrocinio de casos en los que personas del mismo sexo buscaban acceder al matrimonio, razón por la cual varios autores consideraron que debió excusarse.

cuenta para ponderar lo más objetivamente posible⁴. El primer parámetro o paso a tomar en cuenta, mismo que se convierte en requisito *sine qua non* para dar paso a la ponderación, es el establecimiento de los principios en choque.

Una vez vislumbrados los principios que van a ser puestos en la balanza es necesario analizar y efectuar los subsiguientes elementos de la ponderación. El punto medular de la ponderación es la fórmula del peso, en la cual se otorgan valores numéricos a varios componentes que son llevados a una operación matemática. El resultado de dicho ejercicio arroja el valor o “peso” que tiene un principio frente a otro en el caso particular.

En la sentencia del “matrimonio igualitario”, a pesar de que se utilizó el método argumentativo de la ponderación de forma expresa, no se empleó la fórmula del peso. Tampoco se consideraron los parámetros elementales propugnados por la amplia doctrina al respecto, pues no se identificaron adecuadamente los principios en pugna. En un extremo de la balanza se colocó claramente el principio de igualdad y no discriminación, pero no se propuso un principio en contra, lo cual desemboca en una argumentación poco técnica. Tomando en cuenta que lo que buscaba la mentada sentencia era declarar la inconstitucionalidad de un artículo de la Constitución, los principios a ser sopesados debieron ser, por un lado, la igualdad y no discriminación hacia las personas homosexuales, y por otro, el principio de supremacía constitucional y/o seguridad jurídica. De haberse dado esta contienda argumentativa mediante la fórmula del peso, la decisión de la Corte habría sido otra, la cual será tratada a continuación.

II. LA FÓRMULA DEL PESO COMO ELEMENTO PRIMORDIAL DE LA PONDERACIÓN

Ampliamente se ha escrito sobre el método argumentativo de la ponderación, pues hoy en día, dada la incesante relevancia que han llegado a adquirir los principios elementales del Derecho, es necesario utilizar una forma en la que uno de ellos prime sobre el otro en un caso concreto. Al respecto, Fuentes-Contreras (2012) estima que:

«La ponderación como herramienta de interpretación y aplicación jurisdiccional, siguiendo al profesor Robert Alexy, ostenta una estructura constituida

⁴ Aún existe una fuerte discusión entre los estudiosos de la argumentación jurídica, ya que por un lado están los que afirman que la ponderación es un ejercicio netamente subjetivo que permite al juez escoger en base a su ideología o preferencias, mientras que en el otro lado están los que afirman que la ponderación es un método totalmente objetivo y racional.

por la ponderación en sentido lato y en sentido estricto. La primera de ellas hace alusión a la máxima de proporcionalidad [...] dado por la aplicación del test de proporcionalidad. La segunda herramienta hace referencia a lo que se ha llamado ponderación en sentido estricto, la cual se estructura en tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula de peso y las cargas de argumentación» (p. 12).

Por lo dicho, la ponderación puede ser estudiada de modo que se la fraccione en partes. La primera, llamada ponderación en sentido lato, consta del principio de proporcionalidad, mismo que, en palabras de Atienza (2018), “viene a ser un meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto” (p. 18). Mientras que la segunda, llamada ponderación en sentido estricto, tiende a dotar de valores numéricos a los principios del Derecho, logrando que mediante una operación matemática sea posible escoger el principio vencedor.

En tanto que lo que busca la ponderación es determinar el “peso” de un principio frente a otro y así obtener el vencedor, la fórmula del peso adquiere total relevancia, pues mediante ella los principios se transforman en números, lo cual facilita por completo su cuantificación. La fórmula, según Alexy (2002), se compone de la siguiente estructura:

$$GP_i, jC = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Para Bernal Pulido (2015), la resolución se obtiene de manera que:

«Esta fórmula establece que el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables mediante la escala trídica» (p. 75).

No obstante de que a primera vista la famosa fórmula parezca bastante compleja, engorrosa y, a su vez, parecería construir un problema en lugar de una solución al inconveniente jurídico, en realidad es muy simple y de considerable utilidad práctica. Para resolverla y dar cuenta de su simplicidad, es preciso en un primer momento conocer el significado de cada uno de los símbolos que componen la ecuación. Al respecto, tenemos que:

Pi: Primer principio en pugna.

