

UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CON
MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL

EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD EN LA
JUSTICIA CONSTITUCIONAL

JUAN CARLOS CHAVEZ BAÑO

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que se haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

*Juan Carlos Chávez Baño
Quito, diciembre de 2010*

UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CON
MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL

EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD EN LA
JUSTICIA CONSTITUCIONAL

JUAN CARLOS CHAVEZ BAÑO

2010

TUTOR: Dr. JORGE PALADINES

QUITO-ECUADOR

ABSTRACT

Con la presente investigación se pretende analizar el alcance de la aplicación del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico por parte de los operadores de justicia, con auxilio en el análisis doctrinario y jurisprudencial nacional y extranjero para conocer el papel preponderante de las garantías como mecanismos de protección de los derechos de las personas, específicamente en la administración de justicia a través del análisis de casos concretos.

Del mismo modo, se pretende determinar la evolución y el contenido del principio de proporcionalidad, en la jurisprudencia nacional y extranjera para brindar pautas para una efectiva actuación del juez en la aplicación del principio de proporcionalidad en el devenir cotidiano de aplicación de justicia y de cómo se debería entender los beneficios de un efectivo ejercicio ponderativo en caso de conflicto de derechos.

Esta investigación se encuentra justificada por razones de orden académico y teórico-prácticas pues es importante tratar de otorgar directrices sobre la eficacia y alcances de la aplicación del principio de proporcionalidad en nuestra legislación en base a experiencias de ordenamientos jurídicos de otros países para brindar elementos de análisis y juicio que puedan implementarse a la hora de impartir justicia y ponderar las complejas situaciones del ejercicio que se presentan a diario.

DEDICATORIA

A mi amado y recordado padre Juan Leonidas

A mi querida madre María del Socorro

A mi admirada hermana Adriana Paola.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia por su apoyo, a todos los docentes que hicieron posible la realización del presente trabajo y a mis compañeros.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
ABSTRACT.....	4
DEDICATORIA.....	5
AGRADECIMIENTOS.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
1. ¿Qué es el principio de proporcionalidad?.....	12
1.2. La distinción entre reglas y principios.....	14
1.3. La proporcionalidad en el derecho.....	19
1.4. El principio de proporcionalidad en la era moderna.....	25
1.5. ¿Posee el principio de proporcionalidad un criterio o varios criterios de evaluación?.....	32
1.6. El test de proporcionalidad.....	36
1.6.1 Subprincipio de idoneidad.....	38
1.6.2 Subprincipio de necesidad.....	39
1.6.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	40
1.7. La Fórmula de Peso de Robert Alexy.....	43
2. Hacia una aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana.....	45
2.1. Fundamento constitucional y reconocimiento jurisprudencial en el Ecuador.....	48
2.2. Aspectos procedimentales a nivel constitucional.....	54
2.3. Contenidos esenciales de la argumentación jurídica.....	57
2.4. El papel del legislador en la creación de normas.....	66
3.- Análisis de casos de aplicación del principio de proporcionalidad.....	70
3.1. Un examen de proporcionalidad en el derecho constitucional ecuatoriano: El caso Petroecuador	70
3.2. Caso: La declaración patrimonial- Ecuador.....	76
3.3. El uso de drogas. Un caso foráneo de ponderación-Colombia.....	78
3.4. Caso: Comandante Patiño I (Sentencia 171-1990) -España.....	82
3.5. Caso de proporcionalidad: Incentivos a quien presta el servicio militar- Colombia.....	84
3.6. Caso: Afianzamiento en materia tributaria-Ecuador.....	87
CONCLUSIONES.....	90
BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN

Quizá uno de los problemas más serios del panorama constitucional ecuatoriano sea la falta de estándares adecuados para el razonamiento judicial, ya que la mayoría de explicaciones y aplicaciones de las normas constitucionales adolecen de profundidad y verdadero análisis. La falta de sofisticación en la argumentación no es solamente teórica sino que trae consecuencias también en la práctica de los tribunales y, especialmente sus sentencias, sobre todo cuando se refieren a derechos fundamentales.

El tema de la constitucionalización es clave para entender las nuevas tendencias del neoconstitucionalismo, es decir, la teoría de frontera en el derecho constitucional contemporáneo. Es así como la constitucionalidad de un ordenamiento jurídico supone la presencia del derecho constitucional en toda rama jurídica. Por lo tanto, la Constitución se convierte en algo cuya presencia es imprescindible, la cual debe regir la vida social en todos sus aspectos de manera impostergable, de acuerdo con las nuevas tendencias contemporáneas del neoconstitucionalismo.

Bajo esta perspectiva y para ir abordando el tema del que se trata esta investigación, la interpretación y aplicación de la Constitución suscita ciertas dificultades porque el razonamiento del juez dentro de un Estado constitucional es más complejo. Esto se debe, a la estructura de las normas constitucionales, pues casi siempre se redactan como principios, los cuales prevén y precautelan derechos fundamentales. Si se parte de que una es la interpretación de los principios y otra la de las reglas, entonces el intérprete constitucional requiere hacer un doble esfuerzo en términos de su argumentación y el tipo de análisis que va a sostener.

Es aquí en donde el principio de proporcionalidad se convierte en una herramienta muy importante para la interpretación de los principios constitucionales. Los conflictos que

se pueden presentar entre el derecho al trabajo y el derecho a la salud, en el caso concreto de empresas tabacaleras y consumidores de cigarrillo, por ejemplo, representa un gran desafío en términos de interpretación y ponderación cuando hay derechos fundamentales en cuestión y debe aplicarse una medida justa y proporcional. Lógicamente, la discusión del principio de proporcionalidad tiene su vigencia en todas las ramas de derecho, cuando tanto jueces como legisladores abordan la correlación de faltas, penas y castigos.

El asunto para ser debatido es urgente en el tratamiento constitucional porque una y otra vez los derechos terminan siendo vulnerados y se sentencian de la manera más improcedente e injusta. La ponderación que se realiza termina devorando derechos fundamentales, y de esta manera, avalando procedimientos que revisten los más altos desacatos a la jurisprudencia, la justicia y la proporcionalidad. Hoy en día, cuando las constituciones no únicamente se limitan a establecer competencias sino a separar poderes públicos, se torna muy relevante el máximo cuidado en la ejecución y discusión de los derechos.

Si bien es cierto que se requiere contar con recursos para que los jueces constitucionales cumplan con la obligación de garantizar los derechos, no ha sido visible ni explícito que las autoridades asuman el compromiso de ir implementando de forma progresiva los derechos, con contadas excepciones, o que este compromiso sea visible a través de una definición de políticas y de la asignación o reasignación de recursos destinados a cumplir con la protección de los derechos humanos, y por ende, con condiciones de vida más justas y más equitativas.

Los derechos de las personas son muchas veces violentados en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados, por lo que la tendencia se enfoca a crear medios para controlar que, realmente, se respeten los derechos en el ordenamiento interno, y cuando

no existen o no se protegen, se han previsto organismos internacionales de control jurídico que puedan revisar tales violaciones. Una visión fundadora de estos mecanismos de garantía los encontramos más desarrollados, por ejemplo, en el sistema interamericano de derechos humanos y en las normativas de las Cortes Constitucionales colombiana y española.

En Ecuador, el rol de los jueces en la resolución de conflictos a través de un proceso que garantice un método para obtener una sentencia justa, constituye una garantía por parte del Estado de derechos y justicia según la nueva Constitución de Montecristi. Se acogen normas que condicionan la actuación del Estado a través de la ordenación de ciertos fines y objetivos, y con esto se busca poder llevarlos a la práctica de una manera efectiva para que los actores implicados puedan gozar de garantías que favorezcan sus derechos, pero principalmente no se violen aquellos fundamentales del ser humano.

El principio de proporcionalidad obliga, por tanto, al legislador, pero cobra importancia cuando los jueces constitucionales llevan consigo la ardua tarea de resolver los conflictos determinando la norma aplicable al caso concreto, garantizando a todos los ciudadanos el ejercicio de sus derechos, en especial cuando conocemos que no existen derechos absolutos, ya que cada derecho enfrenta la posibilidad de ser limitado o sopesado frente a otro. La realidad y complejidad de los derechos en toda sociedad y, en especial, la ecuatoriana demandan toda la atención y probidad a la hora de administrar justicia.

Sin duda, la experiencia en el libre ejercicio profesional me ha conducido a conocer situaciones que anteriormente desconocía y que, en principio, podían desconcertar a cualquier profesional que se enfrenta ante el dilema de dos derechos fundamentales que protege la ley. Por lo tanto, el poder conocer la verdadera actuación de los jueces en el ejercicio de administración de justicia me llevó a pensar en lo importante que es la

preparación académica y la discusión rigurosa sobre aspectos determinantes en la administración de justicia, dado lo delicado de sus funciones.

Simplemente queda agregar que los resultados y conclusiones a las que se puede llegar después de la presentación y análisis del tema en cuestión, esto es, el principio de proporcionalidad en la justicia constitucional, buscan ayudar en la comprensión de este principio y su relevante uso a la hora de su aplicación en casos concretos en los que los derechos fundamentales se vean vulnerados. Si bien es cierto que para el caso ecuatoriano, la administración y uso del principio es algo novedoso, la implementación en la nueva Constitución y los ulteriores desarrollos que se han podido realizar con base en referentes como el colombiano y el español, ilustrarán cada vez mejor y optimizarán su uso.

CAPITULO I

1. ¿Qué es el principio de proporcionalidad?

La historia del derecho, el constitucionalismo y los derechos humanos es la historia de una larga lucha en contra del absolutismo del poder, fuente de guerras y desigualdades y de la ley del más fuerte que sería propia del estado de naturaleza y atenta en contra de los derechos de las personas y una adecuada protección por la ley misma¹. Los principios del derecho son una garantía frente a prácticas de marginación y desigualdad en la aplicación de justicia o a la indebida aplicación de una norma. Por lo que la existencia de medios y mecanismos de impugnación judiciales extraordinarios como el principio de proporcionalidad, garantizan la verdadera aplicación del derecho, constituyéndose un claro mecanismo de apoyo frente a abusos de poder.

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad como técnica de interpretación constitucional tiene como objetivo tutelar los derechos expandiéndolos en su ámbito de aplicación, no es menos cierto que dicha expansión tiene que dejar de lado la compatibilidad que entre ellos debe existir. En esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. Las interrogantes principales de la temática planteada, tienen que ver con la falta de destreza teórica al momento de resolver los conflictos de derechos fundamentales, de ahí que existan sentencias de los más altos tribunales que contienen errores de interpretación, por lo que los jueces constitucionales se encuentran bajo nuevos parámetros de interpretación, y en consecuencia, su razonamiento judicial se vuelve más complejo.

Respecto a lo que se asegura a través del principio de proporcionalidad, Ignacio Villaverde nos dice:

¹ Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales*. EN: Miguel Carbonell (Editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, 87

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco².

En esta misma línea, sobre la utilidad de este principio Villaverde dice:

A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental, vulnere en su aplicación su contenido esencial³.

Además de estar prevista en la normativa de un país, la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere además que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin legítimo.

Al respecto Villaverde señala:

[...] para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida mas moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”⁴.

² Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*, en: Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.182.

³ *Ibíd*em, p.182.

⁴ *Ibíd*em, p.183.

Surge la necesidad de un efectivo ejercicio ponderativo sobre la eficacia de la aplicación como sanción de una norma a un hecho o caso concreto, mucho más cuando los jueces deben trabajar con valores constitucionalmente reconocidos y que requieren un razonamiento hermenéutico que los aplique de forma justificada y razonable a ese caso. En consecuencia, ¿qué hacer por ejemplo cuando la pena impuesta por el juez o tribunal carece de proporcionalidad frente al delito cometido? ¿Qué remedios procesales puede utilizar el justiciable para hacer valer su derecho a una sentencia justa? ¿Cuáles son los parámetros en los que se sustenta un medio de impugnación, sea acción o recurso, que puede ser incluso de carácter extraordinario, por la evidente violación de un derecho?

1.2. La distinción entre reglas y principios

Hoy en día se acepta cada vez más que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos de normas: las reglas y los principios. Para entender de mejor manera su distinción, veamos lo que Zagrebelsky señala:

La literatura sobre el modo de entender la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es extensísima y constituye por sí misma una demostración elocuente no solo del carácter problemático, sino también de la relevancia de esta distinción a la que ahora se presta una atención creciente. [...] solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.⁵

Las reglas constituyen normas que ordenan algo definitivamente; son mandatos definitivos, por lo tanto son susceptibles de cumplirse o incumplirse. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, son mandatos de optimización que se pueden cumplir gradualmente. La diferenciación entre reglas y

⁵ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, Ley, derechos justicia*, Madrid, Trotta, 1997, p. 109.

principios surge del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad. Otra diferencia constituye el fundamento teórico de las normas, especialmente para entender a las dos operaciones principales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación⁶.

Las normas, en general, pueden expresarse como reglas y como principios aunque tiene que advertirse el contexto en el que se presenta la distinción. Se puede hablar de las normas en el Estado de Derecho o en el Estado Constitucional. En el primero se establece el derecho por reglas y ahora se habla de un derecho por principios lo cual tiene una trascendental importancia para la potestad jurisdiccional.⁷

En el sentido de la potestad jurisdiccional se evidencia cuando las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos y podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas.⁸ Es importante recordar que tanto los principios como las reglas, como normas del Derecho positivo, tienen como efecto crear derechos subjetivos a los destinatarios de los mismos.

Además tenemos el principio de presunción de inocencia, que otorga el derecho de mantener la calidad de inocente hasta que exista sentencia condenatoria firme. De otra parte, el principio de legalidad general implica el derecho a que una persona no sea enjuiciada por una acción no prevista en la ley como infracción o el derecho a no ser castigado con una sanción que no esté previamente contemplada en la ley.

⁶ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 576-579

⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, p. 109.

⁸ Op.cit., Gustavo Zagrebelsky, p. 110.

En cuanto a las reglas, para dar un ejemplo, aquellas que instrumentan el derecho de defensa como parámetro del debido proceso, que establece que toda persona tiene el derecho a ser oportunamente informada de las imputaciones en su contra.

La Constitución ecuatoriana de 2008, reconoce el sentido “juez constitucional” como garante de los derechos fundamentales en la aplicación de justicia, en consecuencia, no pueden ser vulnerados por ninguna autoridad administrativa ni judicial y en el caso de controversia de principios en un caso concreto debe realizar un efectivo ejercicio ponderativo, no existiendo diferencia alguna con la actual Constitución de Montecristi; la ponderación es distintivo de todos los ámbitos de resolución del juez, pero se hace patente en materias constitucionales. Se trata sobre normas, principios y reglas, que son vinculantes a todos los ciudadanos y poderes públicos, siendo sus preceptos exigibles ante los tribunales y juzgados, configurando antijuridicidad las infracciones a los mismos.

Ecuador ha sido un país protagonista en materia de cambios constitucionales en América Latina. La sociedad ecuatoriana, y también sus autoridades, han participado recientemente en un intenso debate sobre su futuro constitucional. De esta manera nos han obligado a todos los constitucionalistas de la región a dirigir nuestra mirada a sus avances, así como a repensar nuestros propios destinos constitucionales⁹.

En el ejercicio de interpretación que se realiza, se destaca obviamente la ponderación como un criterio metodológico básico para la interpretación de los derechos fundamentales, pues lo que se busca es la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Mediante la ponderación se trata de conjugar desde el caso concreto ambos derechos,

⁹ Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 12

pesando cada uno de ellos en su eficacia recíproca frente a las circunstancias del caso concreto.

En general, las críticas al método de la ponderación están dadas por la jerarquización que se establece de los derechos de manera a priori, sin tener en cuenta los valores y contextos distintos o quizá también con los mismos derechos pero en situaciones diferentes¹⁰.

La Constitución como conjunto de normas jurídicas que se formalizan en principios y reglas no puede aplicarse por el método de subsunción precisamente por la presencia de estos principios. Sin duda, este principio sí puede ser aplicado cuando se habla de la ley.

Por lo tanto, la diferenciación entre principios y reglas de las normas tiene una primera consecuencia en la interpretación jurídica ya que no es la misma la utilizada para las reglas que la ejercida para los principios. Esto obedece a la distinta estructura de las unas y las otras.

Es diferente la organización de las normas-principios que la de normas-reglas. Así por ejemplo, la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio. También cuando se afirma que la detención debe ser confirmada por el juez en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable estamos ante un principio.

Las reglas se estructuran con supuestos y preceptos de conducta, por esta razón, son las que indican cómo debemos o no comportarnos en ocasiones concretas y muy

¹⁰ Ilva Myriam Hoyos (Editora), *La constitucionalización de las falacias, Antecedentes de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2005, 132.

específicas previstas en las reglas mismas. Normalmente, las reglas son las que se expresan en las normas de rango legislativo, sin perjuicio de que existan a nivel constitucional. No obstante, los principios son, por excelencia, las normas que reconocen los derechos de rango constitucional.

Por todo lo anterior, en particular la diferencia estructural, se puede explicar ahora que la interpretación de las reglas deba producirse de acuerdo a los métodos de la ciencia del Derecho ya que hay que explicar las palabras utilizadas por los legisladores en la formulación del precepto de conducta. La aplicación de los principios requiere que cuando la realidad exija de nosotros una reacción, se tome posición ante ésta de conformidad con ellos. Esto es fundamental para el ejercicio de la jurisdicción.

La vinculación entre el derecho procesal constitucional y los principios generales del derecho es evidente,¹¹ el papel de la actual Corte Constitucional debe obedecer a la necesidad social de lograr soluciones a la efectividad de la justicia y a la adecuada, justa y oportuna protección de los derechos de la personas.

Las consecuencias inmediatas ante el desbalance de la aplicación de justicia se ven reflejadas en una falta de proporcionalidad en la aplicación de sanciones en donde la no distinción entre reglas y principios puede afectar al operador de justicia de manera bastante perjudicial, cuando por ejemplo existe una pena menor para el homicidio y una mayor para el secuestro, en este caso se estaría arriesgando un bien jurídico de trascendental importancia como es el de la vida, ya que el secuestrador va a preferir cometer homicidio porque sabe que la pena es menor.

Gracias a su mayor desarrollo, la doctrina y la jurisprudencia extranjera, establecen una serie de directrices sobre su efectiva aplicación y cómo esto influiría en la vida de

¹¹ Esto se evidencia cuando la Corte Constitucional comienza su argumento con el reconocimiento del derecho en la Carta Magna; luego cuando analiza la intervención de la norma legislativa en un derecho fundamental; y, finalmente cuando mediante el examen de proporcionalidad establece cual de las dos normas, la legislativa o la adscrita *prima facie* al derecho es aquella que debe valer.

las personas que son objeto de decisiones que lesionan su garantía a la proporcionalidad. Todo esto tiene que enmarcarse dentro del contexto de aplicación de derechos y administración de justicia en relación al bienestar del hombre como fuente principal e inspiradora de la creación normativa. Por lo tanto, incluso una vez agotados los recursos existentes en un ordenamiento jurídico, se hace necesaria su estimación ante tribunales supranacionales, para no dejar impunes violaciones evidentes de derechos.