Pj: Segundo principio en pugna.

IPiC: Afectación que sufre el primer principio en el caso concreto.

WPjC: Importancia de satisfacer el segundo principio en el caso concreto.

GPiA: Peso abstracto del primer principio en pugna.

GPjA: Peso abstracto del segundo principio en pugna.

SPiC: Seguridad de las apreciaciones empíricas respecto al primer principio (Pi).

SPjC: Seguridad de las apreciaciones empíricas respecto al segundo principio (Pj).

GPi, jC: Peso concreto del primer principio (Pi) en relación con el segundo principio (Pj).

Para comprender lo que los elementos simbolizados con IPiC y WPjC conllevan es útil hacer referencia a la ley de ponderación, misma que se traduce en que “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1993, p. 92).

Pues bien, en cuanto al primer paso para efectuar la ley de la ponderación, es necesario tomar en consideración cuál va a ser la afectación en la que se va a ver envuelto el principio que se ve limitado; es decir, cuantificar el daño ocasionado. Ello se relaciona directamente con el segundo paso, ya que en él es correlativamente necesario considerar cuán relevante es beneficiar al principio contrapuesto.

Con el fin de efectuar estos dos primeros pasos de una forma comprensible, eficiente y eficaz, tanto Robert Alexy como otros doctrinarios estudiosos de la ponderación han desarrollado lo que se conoce como la escala tríadica, de manera que sea posible transformar la afectación y el beneficio que sufren los principios en choque en tres grados o escalas que permitan su cuantificación. Dichos rangos pueden designarse con las expresiones leve, medio y grave, en donde a “leve” le corresponde el valor de 1, a “medio” el valor de 2 y a “intenso” el valor de 4.

En este sentido, es posible afirmar que la afectación que va a tolerar uno de los principios es grave, mientras que el beneficio en el principio contrapuesto sea, por ejemplo, medio. No debe interpretarse a la escala tríadica como un mecanismo firme y rígido. Esto por cuanto es totalmente permitido que el argumentador que está haciendo uso de la ponderación flexibilice los grados o rangos, es decir, los aumente o, en su defecto, los disminuya.

Por su parte, en cuanto al peso abstracto, es decir GPiA y GPjA, se torna imprescindible otorgar un valor a cada uno de los principios “en relación con otros principios independientemente de las circunstancias concretas, por ejemplo, podría decirse que el derecho a la vida tiene mucho más peso abstracto que el libre desarrollo de la personalidad” (Carrillo y Reyes, 2013, p. 153). Por último, los elementos simbolizados con SPiC y SPjC, que corresponden a la seguridad de las apreciaciones empíricas, merecen un análisis en el que se considere si las medidas que van a ser adoptadas en la posible sentencia influyen de una manera cierta, plausible o no eminentemente falsa para el principio en análisis.

Para explicar de mejor manera lo antedicho, Bernal Pulido (2003) hace referencia a un caso en el que, en un costado se encuentra el principio a la vida, mientras que, en el otro, el principio a la libertad de culto, de manera que la vida de una niña depende de una transfusión sanguínea, la cual es totalmente reprochada por los padres de la menor debido a sus creencias religiosas. Al respecto, el autor menciona que la certeza de las premisas en cuanto al principio de la vida es segura, por lo tanto, tiene el valor de 1 ya que existe un riesgo inminente de muerte; mientras que, en cuanto al principio de libertad de culto, las premisas sobre su afectación merecen también el valor de 1, ya que “es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de culto” (p. 230).

En suma, para cumplir con la determinación de este último elemento conformante de la fórmula del peso, es imprescindible considerar en qué medida los principios fundamentales en juego van a verse afectados en el caso de no ser los vencedores en la ponderación. Los valores por atribuir a las variables de este elemento son: 2 en el caso de ser seguro el deterioro que padecería el principio derrotado, 1 en el caso de ser plausible su menoscabo y 0.5 en el caso de ser no evidentemente falsas.