1.3. La proporcionalidad en el derecho

En las ciencias jurídicas se desarrollan una serie de principios de carácter universal cuyo objetivo es precisamente coadyuvar a un mejor manejo de la ley, dígame cuando el legislador la crea o interpreta, o cuando el juzgador la aplica. Así tenemos que en el derecho penal, por ejemplo, reviste total importancia el principio de legalidad que sostiene que no hay delito ni hay pena sin ley previa. Este principio se recoge en el Art. 2 de nuestro Código Penal¹² y en el Art. 2 de nuestro Código de Procedimiento Penal en su parte sustancial.¹³

Para entender la relación entre el principio de legalidad con el de proporcionalidad, veamos lo que Ramiro Ávila señala:

Si el derecho penal es anterior al constitucionalismo moderno, lo menos que debemos hacer es sospechar de la legitimidad de su contenido. [...] Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del Estado y el principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que sólo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, sólo los conflictos más graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real,

¹² *Códigos Penal y de Procedimiento Penal*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, p. 13.

¹³ *Op.cit.*, p. 261.

verificable y evaluable empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tornará arbitrario.¹⁴

A partir del siglo XVIII, en plena época de la Ilustración, comienza a desarrollarse el pensamiento jurídico de la proporcionalidad, sin constituir por supuesto una novedad, pues en otras ramas como la filosofía o las matemáticas ya se utilizaba el término proporcionalidad ya que en la mayoría de ciencias caben los contrarios (por ejemplo, en la Filosofía al tratar la proporción del ser y del no ser; en las matemáticas en relación con los números pares e impares). No se puede dejar de lado que el filósofo Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* formula, precisamente para la justicia, lo que va a denominar proporcionalidad dentro de una distinción que establece entre justicia distributiva y conmutativa¹⁵.

Aristóteles estuvo de acuerdo con su maestro Platón en cuanto a la importancia de que las funciones sociales estén claras y en la necesidad de que cada cual desempeñe correctamente la suya, de manera que lo justo es dar a cada cual lo que le corresponde según la ley.

Para Aristóteles, lo justo es la proporción, y lo injusto es lo que va en contra de la proporción. Un término es considerado mayor y otro menor, como ocurre también en la práctica; pues el que comete una injusticia tiene una porción excesiva de bien y el que la padece, una demasiado pequeña. Tratándose de lo malo ocurre lo contrario, pues el mal menor, comparado con el mayor, se considera un bien, ya que el mal menor se prefiere al mayor, y lo preferible es un bien, y cuanto más preferible mayor. Ésta es una especie de justicia.¹⁶

¹⁴ Ramiro Ávila Santamaría. *El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad*, en: Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.336.

¹⁵ Aristóteles, *Ética Nicomáquea, Libro V*, Madrid, Editorial Gredos S.A., 1993, p.243.

¹⁶ Op.cit., p.245.

La justicia íntimamente vinculada al derecho es una constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde. Según Aristóteles esta idea tan genérica cobra expresión en dos tipos de justicia reconocidos: la conmutativa y la distributiva. La conmutativa o principio de reciprocidad exige dar en contraprestación a otro tanto de aquello que se ha recibido como prestación de forma proporcional. La distributiva, concepto más amplio, hace referencia a la solidaridad con los más débiles de la sociedad, a cuyo fin se procurará una cierta redistribución de cargas y ventajas de acuerdo a sus necesidades con el objeto de paliar y suprimir las desigualdades¹⁷.

Ahora bien, de acuerdo con Aristóteles, la forma más simple de justicia distributiva es aquella que se basa en lo que él llama igualdad aritmética, la cual consiste en que cada uno de los participantes recibe la misma cantidad de los bienes que deben distribuirse. Sin embargo, utilizar la igualdad aritmética como único criterio distributivo en todos los casos llevará a producir una gran cantidad de injusticia pues los miembros de la sociedad contribuyen de manera desigual al proceso de reproducción general de bienes.

Obviamente, se van a suscitar disputas y acusaciones cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales¹⁸. Por esta razón, se hace necesario introducir un criterio de distribución basado en la igualdad proporcional o igualdad de acuerdo a la analogía (similitud)¹⁹.

Rawls señala en su obra *itálica* lo siguiente:

[...] al contrario de lo que ocurre con el utilitarismo, las personas aceptan por anticipado un principio de igual libertad y lo hacen sin un conocimiento de sus fines más particulares y convienen en adecuar las concepciones de su bien a lo que requieren

¹⁷ *Ibíd.*, p.244.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 245

¹⁹ *Ibíd.*, p. 246

los principios de la justicia o, al menos, en no insistir en pretensiones que los violen directamente.²⁰

Rawls también señala empíricamente que:

[...] al elegir entre varias situaciones injustas, se busca, en una teoría no ideal, la solución menos injusta posible, buscando un equilibrio de imperfecciones, un reajuste de injusticias compensadas. El mérito de una teoría ideal, puramente procedimental, residiría en la posibilidad de contar con alguna noción de lo que es justo para, desde allí, evaluar la gravedad de las imperfecciones reales y establecer el mejor modo de acercarse a ese ideal.²¹

En términos abstractos es fácil definir la igualdad proporcional pues presupone una relación de por lo menos cuatro términos: Dos personas y dos cantidades de bienes. Si el mérito en relación al criterio distributivo de dos personas es igual, serán tratadas de manera justa cuando la cantidad de bienes que reciben es igual.

Sin embargo, si el mérito de las personas es desigual, serán tratadas de manera justa cuando la diferencia de bienes que reciben es proporcional a la desigualdad de sus méritos. El mérito de un individuo es el doble del mérito del otro, el primero debe recibir el doble de bienes que el segundo. Se habla entonces de una proporción geométrica que se contrapone a la igualdad aritmética. Lo justo es la proporción y lo injusto es aquello que va en contra de la proporción.

El gran problema reside en que cuando abandonamos el nivel abstracto, la determinación concreta de esa proporción geométrica resulta muy difícil ya que establecer el criterio general que define la distribución justa como el mérito individual en relación con ese criterio es muy complicado. Por ejemplo, en una sociedad de guerreros, el criterio será el éxito en la empresa bélica; en una sociedad comercial, será

²⁰ José Francisco Caballero, “*La teoría de la justicia de John Rawls*”, artículo publicado por la Universidad Iberoamericana de México, 14.12.2010, en http://www.uia.mx/actividades/publicaciones/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf, p.4

²¹ *Ibíd.*, p. 21

el éxito económico. No obstante, en las sociedades modernas parece imposible establecer una jerarquía entre la pluralidad de criterios distributivos.

Llegado el caso que se establezca esa jerarquía, el problema subsiguiente sería la determinación del mérito de cada individuo pues será una cuestión muy disputada. Se puede apreciar de esta manera la complejidad a la que se enfrenta el derecho, en particular con el caso de la justicia distributiva. El parangón con el principio de proporcionalidad revelará una complejidad similar porque los criterios en juego son ponderativos e interpretativos de derechos fundamentales que interfieren en otros derechos de igual peso. Seguramente su desarrollo advertirá ciertos avances.

La ilustración propugnaba la libertad del ser humano, el hombre puede ejercer su libertad sin límite alguno pero esa libertad se veía amenazada por el sistema de gobierno, lo cual conlleva a los individuos a formar sociedad o grupos civiles en el que supeditan el ejercicio de su libertad a las restricciones impuestas por las leyes del Estado, -pacto social-, a cambio de que su vida, su libertad y sus bienes sean protegidos frente a todo tipo de amenazas y ataques.²²

El poder político debe proteger la libertad del individuo, y para garantizar dicha protección, su ámbito de ente regulador debe guardar proporción con sus derechos fundamentales. De ahí que el principio de la proporcionalidad tiene sus bases en la época de la Ilustración, y ha venido constantemente evolucionando hasta inmiscuirse en el derecho moderno, en el cual ha experimentado un auge extraordinario en especial dentro del Derecho Comparado de las últimas décadas.

Recordemos que la capacidad legitimadora que tienen conceptos como el de democracia, constitucionalismo, igualdad, imperio de la ley o Estado de derecho es a menudo manipulado por los gobernantes de turno. De ahí que buscar un concepto ideal

²² Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 45.

de estado de derecho resulta una tarea no muy fácil; sin embargo Ferrajoli al respecto dice:

Con la expresión “Estado de derecho” se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor: En sentido lato, débil o formal, “Estado de derecho” designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son *conferidos* por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos. [...] En un segundo sentido, fuerte o sustancial, “Estado de derecho” designa, en cambio, solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también los *contenidos*.²³

Estos dos significados nos llevan a decir de Ferrajoli a dos modelos normativos diferentes:

“[...] el modelo paleoiuspositivista del *Estado legislativo de derecho* (o *Estado legal*), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del *Estado constitucional de derecho* (o *Estado constitucional*), producto a su vez de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias”.²⁴

La consolidación de amplios catálogos de derechos fundamentales en lo constitucional ha abierto un debate muy importante, que versa ya no únicamente sobre aquellos derechos a constitucionalizarse, sino la manera de supervisar su correcta puesta en práctica, para lo cual se requiere importantes técnicas interpretativas entre las que se destaca el principio de proporcionalidad²⁵.

En este sentido, Gustav Radbruch, nos señala respecto al conflicto que surgiría entre la justicia y la seguridad jurídica lo siguiente:

²³ Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del estado de derecho*, en: Miguel Carbonell, *Estado de derecho*, México D.F., Siglo XXI editores, 2002, p.187.

²⁴ *Ibidem*, p.188.

²⁵ *Op.cit.*, Miguel Carbonell (editor), p.11

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser resuelto en el sentido de que el derecho positivo asegurado por la sanción y el poder tiene prioridad aún cuando su contenido sea injusto y antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto “derecho injusto” (*unrichtiges Recht*), deba retroceder ante la justicia.²⁶

Sobre el principio de proporcionalidad y sus elementos constitutivos entraremos en detalle seguidamente para mostrar lo que es y la posibilidad de operar con él a la hora de administrar justicia y de que sus operarios, principalmente jueces y juezas de la Corte Constitucional, obtengan adecuada ilustración sobre sus implicaciones básicas.

1.4. El principio de proporcionalidad en la era moderna

El término jurídico proporcionalidad combina elementos característicos de la justicia del caso concreto y mide el impacto que sobre los ciudadanos tiene la intervención estatal en la lógica de la moderación en el ejercicio del poder. La razón de ser, pues, de la prohibición de exceso o proporcionalidad, reside en la necesidad de legitimar la acción estatal por el fin al que sirve, el cual determinará el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse, para evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública.

Una vez tratado el tema de la justicia y su proporcionalidad según Aristóteles y las primeras formulaciones en la Ilustración vamos a continuar con el principio de proporcionalidad y su desarrollo hoy. El principio de proporcionalidad se viene aplicando en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial en países como Francia, Italia, Luxemburgo, cuya jurisprudencia se elabora tomando como referencia dicho principio, sobre todo cuando se trata de proteger los derechos humanos.²⁷

²⁶ Rodolfo L. Vigo (coordinador), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., Primera edición corregida, 2008, p. 268.

²⁷ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, pp.49-52.

Sin embargo, Alemania es el más destacado en la aplicación del principio ya que su Tribunal Constitucional lo utiliza para regular los actos de los poderes públicos que pongan en riesgo los derechos fundamentales, de tal modo que si las sentencias no han tomado como referencia el principio de proporcionalidad, simplemente, son inconstitucionales²⁸. El principio de proporcionalidad se hace relevante cuando se considera que no existen derechos absolutos sino que cada derecho es limitado, es decir, no se puede asumir como enteramente admisible los derechos que los seres humanos exigen para sí sino que hay para su aplicación una esfera de lo relativo que debe inferirse en su correcta aplicación. Por lo tanto, importa determinar en la medida de lo posible de qué manera se pueden limitar los derechos y bajo qué requisitos.

No obstante, al hablar de limitar los derechos no se quiere decir, desde un discurso conservador, una restricción que mengüe la contundencia del derecho. Más bien, lo que se procura, es darles tanta relevancia y destacarlos de una manera tan vital, que pueda verse expandido su ámbito de protección, evitando contradicción interna al punto que cada derecho sea compatible en su lugar.

De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.²⁹

Carlos Bernal Pulido nos propone varias fundamentaciones complementarias que dan cuenta del nexo del principio de proporcionalidad con el carácter jurídico de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

²⁸ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p.57.

²⁹ Op.cit., Miguel Carbonell (Editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p.10

Además, la fundamentación más sólida del principio de proporcionalidad es aquella según la cual, debe considerarse como un concepto implicado por el carácter jurídico de los derechos fundamentales con la idea de la justicia, con el principio del Estado de Derecho y con el principio de interdicción de arbitrariedad.³⁰

Como no se puede determinar a priori o en abstracto el contenido esencial de un derecho fundamental, por ejemplo, el derecho de expresión o el derecho de asociación, la determinación de dicho contenido es objeto de fundamentación, y es aquí donde el principio de proporcionalidad es el criterio metodológico que brinda la máxima racionalidad y establece un rango de posibilidades para interpretar y concluir de la mejor manera frente al problema suscitado en el derecho analizado. Nuevamente, es importante subrayar cómo el principio de proporcionalidad opera como criterio estructural de razonamiento jurídico; mediante este principio se puede concretar y fundamentar la norma adscrita relevante en el caso concreto.

El derecho español es también un modelo en el uso del principio de proporcionalidad ya que en su jurisprudencia reposan los principales fundamentos del principio de proporcionalidad que el Tribunal Constitucional toma para fundamentar sus decisiones en casos penales, sanciones y requisitos procesales. Dicho Tribunal precisa al respecto:

Cuando, por su intensidad, menoscaban el ejercicio de la libertad individual y el derecho a la tutela jurídica efectiva, y como criterio para establecer hasta qué punto la Jurisdicción Constitucional está habilitada para controlar las decisiones de los jueces ordinarios mediante el recurso de amparo.³¹

El principio de proporcionalidad se integra como un método de control para evitar las técnicas de desvío de poder, error manifiesto, y en especial para el balance entre costos y beneficios de aquellas actuaciones del Estado que implican una

³⁰ Op.cit. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p.600

³¹ Op.cit. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 62

intervención en los derechos fundamentales, ya que se ha considerado, en especial por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, que este principio se deduce del contenido esencial de estos derechos.

La idea de contenido esencial de derechos de derechos fundamentales se incluyó en el Art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana –y en el 53.1 de la Constitución española- para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen su contenido normativo.³²

Para el tratadista Rubén Sánchez Gil, existen también dos diferentes teorías sobre el contenido esencial de los derechos: la absoluta y la relativa. Al respecto de la absoluta dice:

La teoría absoluta imaginando el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y, la sección circunferencial exterior, como la parte accesorio o contingente de los mismos; dicho núcleo sería la parte intocable de éstos y cualquier afectación a si respecto sería ilícita, en cambio en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas³³.

Por otro lado, en relación a la teoría relativa el mismo tratadista manifiesta lo siguiente:

Para la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, afirma que éste no es preestablecido y fijo, sino determinable sólo casuísticamente en atención de las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.³⁴

En nuestra actual Constitución, se señala someramente en el numeral 4 del artículo 11, que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni

³² Rubén Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 1ra. Edición, 2007, p. 111.

³³ *Ibíd.*, p. 111

³⁴ *Ibíd.*, p. 112

de las garantías constitucionales, así como también en el numeral 8 del mismo artículo se establece el desarrollo progresivo del contenido de los derechos y será el Estado quien genere y garantice las condiciones para su pleno reconocimiento y ejercicio.

En base a lo expuesto, se puede evidenciar que la posición adoptada por nuestra Carta Magna se enfocaría en un primer momento hacia la teoría absoluta del contenido esencial ya que se establece la prohibición de afectar su contenido; sin embargo, empíricamente esto puede variar, pues son las circunstancias del caso concreto las que pueden restringir el contenido de los derechos ya que ningún derecho es absoluto, por lo que todo derecho puede ser limitado en su aplicación.

El principio de proporcionalidad, como atributo del Estado de derecho, ha sido tomado por la doctrina constitucional teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales: 1. Establecer la legitimidad de los fines de actuación del Legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma cuya constitucionalidad se impugna. 2. Y aunque no del todo, tenemos al establecer la idoneidad de medidas implementadas por el Poder Ejecutivo, en el caso de decretar el estado de excepción y limitar o restringir ciertos derechos o garantías constitucionales sujetas al control sancionador del Estado y como ejemplo de esto, más adelante analizamos detenidamente el Estado de Excepción decretado por el Presidente de la República a la empresa Petroecuador y sus filiales.

Estos objetivos se han constituido en un valioso instrumento de control de la discrecionalidad, tomando en cuenta que el principio de proporcionalidad se refiere a la proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida; para entenderlo de mejor manera, Laura Clérico señala:

La implementación de una medida estatal para el logro de un fin puede limitar el ejercicio de algún derecho. Desde el punto de vista del derecho limitado se plantean

varios interrogantes. El primero se refiere a la relación entre el medio y el fin de la norma. Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho, por lo menos, se espera que el medio pueda *fomentar* el logro del fin. De lo contrario las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el punto de vista empírico. Así, el examen de idoneidad supone: a) la identificación y precisión en la mayor medida posible del fin o de los fines estatales legítimos (es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución).³⁵

Respecto al control de la potestad disciplinaria, el principio de proporcionalidad implica una necesaria correlación contra la infracción cometida y la sanción a aplicar; potestad que debe ponderar las circunstancias del caso, a fin de alcanzar una necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos atribuidos como falta y la responsabilidad exigida.

En décadas recientes, dada la compleja estructura de los ordenamientos constitucionales y de los conflictos entre sus principios integrantes, la idea de proporcionalidad se ha puesto en relieve como un recurso indispensable para adecuar bienes constitucionalmente promovidos o exigidos. Carlos Bernal indica: “En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”.³⁶

Más allá de su moderna formulación técnico-jurídica, relativamente reciente, la noción de proporcionalidad aparece íntimamente relacionada con la idea de justicia material y, por consiguiente, ha estado presente, de un modo u otro, a lo largo de la historia del pensamiento no sólo jurídico, sino ético y filosófico.

El origen del principio se remonta a la antigüedad y al pensamiento clásico. Al principio de proporcionalidad también se lo ha llamado principio de razonabilidad o

³⁵ Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp.129-130.

³⁶ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 41

juicio de ponderación, de ahí las diferencias entre las proporcionalidades en sentido amplio y estricto. La proporcionalidad en sentido amplio como hemos visto anteriormente pregona la posibilidad de dar tanto en cuanto se recibe a modo de contraprestación. En cambio, la proporcionalidad en sentido estricto conlleva una concepción más compleja y se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, esto es, con la ley de la ponderación la cual reconoce que la ponderación se puede dividir en tres pasos: en el primero, al precisar el grado de la no afectación o de afectación de uno de los principios; en el segundo, definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, tercero, cuando debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.³⁷

En el ámbito constitucional, la aplicación del principio de proporcionalidad contribuye a la justa solución de los conflictos que enfrentan los derechos fundamentales, y otros principios constitucionales, entre sí. No cabe la menor duda de que el nuevo constitucionalismo ha propiciado el alumbramiento de una teoría del derecho bastante diferente y a veces contradictoria con la teoría positivista³⁸.

Al respecto el positivismo, considera que:

[...] todas las normas de diferente denominación (sean valores, principios, derechos o directrices), tienen un idéntico sentido que es decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también que es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir.³⁹

El campo de acción del principio de proporcionalidad, pese a estar contemplado en el precepto constitucional, abarca todas las ramas del derecho (penal, civil,

³⁷ Robert Alexy, *La fórmula de peso*, en: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 16.

³⁸ Luis Prieto Sanchís, *El Constitucionalismo de los Derechos*. en: Miguel Carbonell (Editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 213.

³⁹ *Ibíd.*, p. 214.

administrativo, tributario, entre otros). Por el hecho de que la Constitución es norma suprema, de la cual derivan el resto de normas jurídicas, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario que junto al juicio de ponderación supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional⁴⁰.