Es necesario recalcar que todo el ejercicio argumentativo y matemático que se realiza en pos de cuantificar el “peso” de un principio efectuando la fórmula, en palabras de Carbonell (2008), “se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado” (p. 10).

III. LA PONDERACIÓN EN LA SENTENCIA 11-18-CN/19 SOBRE “MATRIMONIO IGUALITARIO”

Una vez que se han analizado la ponderación y los elementos que conforman la fórmula del peso, es momento de examinar cómo dicho método fue puesto en práctica en la sentencia del “matrimonio igualitario”

en el Ecuador. Para empezar, es necesario resaltar que el requisito fundamental, *sine qua non*, que da oportunidad a que la ponderación sea utilizada es que exista una contraposición entre principios, ya que, si el asunto trata de un inconveniente en el campo de las reglas la subsunción es totalmente suficiente, eficaz y eficiente para dar una resolución al problema jurídico. Al respecto, Aguiló (2008) manifiesta que:

«Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un balance, ponderación o compromiso entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan» (p. 18).

En este sentido, la primera pregunta fundamental a efectuarse para saber si la sentencia del “matrimonio igualitario” aplicó correctamente el método argumentativo es si existieron dos o más principios en pugna para ser ponderados⁵.

Tanto el Juez Ponente Ramiro Ávila Santamaría, como los Magistrados que se adhirieron a su criterio, utilizaron la ponderación de manera expresa, pero lo hicieron de forma que sopesaron un principio contra un anti-principio—por llamarlo de algún modo—, puesto que Ramiro Ávila colocó en un costado de la balanza el derecho a la igualdad y no discriminación, mientras que en el otro no situó un principio contrapuesto, sino más bien decidió ubicar a las razones que consideró que limitaban la posibilidad de que las personas del mismo sexo se casen.

Lo previamente dicho es evidente para cualquier persona que lea la sentencia 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional, incluso para quienes no tienen formación alguna en el ámbito de la ciencia jurídica, ya que tan solo hace falta leer la resolución para darse cuenta de que gran parte de las 62 hojas en las que el Magistrado plasma su argumentación en favor del matrimonio entre personas del mismo sexo hacen referencia al principio de igualdad de manera directa o indirecta.

⁵ Tanto Alexy como otros estudiosos de la ponderación dejan abierta la posibilidad de que se pueda ponderar no solamente entre dos principios, sin menoscabo de que los ejemplos más utilizados al respecto—como los casos del Titanic y de los presos del Grapo, entre otros—lo hagan con valores de 2, argumentando entre valores pares.

Ejemplo de lo mencionado es que, en la parte inicial de la sentencia, entre otros temas⁶, se puede observar datos estadísticos donde se hace alusión a la discriminación de diferentes tipos que sufren las personas homosexuales, más tarde se trata sobre el derecho a la familia y el derecho al matrimonio, resaltando que no es posible limitar tales derechos en contra de parejas del mismo sexo, la prohibición de discriminación por cuestiones de preferencia sexual, entre otros. Nunca se hace referencia a otro principio que pueda ser llevado a la balanza frente al de igualdad y no discriminación.

En definitiva, al no existir dos principios que colisionen en el caso a resolverse, la ponderación y la fórmula del peso no debieron haber sido utilizadas como método argumentativo, al menos no de la forma en que se hizo. Sin embargo, para el desarrollo del presente trabajo, se continuará con el análisis en cuestión a fin de demostrar las falencias cometidas y proponer en su defecto una ponderación apegada a sus elementos constitutivos, misma que hubiese resuelto de mejor manera—acorde a los principios de la argumentación jurídica—el caso que motivó la sentencia del “matrimonio igualitario”.

IV. ¿QUÉ PRINCIPIO DEBIÓ ENFRENTARSE AL DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SENTENCIA 11-18-CN/19?

Debido a que, para poder dar paso a que las parejas del mismo sexo se casen, era necesario declarar la inconstitucionalidad de un artículo de la propia Constitución, es necesario insistir en que fue una total equivocación enfrentar el principio de igualdad al anti-principio de discriminación, ya que, si se pretendía ponderar, se debió haber tenido claros los principios en choque.