1.5. ¿Posee el principio de proporcionalidad un criterio o varios criterios de evaluación?

Se ha estimado que los principios son máximas o axiomas jurídicos recopilados históricamente y también que son los dictados de la razón admitidos legalmente, como fundamento inmediato de sus disposiciones. Según puede observarse, en estos dos puntos de vista, el primero se vincula más a la historia, sin establecer jerarquía ni vinculación con los diversos ordenamientos nacionales; y, en el segundo, se trataría sólo de su admisión legal como fundamento inmediato de la ley, sin considerar los principios fijados en ella o en la constitución escrita de una determinada comunidad nacional. Conviene advertir que no existe ningún criterio abstracto y perdurable que pueda ser utilizado inequívocamente para la determinación de la fundamentalidad y que lleve a una única respuesta⁴¹.

Para entender de mejor manera los términos utilizados en la temática planteada, debemos diferenciar lo que es un derecho humano y lo que es un derecho fundamental. Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y

⁴⁰ Ibídem, p.220.

⁴¹ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 770. Los criterios que determinan la fundamentalidad o el significado de la posición y el fin relevantes en cada caso, dependen de las circunstancias específicas en que éste tenga lugar, como la tradición o la moral cambiantes de la sociedad en la que se desarrolla la práctica constitucional.

temporalmente en un Estado concreto. En el plano teórico-jurídico la definición más fecunda de los fundamentales es la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto como personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar y, que son por lo tanto indisponibles e inalienables.⁴²

Tomando en cuenta que la proporcionalidad es el fondo y la ponderación es la forma, sobre ésta última ha existido una elaboración jurisprudencial –como se verá más adelante- y doctrinal bastante cuidadosa⁴³. Se ha presentado el reconocimiento de los principios generales del Derecho como una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez. En este caso, la ley les dice a los jueces que pueden crear Derecho mediante los principios generales. En otro punto de vista, constituyen el medio utilizado por la doctrina en general, para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante. Es decir, no considera tampoco la posible inserción legal del principio, y es producto de la creación doctrinaria para actualizar la ley según la opinión jurídica dominante.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad no es ajeno a las consideraciones expuestas. Para algunos operadores de justicia, el principio de proporcionalidad no constituye una regla a seguir estrictamente, pues su misma naturaleza abarca una serie de dudas razonables a la hora de aplicarlo, tomando en cuenta que es usado para limitar ciertos derechos fundamentales, de ahí que la argumentación de los tribunales constitucionales debe tener una gran carga de convencimiento la cual encuentra su respuesta indudablemente en la legitimidad de las sentencias en el contexto de una

⁴² Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales*, Revista Cuestiones Constitucionales No. 15, México, 2006, en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2172/0>.

⁴³ Luis Prieto Sanchís, *El juicio de ponderación constitucional*. EN: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 109.

democracia constitucional y a la posibilidad de que ese dar razones exceda lo meramente jurídico y contribuya a la discusión pública.⁴⁴

Ronald Dworkin es un autor que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas, al respecto en su obra “Los derechos en serio”, señala:

Una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos –como hacía el viejo iusnaturalismo- es una *doctrina peligrosa*.⁴⁵

Es peligrosa porque según demuestra Dworkin, en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral no es tan clara como sostienen los positivistas. Al acudir al derecho que se aplica para demostrar que la moral interviene en el derecho, puede resultar muy peligroso para la doctrina positivista porque pone de manifiesto la debilidad de su enfoque.⁴⁶

Históricamente, las fuentes del principio de proporcionalidad se encuentran contenidas en antiguos documentos o colecciones legislativas. Fue creado por el comportamiento social y afincado en la conciencia común y, consecuentemente, sancionado por los órganos públicos del Estado o los organismos interestatales como la Función Judicial⁴⁷.

La jerarquía del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico-positivo dependerá de la exteriorización que tuvo el principio. El determinado por la ley formal tiene jerarquía de ley; y el establecido por la norma suprema tiene estado

⁴⁴ Op.cit. Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, p. 173.

⁴⁵ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel S.A., 1995, p.8.

⁴⁶ Op.cit., Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p.8.

⁴⁷ Luis Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, Interamericana de España, 1997, p. 76.

constitucional. De forma que el principio de proporcionalidad puede ser fuente formal o puede ser fuente material. La fuente material, al contrario de la formal, es la que no alcanzó una concreta formulación normativa y positiva, es decir, la jerarquía de ley sancionada por el órgano legislativo o de norma suprema sancionada por el poder constituyente o reformador. No se trata, sin embargo de establecer jerarquías de derechos a priori sino de conjugar tanto ley como norma para terminar decidiendo su preeminencia y ajuste al sentido y finalidad que la Constitución señala⁴⁸.

Se hace necesario entender lo que es el derecho por reglas y el derecho por principios; en consecuencia, si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, y, por otro lado, las normas constitucionales sobre derechos son prevalentemente principios. Por ello distinguir los principios de las reglas significa a grandes rasgos distinguir la Constitución de la ley.⁴⁹

Hay supuestos en que la formulación normativa no tiene la fuerza de la ley porque se trata de una sentencia o de una norma social integral establecida por acuerdo social, o es una propuesta de la doctrina. Tanto el principio formal, como el material, concurren a dotar de fuerza de convicción jurídica, por eso es razonable que el principio de proporcionalidad sea tomado como instrumento de justicia en la jurisprudencia nacional e internacional. Los principios son generales, específicos o especiales.

De ahí que la interrogante ¿cuáles tienen prevalencia?, no encuentra su respuesta, ya que los principios no tienen jerarquías entre ellos, sino que más bien se hace necesario precisar el momento de sanción o exteriorización del principio, su

⁴⁸ Op.cit., Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*, EN: Miguel Carbonell (Editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 177

⁴⁹ Op.cit, Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, pp. 109-110.

carácter formal o material, su interpretación de acuerdo al orbe específico (penal, laboral, civil, entre otros), la interpretación de acuerdo con las circunstancias y la finalidad que se tuvo en cuenta al dictar la norma, la condición de general o de especial, la congruencia o incongruencia, en la pirámide de los principios y de las fuentes jurídicas y del orden jurídico nacional y, finalmente, la razonabilidad, en particular⁵⁰.

Podemos decir que el principio de proporcionalidad, se encuentra en el grupo de los principios específicos. Más todavía, sucede que la justicia social se encuentra como principio en la cúspide del sistema, de forma que el principio de proporcionalidad debe inexorablemente ocupar este sitio. Por lo tanto, prevalece el principio específico sobre el general siempre que los dos tengan prescripción o exteriorización formal. Realmente hay una inevitable jerarquización de los derechos fundamentales que se resuelve postergando la aplicación de uno en beneficio de la aplicación de otro según la jerarquía de los valores o intereses que encarnen⁵¹.

1.6. El test de proporcionalidad

Como concepto jurídico, el principio de proporcionalidad aparece articulado de tres subprincipios que expresan una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir; se trata de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵².

El subprincipio de idoneidad establece que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo, es decir que el fin no tiene que estar prohibido por la Constitución.

El subprincipio de necesidad le otorga a los derechos intervenidos toda la benignidad con la medida de intervención, es decir, la exigencia de necesidad o

⁵⁰ Op.cit., Luis Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, p.96.

⁵¹ Op.cit., Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales*, p.179

⁵² Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p.42

intervención mínima consiste en que no exista otro medio menos oneroso para lograr el fin perseguido, solo cabe elegir el medio que resulte menos gravosa para alcanzar la finalidad. Villaverde nos da un ejemplo práctico de lo dicho:

[...] Si la prueba de ADN se puede obtener con una muestra de saliva, resultaría desproporcionado un análisis de sangre que es una intervención más agresiva.⁵³

Por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto obliga a que los objetivos perseguidos en la intervención de los derechos fundamentales guarden una adecuada relación con el significado del derecho intervenido; este criterio se traduce en la necesidad de probar que el daño al bien jurídico protegido era real y efectivo, y no solo producto de presunciones, es decir, hubo un riesgo cierto y no un riesgo hipotético. De igual manera Villaverde nos pone un ejemplo al respecto:

Siguiendo con el ejemplo propuesto, la prueba de ADN mediante la toma de muestras de saliva sólo se justificará en el curso de la instrucción penal si resulta imprescindible practicar esta prueba de forma anticipada y no en el juicio oral al existir el riesgo real y cierto de que el imputado pueda huir, y si esa prueba resulte además decisiva para esclarecer los hechos objeto del proceso penal hasta el punto de que, de no practicarse, se frustraría la averiguación del delito de violación.⁵⁴

La intervención en los derechos que no se ciña a estos tres subprincipios y sus exigencias provoca una vulneración del derecho fundamental intervenido y, por lo tanto, se declara inconstitucional. De igual modo, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que “si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple con estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional⁵⁵”. Como puede apreciarse, los

⁵³ Op.cit., Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales*, p.184.

⁵⁴ Op.cit., Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales*, p.185.

⁵⁵ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p.43

subprincipios sirven como criterios de suficiencia y además son indicativos del buen o mal proceder en la aplicación interpretativa y, por ende, la salvaguarda de los derechos vulnerados.

1.6.1 Subprincipio de idoneidad

El subprincipio de idoneidad o adecuación se desarrolla en dos aspectos fundamentales para determinar la licitud o legitimidad de una intervención en un derecho fundamental. Se establece, en primer lugar, si la medida legislativa debe tener un fin legítimo y, en segundo lugar, debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural⁵⁶. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé para este subprincipio, la verificación de que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido en el sentido de ser apropiado o idóneo, existiendo un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional⁵⁷.