El principio que se encuentra detrás de un cambio a la Constitución mediante una sentencia es la seguridad jurídica, tomando en consideración que tal principio “representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público” (López Oliva, 2011, p. 28). Es el Estado quien “tiene como deber prioritario, preeminente e inexcusable dar y poner en efectiva vigencia la seguridad

⁶ Un tema trascendental que se resolvió en la sentencia materia del presente análisis, es el valor jurídico que tienen las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que específicamente la Opinión OC-24/17 da la oportunidad a que personas del mismo sexo se casen, lo cual colisionaba con el artículo de la Constitución que permitía la institución del matrimonio únicamente a personas de distinto sexo.

jurídica de los derechos públicos subjetivos de rango constitucional” (Zavala, 2011, p. 2019).

En suma, el principio de seguridad jurídica pretende que los ciudadanos que están en la obligación de adecuarse a la normativa vigente tengan la certeza del contenido de la ley, para de esta forma saber a ciencia cierta cómo actuar bajo determinadas circunstancias, y a su vez, que mantengan la convicción de que lo que se manda, prohíbe o permite no cambie constantemente al antojo de los mandantes de turno.

Paralelamente, otro principio afectado por el cambio de un artículo del texto constitucional es el de supremacía constitucional, el cual concede a la Constitución una garantía como “norma jurídica dotada de coercitividad y exigible a la actuación de los poderes públicos [...], dicho principio parte de la idea de un ordenamiento jurídico jerarquizado, en que la Constitución es su punto de partida” (Orozco, 2015, p. 311). Ambos principios descritos debieron haber sido tomados en cuenta para llevarlos a la balanza de la ponderación, dado que el hecho de permitir a parejas del mismo sexo acceder al matrimonio merecía declarar como inconstitucional un artículo de la Constitución—en consecuencia, modificar la Carta Magna, inobservando por completo la seguridad jurídica y la supremacía constitucional.

Cabe tomar en cuenta que, para Moreso (2015), cuando hay un choque de principios “uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido [...], lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro” (p. 91).

V. APLICACIÓN DE LA FÓRMULA DEL PESO ENTRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN VS. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y/O SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Es imposible y doctrinariamente equívoco efectuar la ponderación, ergo, la fórmula del peso, entre un principio y un anti-principio, ya que todos los valores a otorgarse al anti-principio serían 0. Es inverosímil otorgarle un peso abstracto a la discriminación, de igual forma que es ilógico pensar en la afectación que sufre dicha discriminación en el caso de que sea el perdedor y se aplique el principio de igualdad, ya que un anti-principio no es susceptible de daño ni de beneficio.

En suma, cualquier principio de un sistema jurídico llevado a la balanza de la ponderación resultaría ampliamente vencedor en

contraposición con un anti-principio⁷. No hay forma alguna de argumentar en favor de algo que es la antítesis de la norma jurídica. Por ello, la fórmula del peso que se expondrá a continuación será aplicada entre el principio de igualdad y no discriminación vs. el principio de seguridad jurídica y/o supremacía constitucional.

Pi: Principio de igualdad y no discriminación.

Pj: Principio de seguridad jurídica y/o supremacía constitucional.

IPiC: El principio de igualdad y no discriminación se ve seriamente afectado, ya que limitar el acceso al matrimonio para personas del mismo sexo y permitirlo únicamente para personas heterosexuales es discriminatorio, pues no caben argumentos jurídicos que avalen dicha limitación⁸ únicamente para cierto grupo de personas, pero hay que resaltar que el hecho de que exista otra forma para amparar este derecho hace que su afectación en el caso concreto no sea intensa, sino más bien media, otorgándole el valor de 2.

WPjC: Por su parte, la importancia de satisfacer el principio de seguridad jurídica es totalmente intensa, ya que se modificaría la Carta Magna, misma que se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa y otorga validez a las demás leyes. Por lo tanto, se otorga el valor de 4.

GPiA: Para conceder un valor numérico al principio de igualdad y no discriminación con el fin de describir su peso abstracto, es necesario acercarse a su significado, por lo menos de manera escueta. Para Sosa, Campoverde y Sánchez (2019), se puede entender este principio desde su concepción formal y material. El sentido formal “se refiere a la igualdad ante la ley *strictu sensu*, por medio de la cual se proclama que las normas jurídicas deben ser aplicadas a todas las personas, sin distinción de ninguna clase” (p. 434). Mientras, el sentido material hace alusión a que el Estado reconoce las diferencias materiales entre las personas, por lo cual es su deber ejecutar acciones afirmativas que permitan equiparar tales diferencias. Este principio es de total relevancia para los sistemas jurídicos actuales, pues es impensable tan solo imaginar que la ley sea aplicada de cierta forma para unos y en

⁷ En la sentencia del “matrimonio igualitario”, la Corte Constitucional del Ecuador no utilizó la fórmula del peso. Posiblemente lo hizo por cuanto hubiese sido imposible otorgar valores numéricos a la discriminación.

⁸ Si hay algo que destacar de la posición del Juez Ponente es que hace muy bien en dismantelar y rebatir en estricto Derecho cada uno de los argumentos que avalan la negativa de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

diferente sentido para otros; por lo tanto, merece el valor más alto, es decir, 4.

GPjA: Por su parte, el principio de seguridad jurídica, según León, Barrueta y Martell (2019), se basa “en la certeza del Derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público” (p. 295). Un Estado que respete, siquiera mediadamente, los derechos de los ciudadanos debe necesariamente brindar seguridad jurídica. No es posible que las reglas del juego sean modificadas constantemente al antojo de los gobernantes, por lo cual este principio merece también el valor de 4.

SPiC: Las apreciaciones empíricas respecto al principio de igualdad y no discriminación logran el valor de 0.5, ya que en el caso de que no se declare la inconstitucionalidad del artículo que permite el matrimonio solo entre personas heterosexuales se afectaría a la igualdad, pero no de manera segura, ya que, la vía de la enmienda o la reforma constitucional podría permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, la afectación al mentado principio es plausible.

SPjC: En cuanto al principio de seguridad jurídica, se puede decir que la modificación de la Constitución declarando la inconstitucionalidad de uno de sus artículos afecta a este principio de manera segura, ya que mediante los argumentos utilizados por los Magistrados en pos de permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo se podría modificar toda la Constitución, so pretexto de amparar más derechos, inobservando las normas establecidas para enmendar o reformar la Carta Magna, lo cual provoca total inseguridad en la sociedad. Por ello, merece el valor de 1.

Por todo lo previamente expuesto, la fórmula propugnada por Robert Alexy, misma que permite conocer el peso concreto del principio de igualdad y no discriminación en relación con el principio de seguridad jurídica, sería la siguiente:

$$GPi, jC = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 2} = \frac{8}{32} = 0.25$$

En conclusión, el peso concreto de la igualdad y no discriminación en relación con la seguridad jurídica es 0.25. Y, en contraposición a ello, para

saber cuál es el peso del otro principio en pugna—es decir, la seguridad jurídica—, tan solo es necesario invertir los valores de la fórmula. Así:

$$\text{GPj, iC} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 2}{2 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{32}{8} = 4$$

En el caso analizado, la famosa fórmula es aplicada como elemento esencial de la ponderación. Ello demuestra contundentemente que el principio fundamental de seguridad jurídica y/o supremacía constitucional prevalece frente al principio de igualdad y no discriminación, provocando así que la sentencia 11-18-CN/19 carezca de argumentación jurídica.

VI. CONCLUSIONES

1. La ponderación es un método argumentativo mediante el cual es posible resolver el choque entre principios, mismo que para su mejor estudio y comprensión puede ser dividido en dos: ponderación en sentido lato y ponderación en sentido estricto. El primero de ellos contempla el principio de proporcionalidad, mientras que el segundo se compone principalmente de la fórmula del peso, convirtiéndose esta en la parte esencial de la ponderación, ya que mediante ella se logra transformar los principios a números y así obtener su “peso”.

2. Para efectuar correctamente la fórmula del peso es necesario dar cuenta de los elementos que la componen. Para ello se debe comprender el significado de la simbología utilizada por Alexy. El elemento inicial contiene la afectación que sufre el primer principio, el segundo su peso abstracto y, por último, las apreciaciones empíricas tendientes a dotar de valor numérico al daño que sufriría el principio mediante la aplicación de la medida en discusión. Estos tres componentes forman la parte superior de la fracción, mientras que la parte inferior se compone por la importancia de satisfacer el segundo principio, de igual forma su peso abstracto, y también las apreciaciones empíricas. Los valores numéricos se los concede mediante la escala tríadica.