De acuerdo a este subprincipio, en primer lugar, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada esto es, que debe ser susceptible para alcanzar el objetivo perseguido con ella, objetivo que debe ser constitucionalmente lícito. En segundo lugar, la medida de intervención tiene que ser idónea, es decir, que aquella medida restrictiva en efecto sirve para limitar el derecho por la razón que justifica la existencia del límite. Para entenderlo de mejor manera Villaverde dice:

Si en el curso de una instrucción penal es necesario practicar una prueba de ADN para esclarecer un caso de violación, que requiere la intervención corporal de uno de los imputados en el proceso, el bien constitucional de la averiguación de los delitos puede justificar un límite a la integridad física del imputado y justificar dicha intervención corporal. Pero esta intervención corporal sólo está justificada si su objeto

⁵⁶ Op.cit., Rubén Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*, p.40

⁵⁷ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, EN: *Constitución de la República del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Título I, Art. 3, Num. 2.

es la obtención de evidencias que sirvan para el esclarecimiento de los hechos supuestamente delictivos, y no, por ejemplo, para comprobar si el imputado es consumidor o no de sustancias estupefacientes o padece cierta enfermedad.⁵⁸

Así se verifica si el fin que el legislativo pretende favorecer, puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional. Únicamente si se ha establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención de la norma, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde la perspectiva de la Constitución, podrá enjuiciarse si la medida adoptada resulta idónea para contribuir a su realización⁵⁹. Para emprender este análisis de idoneidad, resulta indispensable establecer de antemano cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.

1.6.2 Subprincipio de necesidad

Con este subprincipio se dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a aquellos se intenta oponer. Por un lado, puede ser la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado. Por otra parte, puede ser que no existan opciones para satisfacer el fin perseguido o que las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor.

De no cumplir alguno de los supuestos enunciados, la medida en cuestión sería ilegítima porque interviene en un derecho fundamental de una manera que no devendrá en estrictamente necesaria ya que puede existir una medida menos perjudicial con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone⁶⁰. De acuerdo con la necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna

⁵⁸ Op.cit., Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales*, p.184.

⁵⁹ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p.694

⁶⁰ Op.cit., Rubén Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*, pp.45-46

posible con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

Este subprincipio implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En la comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: 1. Si reviste del mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de ésta. 2. Si se afecta negativamente el derecho fundamental en un grado menor. Si existe algún medio alternativo que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional. El estudio para determinar si una medida restrictiva es o no necesaria, requiere de un análisis de eficiencia de sus alternativas de acuerdo con las ciencias y técnicas aplicables⁶¹.

De esta manera, si hay medios alternativos y su implementación puede fomentar el fin y, si cada uno de esos medios (algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida en comparación con el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en igual o mayor medida los derechos fundamentales, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva. En consecuencia se puede pasar al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.⁶²

1.6.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Este subprincipio supone una valoración entre un derecho fundamental y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquellos⁶³. Para el caso del subprincipio de proporcionalidad, criterio que suele traducirse en la necesidad de probar

⁶¹ Op.cit., Rubén Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*, p.47

⁶² Op.cit., Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, en: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p.147.

⁶³ Op.cit., Rubén Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*, p.48

que el daño de estos últimos era real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción (por lo que no son admisibles medidas preventivas si carecen de habilitación legal). Es decir, hubo un riesgo comprobado y no tan sólo un riesgo futuro e hipotético de lesión del bien o derecho que se desea proteger con el límite impuesto al derecho fundamental⁶⁴.

La importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la trascendencia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Es decir, que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin⁶⁵.

La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto es el que más dudas suscita en la doctrina y entre los operadores de justicia. La utilización de la proporcionalidad en sentido estricto como instrumento de control de constitucionalidad de la ley ha sido criticada en la doctrina. La formulación del mismo, como aparece a primera vista al comparar las concepciones, posee unos contornos más difusos. No existe en la jurisprudencia constitucional una coincidencia absoluta a la hora de definirlo, y así, junto con la anterior definición ofrecida, pueden encontrarse otras aludiendo a la ponderación entre la finalidad perseguida, el medio aflictivo y el derecho afectado. Los criterios analíticos y empíricos para determinar la intensidad de la

⁶⁴ Op.cit., Ignacio Villaverde Menéndez. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales*. pp. 184-185.

⁶⁵ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p.764

intervención en el derecho fundamental y la del fin legislativo tienen un carácter *prima facie* y su relevancia la determinan las circunstancias del caso concreto⁶⁶.

En todas las definiciones está implícita la primera idea de proporcionalidad, que es lograr el equilibrio; no en vano algunas sentencias denominan a este criterio como el juicio de ponderación, ya que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.⁶⁷

Sobre la ponderación, Bernal Pulido nos dice:

El concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales. [...] El segundo problema se refiere a la legitimidad del juez, y en especial del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación. [...] Si ellos lo hacen, sin lugar a dudas restringen, e incluso usurpan, las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes del Estado.⁶⁸

Pero esta indeterminación en cuanto a su propia definición, da una idea acerca de lo abstracto que puede llegar a ser su contenido, y por tanto, también de las inseguridades en su aplicación. No se puede desconocer la carencia de pautas firmes y estables que permitan una cierta previsibilidad en su utilización. Se trata principalmente de utilizar instrumentos metodológicamente correctos como los subprincipios de idoneidad y necesidad. La ponderación de intereses públicos y privados inherente al principio de proporcionalidad en sentido estricto es, por naturaleza, difícilmente

⁶⁶ Op.cit., Rubén Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*, p.51

⁶⁷ Carlos Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, EN: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.44.

⁶⁸ *Ibíd.*, p.44.

controlable jurídicamente, por lo que dicha tarea debe confiarse enteramente al proceso político.⁶⁹

1.7. La fórmula de peso de Robert Alexy.

Esta interesante pero también a la vez compleja fórmula, persigue establecer un peso concreto de un principio sobre otro, en colisión en un caso concreto, mediante la aplicación de valores numéricos a los mismos.

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 importancia⁷⁰.

Mediante la escala triádica⁷¹ además, señala que si es posible otorgar de forma metafórica un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, incluso mediante el establecimiento de intensidades que pueden ser “leve”, “moderada” y “grave”, con las cuales se especifica el grado de importancia de los principios en colisión. “Esto significa que en una colisión entre dos principios el peso concreto o relativo de cada uno de los dos principios depende de tres pares de factores, es decir, en total, de seis factores. Sin embargo, estos deben ser utilizados en la

⁶⁹ Puede verse la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional principalmente dentro del Título V, el Capítulo III intitulado Acción de Interpretación que recoge magistralmente la oferta que el operador de justicia tiene para interpretar como instrumentos.

⁷⁰ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *La racionalidad de la ponderación*, pp.56-57.

⁷¹ A fin de que la ponderación sea racional, lo que se busca con la escala triádica es que todas las catalogaciones conformen un modelo triádico compuesto de tres intensidades: leve, medio y grave, no necesariamente es obligatorio utilizar estas tres, pues también pueden utilizarse solo dos y, de ahí en adelante queda abierto el número de grados posibles.

fórmula de peso cuando los pares de factores son desiguales. Si estos pares son iguales se neutralizan mutuamente⁷².

Para Alexy, la fórmula de peso sólo es aceptable si los pesos que tendrían en el caso concreto, sirven para reconstruir adecuadamente la ponderación, ya que en las ponderaciones no sólo son relevantes las intensidades de las intervenciones a los derechos fundamentales, sino también sus pesos abstractos, ya que si sus pesos abstractos son iguales como decíamos anteriormente se neutralizan entre sí, en cambio si sus pesos abstractos tienen diferente magnitud, sí es posible sopesarlos en la balanza.⁷³

⁷² Robert Alexy, *La fórmula de peso*, EN: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 33.

⁷³ *Ibíd.*, pp.35-36

CAPÍTULO 2

Hacia una aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación jurisdiccional ecuatoriana

El nuevo rol de los jueces en el Ecuador es de un papel fundamental en la administración de justicia. Por lo tanto, los derechos de las personas deben tener como garantes a las cortes, tribunales y jueces pues son ellos los que aplican la normativa jurídica día a día. El poder Judicial cumple un rol fundamental frente al poder del Ejecutivo y del Legislativo, pues es como un mediador que tercia entre los excesos o el desconocimiento que consciente o inconscientemente se cometen por parte de los otros dos.

Si el juez no pondera ni argumenta, el fallo inevitablemente violará el debido proceso, por falta de motivación y a la seguridad jurídica. Los jueces pueden y deben corregir los excesos de los otros poderes del estado y esos excesos son, a veces, exagerados en cuanto al uso del *ius puniendi*. En consecuencia, a mayor poder del Estado, mayor control judicial.⁷⁴

Se supone que son los jueces, aquellos servidores públicos, quienes creen en mayor grado en la necesidad de que los seres humanos puedan ejercer sus derechos. Esto reviste de un compromiso ético y de una probidad que acompañada del conocimiento jurídico y las convicciones democráticas deben operar en la defensa del ser humano y la protección de su dignidad y autonomía. Sin alejarnos del tema planteado, vale decir, que es el juez o la jueza una persona que presupone sapiencia jurídica, cultura humanista y sensibilidad democrática para un fin muy particular en la salvaguarda de los derechos humanos.

⁷⁴ Op.cit., Ramiro Ávila Santamaría. *El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad*, p. 349.

Sin duda, en este segundo capítulo se busca brindar herramientas necesarias y avaladas por una experiencia tanto nacional como internacional en la construcción de una sociedad de derechos vivos, garantizados por los jueces que adoptan una postura imparcial frente al poder político y cualquier otra circunstancia que pueda torcer el derecho de aquellos que esperan su ejercicio correcto propio de hombres y mujeres idóneamente preparados para ello: la defensa de los derechos humanos. Esperamos que este propósito pedagógico pueda ilustrar de la mejor manera para el buen ejercicio del derecho y la aplicación de justicia.

Aunque al legislador le incumbe examinar la proporcionalidad de los actos que emite respecto de su intervención en los derechos fundamentales, en la mayoría de las ocasiones la violación de éstos por una medida legislativa desproporcionada se pone de manifiesto luego de someterse su constitucionalidad a revisión judicial y, en especial, por su aplicación en casos de circunstancias especiales, imprevistas por el legislador. Es por esta razón, que el principio de proporcionalidad contempla dos aristas importantes de campo de acción. Por un lado, se trata del legislativo que dicta las leyes, por el otro, del poder judicial que vela por su aplicación y castiga a los que la incumplen.

La Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia No. 002-09-SAN-CC (Caso 005-08-AN) publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de Abril de 2009 reconoce que cuando hay dos principios constitucionales constitutivos de normas que enuncian derechos subjetivos de las personas, los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura hace necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado legal. Mientras que las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante ponderación. Por ese motivo, la ponderación se ha

convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales⁷⁵.

Desde que este principio es aceptado y valorado dentro de la Corte (en casos que se verán más adelante), la ponderación de los derechos al sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso concreto. Como se puede apreciar, en primer lugar se ha creado la necesidad de un método de interpretación distinto al viejo Estado de Derecho y se ha considerado el método ponderativo como el más adecuado⁷⁶.

Para entender de mejor manera el significado de “viejo Estado de derecho”, y los alcances que el control jurídico ha tenido sobre el poder público en la historia, es necesario recordar con el tratadista Rubén Sánchez Gil lo siguiente:

De ser un simple instrumento de poder, el derecho pasó a ser una garantía contra el abuso de su ejercicio, con diversos grados de sujeción para la actividad estatal. Así hemos ido del Estado despótico al llamado Estado de derecho, y de éste al actual Estado constitucional democrático [...] Al igual que el Estado de derecho, el estado constitucional sostiene el deber del poder público de someterse a la ley y a la Constitución.⁷⁷

Esta es la postura oficial de la Corte Constitucional que han asumido de manera unánime sus miembros y, consecuentemente, es guía forzada para los jueces ordinarios que dictan sentencias concernientes a procesos derivados de acciones constitucionales en la búsqueda de proteger a los ciudadanos ecuatorianos. Con este asentimiento general hacia los métodos interpretativos como el de ponderación y, por supuesto, el de

⁷⁵ Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad y proceso constitucional. Un caso: La declaración patrimonial*, Guayaquil, 2009, p.84-85.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 85)

⁷⁷ *Op.cit.*, Rubén Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*, p. 16.

proporcionalidad, se hace indispensable la reflexión en torno al ejercicio propiamente interpretativo y a la manera como se puede abordar.

Los procesos de acción de protección, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad y seguramente lo concerniente a tutelaje de derechos, tienen como fin la declaración de nulidad de los actos materialmente legislativos que sean contrarios a las prescripciones constitucionales. Si se toman estos instrumentos de control como integrantes de un sistema procesal se podrán apreciar aspectos procesales generales y comunes a ellos. Bajo esta perspectiva, es de vital importancia conocer cada uno de los elementos constitutivos de la argumentación que configuran el ejercicio interpretativo que va a conducir a la aplicación del principio de proporcionalidad.

En Ecuador existe un modelo mixto de control constitucional. Por un lado, control concentrado, el máximo juzgador constitucional interpreta, con carácter generalmente obligatorio, la constitucionalidad de una ley y en los casos en los que los jueces duden sobre su aplicación; por otro, control difuso, el juzgador ordinario tiene competencias constitucionales, en el caso concreto, por el que puede inaplicar una ley que considere inválida⁷⁸.

2.1. Fundamento constitucional y reconocimiento jurisprudencial en el Ecuador

En nuestra Constitución no existe disposición alguna que establezca clara y expresamente el principio de proporcionalidad y sus subprincipios, Sin embargo en el numeral 2 del inciso segundo del Art. 3 de nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁷⁹ se dice muy brevemente lo siguiente:

⁷⁸ Op.cit., Ramiro Ávila Santamaría. *El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad*, p. 329.

⁷⁹ La LOGJCC fue creada con el fin de asegurar que toda disposición jurídica sea susceptible de control judicial constitucional, que proporcione al juez herramientas conceptuales, técnicas prácticas, pautas concretas y específicas a fin de examinar la constitucionalidad material y formal del proceso de producción normativa, promoviendo la participación popular en dicho proceso.

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.⁸⁰

Generalmente, dicho principio es resultante de un esfuerzo interpretativo y argumentativo de los tribunales. Sin embargo, este principio puede estar implícito en algún enunciado constitucional que, debidamente analizado, le dará al principio rango constitucional, que permita fundamentar el hecho de que el Tribunal Constitucional (en Ecuador, Corte Constitucional) lo utilice como criterio para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes⁸¹.

Los derechos fundamentales desempeñan el papel central de control de constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde su misma perspectiva. Este control trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad, generándose de esta forma conflictos en la limitación de los derechos fundamentales. Verdaderamente existen conflictos entre los derechos fundamentales y sus límites, en la medida de que entre derechos fundamentales y sus límites están los derechos de terceros. Ocurre que esta forma de expresarse es muy alejada de la realidad, ya que hace pensar en una colisión entre derechos cuando la colisión es entre derecho fundamental y sus límites.

Es cierto que las expectativas de conducta amparadas en un derecho fundamental en ocasiones sólo pueden hacerse realidad a costa de otras expectativas de conducta objeto de protección constitucional o infraconstitucional. Insultar a una persona puede ser una expectativa de conducta objeto de libertad de expresión, pero la protección del insulto lo es a costa del honor del insultado. Este hecho provoca la falsa apariencia de

⁸⁰ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, en: *Constitución de la República del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

⁸¹ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p.600

que hay un conflicto entre el derecho fundamental y los derechos, bienes o intereses que cobijan aquellas otras normas constitucionales o infraconstitucionales.

La imposición de los límites que correspondan al derecho fundamental examinado en cada caso, constituye un momento capital del método expuesto de delimitación de los derechos fundamentales. Pero en ocasiones no basta con fijar e imponer esos límites para hallar la regla jurídica concreta, por la que se resolverá finalmente si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental. Puede ocurrir que el límite no se plasme únicamente en la negación de la garantía iusfundamental a una determinada conducta (por ejemplo, el insulto no está garantizado por la libertad de expresión) y que requiera ser concretado en su alcance y los medios específicos de su aplicación al derecho.

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental así como el principio de efecto recíproco. A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función, sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo.

Así, la LOGJCC, habla expresamente del Principio de Proporcionalidad y establece, entre otras normativas alusivas al principio, la acción de interpretación en el Capítulo III del Título V de dicho documento. Además, en el Título I de las Normas Generales en el artículo 3 ídem, se habla expresamente de los métodos y las reglas de interpretación constitucional en el que se afirma: Las normas constitucionales se

interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.⁸²

La LOGJCC dictamina los métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento y, si existe contradicción entre las normas jurídicas, se aplicará la regla en vigencia frente a la derogada o anterior (principio cronológico); la jerárquicamente superior frente a la inferior (principio de jerarquía); o la especial prevalecerá frente a la ordinaria (principio de especialidad). De esta manera quedan consagradas en la Constitución las reglas de interpretación que ayudarán a interpretar mediante un recto ejercicio del derecho ecuatoriano para que los jueces y juezas puedan ampararse en un instrumento idóneo para impartir justicia como operario de la justicia en un nivel sumamente privilegiado y de sumo compromiso y rigurosidad como la Corte Constitucional.

Sin embargo, hay un inconveniente de procedimiento, al no poder establecer con claridad el instrumento a seguir en un campo tan difuso, como es el interpretativo por su carácter subjetivo principalmente. Como regla interpretativa tenemos la del Principio de Proporcionalidad de la que se establece lo siguiente:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional⁸³.

⁸² *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, publicada en el segundo suplemento del R.O. No. 52 del 22 de octubre de 2009.

⁸³ *Ibíd*em

Renglón seguido, la Ley habla acerca de la ponderación y dictamina que: “Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁸⁴. Es indicativo de la norma tanto lo procedimental como el espíritu de realizar la mejor tarea interpretativa en el caso que se juzga para que el derecho siempre sea el menos afectado. De esta manera, tanto el principio de proporcionalidad como la ponderación son herramientas entre otras reglas, en la solución de antinomias y la prevención en contra de derechos fundamentales vulnerados.

La finalidad del principio de proporcionalidad es evitar que se vulnere el contenido esencial de los derechos, o también, pueda fundamentar estructuralmente las decisiones de los operadores de justicia en el control de constitucionalidad de las medidas limitativas de los derechos fundamentales. Es por esto que, cuando se aplica el principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional indaga por el propósito que se persigue y si éste es constitucional y legítimo. La Corte debe establecer si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas medidas que revisten la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, se evalúan si las ventajas que se pretenden con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

En el derecho constitucional, el principio de proporcionalidad responde especialmente a la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a los derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa.

⁸⁴ *Ibíd*em

Estriba a grandes rasgos, en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental u otro principio constitucional, sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un criterio que sirve para determinar si la intención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no.

De este modo, el principio de proporcionalidad cumple una función argumentativa en la interpretación de los derechos fundamentales afectados en un caso concreto, para determinar el significado preciso de las disposiciones constitucionales que los contienen. El examen de los subprincipios de la proporcionalidad es el proceso metodológico por el cual se construye una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales relevantes al caso, formulando en último término una norma de precedencia a favor de alguno de ellos. En el ámbito del derecho constitucional, el uso del principio de proporcionalidad se apoya también en las directivas de interpretación que ordenan dar a las disposiciones constitucionales la máxima efectividad real posible e interpretarlas sistemáticamente como una unidad normativa⁸⁵.