3. Uno de los métodos argumentativos que se utilizó en la sentencia del “matrimonio igualitario” fue la ponderación, la cual fue erróneamente manejada ya que se hizo caso omiso de sus fundamentos doctrinarios, pues no se la aplicó para resolver un choque entre principios—requisito *sine qua non*—sino más bien se ponderó entre el principio de igualdad y no discriminación vs. el anti-principio de discriminación, lo cual resultó en un

balance totalmente disparatejo, ya que cualquier principio indudablemente sería el vencedor frente a aquello que busca evitar.

4. En tanto que la sentencia del “matrimonio igualitario” buscaba, a fin de cuentas, modificar la Constitución dejando de lado las normas que el sistema jurídico contempla al respecto—como son la enmienda o la reforma—el principio que debió haber sido enfrentado mediante la ponderación al de igualdad y no discriminación es el de seguridad jurídica, pues modificar nada más y nada menos que la Carta Magna evidentemente acarrea incertidumbre en los ciudadanos.

5. La fórmula del peso, aplicada como parte sustancial del método argumentativo de la ponderación, efectuada entre el mentado principio de seguridad jurídica vs. el principio de igualdad y no discriminación, arroja como claro ganador al primer principio, por cuanto su peso concreto es de 4, mientras que el peso concreto del segundo principio es de 0.25. De tal manera, el “matrimonio igualitario” no debió haber sido permitido en el Ecuador, por lo menos no de la forma en que lo hizo la Corte Constitucional.

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2008). *Sobre Derecho y argumentación*. Leonard Muntaner Editor.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66 (1), 13-64.
- Atienza, M., y García Amado, J. (2018). *Un debate sobre la ponderación*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- Avalos, I. (2020). De la argumentación jurídica y los modelos argumentativos. Una revisión a la sentencia del matrimonio igualitario en el Ecuador. *Revista Científica FEUCE*, 1 (1), 169-195.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*, 26 (1), 225-238. Doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Bernal Pulido, C. (2015). La racionalidad de la ponderación. En Miguel Carbonell (Ed.), *Argumentación jurídica. El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (59-88). Cevallos Editora Jurídica.
- Bustamante, C. (2011). *Nueva justicia constitucional*. Editorial Jurídica del Ecuador.
- Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Carrillo, Y., y Reyes, L. (2013). Aspectos conceptuales, metodológicos y normativos de la ponderación. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 5 (9), 147-158.
- Fuentes-Contreras, E. H. (2012). Introducción a los elementos de la ponderación y sus limitantes. *Athenas*, 2 (1), 6-20.
- Moreso, J. (2015). Alexy y la aritmética de la ponderación. En Miguel Carbonell (Ed.), *Argumentación jurídica. El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (89-105). Cevallos Editora Jurídica.
- León, L., Barrueta, D., y Martell, L. (2019). La seguridad jurídica, una proyección general. *Conrado*, 15 (66), 292-299.
- López Oliva, J. (2011). La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789. *Prolegómenos: derechos y valores*, 14 (28), 121-134.
- Orozco, V. (2015). Aproximación al principio de supremacía constitucional y sus implicaciones en el sistema de justicia constitucional costarricense: estudio comparado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1 (19), 305-321. Doi: <https://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.19.11>
- Portocarrero, J. A. (2017). Ponderación = Balancing. *EUNOMÍA. Revista en cultura de la legalidad*, 12, 210-223.

- Sosa, E., Campoverde, L., y Sánchez, M. (2019). Los principios de titularidad, exigibilidad e igualdad y no discriminación como principios de aplicación de los derechos en el Estado ecuatoriano. *Universalidad y Sociedad*, 11 (5), 428-436.
- Zavala, J. (2011). Teoría de la seguridad jurídica. *Iuris Dictio*, 12 (14), 217-229. Doi: <https://doi.org/10.18272/iu.v12i14.709>