La primera directiva se basa en la naturaleza jurídica de la Constitución. Como la Ley Suprema está llamada a regular normativamente la realidad política y social, los operadores jurídicos estatales administrativos y jurisdiccionales deben procurar dar a sus disposiciones la máxima efectividad posible, para que incidan en el sentido de la conducta humana. Afiliado a esta directiva de interpretación constitucional, encontramos el principio *pro homine* (principio entendido como la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana), que lleva a dar un alcance más extenso a las disposiciones que garantizan los derechos humanos o fundamentales y, en

⁸⁵ Oscar José Dueñas, *Hermenéutica jurídica*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, p.67.

contrapartida, a interpretar del modo más estricto a aquellas que los menoscaban derivada de la progresividad de tales derechos.

También tenemos al principio *pro-actione* también llamado principio de acceso libre a la justicia, ya que no ha de estar sujeto a condicionamientos excesivos, lo cual conduce a rechazar requisitos legales para la admisión de demandas o recursos que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso. Además, en virtud de esta derivación del derecho a la jurisdicción se ha reconocido el principio *pro-actione* como el deber de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción, lo que también obliga a evitar todo pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que puedan ser subsanados sin dar la oportunidad de hacerlo.

La segunda directiva se refiere a la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales, en otras palabras, es preciso interpretar la Constitución partiendo de su unidad, es decir, como si fuese un sistema. La interpretación sistemática de la Constitución fundada en el principio de unidad de la misma, lleva a buscar la concordancia práctica de las normas fundamentales.

2.2 Aspectos procedimentales a nivel constitucional

En el derecho procesal constitucional se establecen las pautas y dinámicas a seguir en los procesos de índole constitucional. En éste se estudian determinadas garantías procesales penales, civiles y administrativas como la tutela judicial efectiva, el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de legalidad y, obviamente, el principio de proporcionalidad, entre otros. Lo que aquí se plantea es un estudio de las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional.

En el derecho procesal constitucional se establece principios que han de compartirse con otras ramas como el derecho penal y civil pero que han resultado

incorporados en la propia Constitución. Por lo tanto, es vital que exista un procedimiento que asegure el acatamiento y la reparación de los perjuicios causados por su vulneración. Por esta razón, el derecho procesal constitucional se encuentra legislado en los diversos códigos y leyes sobre procedimientos constitucionales en casi todos los países de Europa y América. Por lo tanto, se presume de una autonomía que cuenta con sus propios principios y con una teoría, con unas normas que regula la parte orgánica, además de la actividad jurisdiccional, es decir, la potestad de administrar justicia y las normas que presiden el procedimiento en lo procesal⁸⁶.

El derecho procesal constitucional se configura de varios elementos en los que se establece la supremacía de las normas constitucionales. Por esta razón, constituye el fundamento del juicio de constitucionalidad de las leyes, determina su validez y pertenencia al sistema jurídico. La supremacía constitucional es un concepto de la normativa constitucional y, por lo tanto, de carácter sustantivo, pero es también propio para los fines del derecho procesal constitucional⁸⁷.

El principio de proporcionalidad como componente importante del derecho constitucional, abre una jurisdicción constitucional que tiene la potestad de impartir justicia por parte de los jueces y magistrados. Comprende la facultad de juzgar, y hacer ejecutar lo juzgado incluso a través de otras autoridades. La Constitución crea la competencia y la reparte entre órganos judiciales ordinarios y la Corte Constitucional.

Dado lo anterior en cuanto a los rasgos más determinantes del derecho procesal constitucional, se tiene que comprender que por ningún motivo se debe descuidar la *interpretación* y la aplicación de las normas propias del derecho procesal constitucional por parte de los operadores jurídicos y de sus principios como el de informalidad, celeridad, preferencia, sumariedad, buena fe, intermediación, entre otros. Justamente, es

⁸⁶ Op.cit., Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo*,... p.40

⁸⁷ *Ibíd*em, p.42

por esta importante salvedad que el principio de proporcionalidad tiene tantas ventajas en su aplicación, como también tanta demanda en cuanto a su rigurosa aplicación. En consecuencia si se podría incluir a la proporcionalidad como método del procedimiento.

De esta manera se debe responder a las exigencias de certeza y predeterminación jurídica que fluyen de las formas jurisdiccionales pero operando sobre normas abiertas, indeterminadas y ambiguas que caracterizan a los derechos constitucionales positivizados en la Constitución como normas sustantivas o principios constitucionales.

La ductilidad, maleabilidad o flexibilidad de las normas procesales constitucionales legisladas o codificadas conceden una importancia destacada a la jurisprudencia⁸⁸. Igualmente es de destacar que las decisiones de los jueces en cuanto a la protección de derechos constitucionales y de la Corte Constitucional en lo que a control normativo se refiere , constituyen el cierre del sistema jurídico y, por eso, son mucho más libres de ponderar el valor de las normas procesales y su grado imperativo, ya que no existe control jurídico sobre sus decisiones a excepción de las sentencias judiciales que lesionen derechos constitucionales de las personas contra las que cabe la Acción extraordinaria de protección.

En términos procedimentales del derecho constitucional, es de vital importancia comprender que el control constitucional de todo el sistema jurídico necesario para que sea unitario y coherente y sirva para que la justicia ideada para la comunidad en general sea real, requiere de un mecanismo de defensa jurisdiccional que debe ser asumido por sujetos y un órgano ajenos al proceso de producción normativa. Éstos, mediante procesos constitucionales y las formas que prevé el derecho procesal constitucional, interpretarán y aplicarán la norma constitucional en el caso concreto decidiendo una sentencia e invocando, ante todo, la Constitución⁸⁹.

⁸⁸ *Ibíd*em, p.43

⁸⁹ *Ibíd*em, p.45

2.3 Contenidos esenciales de la argumentación jurídica

El argumento jurídico es uno de los más frecuentes y reviste una gran importancia en el ámbito jurisdiccional, pues con él se recurre a la jurisprudencia y a la doctrina que son sus vertientes principales. La teoría de la argumentación o del debate, abraza las artes y las ciencias del debate civil, dialéctica parlamentaria, diálogo, conversación y por supuesto la persuasión. Estudia las reglas de la inferencia, la lógica y las reglas de procedimiento en ambos sistemas. La argumentación se preocupa principalmente de llegar a conclusiones a través del razonamiento lógico, es decir, afirmaciones basadas en premisas.

Aunque en la teoría de la argumentación se incluye el debate y la negociación, las cuales están dirigidas a alcanzar unas conclusiones de mutuo acuerdo aceptables, la misma nos lleva a justificar el test de proporcionalidad, ya que es aquí en donde los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental.⁹⁰

Este arte y ciencia es con frecuencia el medio por el cual algunas personas protegen sus creencias o propios intereses en un diálogo racional, en simples coloquios o durante el proceso de argumentación y defensa de ideas. La argumentación es usada en la ley, en los juicios, para probar y comprobar la validez de ciertos tipos de evidencias. Los estudiantes de argumentación estudian las racionalizaciones *post hoc* mediante las cuales un individuo organizado puede justificar decisiones que han sido realizadas de forma irracional. El argumento de prestigio que se caracteriza con más claridad es el argumento jurídico, el cual utiliza actos o juicios de una persona o de un

⁹⁰ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 795.

grupo de personas como el medio de prueba a favor de una tesis. En tanto norma jurídica, la interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de derecho⁹¹.

A tal efecto pueden considerarse como ejemplos de argumento de autoridad por el órgano que las emite, en este caso de la Corte de Nacional de Justicia, quien emite su criterio revistiéndolo de los juicios que lo sustenten. Así, por ejemplo, se establece que los anteriores argumentos son fundados y suficientes para revocar la sentencia que se revisa, atendiendo a que la Corte en Pleno ha venido sustentando el criterio en el sentido de que la inconstitucionalidad de una ley no deriva de su contradicción con otra ley ordinaria, sino de su pugna con la Constitución. Por tanto, interpretar la Constitución es interpretar una norma jurídica, pero de especiales características que se vinculan a ciertas circunstancias dentro de un país⁹².

La función esencial de los procedimientos judiciales, en los cuales cabe la argumentación jurídica, es básicamente elegir o dictaminar entre las dos posiciones adversas, más que intentar lograr una posición intermedia y satisfactoria para ambas partes. Lo primero que hay que advertir es que se trata de un procedimiento racional que logra en una situación concreta, en la que colisionan principios constitucionales, determinar el que vence por tener mayor peso y así decidir la controversia. La ponderación como método pretende encontrar el camino para llegar al equilibrio entre los principios en conflicto y para hallar finalmente su compatibilidad. De ahí que Bernal Pulido nos dice:

La regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como resultado de una ponderación, debe ser aplicada a todos los casos idénticos y

⁹¹ Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Lima, Ciedla, 1997, p.26.

⁹² Op.cit., Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, p.26

análogos. La inaplicación de una regla de estas características a un caso idéntico o análogo debe fundamentarse con argumentos que tengan un peso mayor que los argumentos que juegan a favor de la aplicación de la regla.⁹³

Zavala señala que, por el contrario, con la ponderación siempre debe prevalecer uno que derrota al que se le ha puesto al frente para contradecirlo, debe prevalecer el que proporciona la justicia del caso⁹⁴.

El derecho es esencialmente una actividad argumentativa que tiene que ver con el lenguaje, con la lógica y con otras formas de argumentación un tanto soslayadas en la cultura jurídica contemporánea, como la tópica (es la parte de la retórica en sentido amplio que contiene el arsenal de ideas o argumentos con los cuales, por un lado, el orador piensa y organiza su pensamiento); la retórica (la técnica de expresarse de manera adecuada para lograr la persuasión del destinatario); y, la dialéctica (constituye el discurso en el que se contraponen una determinada concepción o tradición, entendida como tesis, y la muestra de los problemas y contradicciones, entendida como antítesis. De esta confrontación surge, en un tercer momento llamado síntesis, una resolución o una nueva comprensión del problema).

La idea que ha constituido un paradigma, en el mundo contemporáneo, de que la esencia del derecho reside en la norma, o que el derecho consiste en ciertas acciones subjetivas del juzgador, han sido poco a poco desplazadas por las nuevas teorías, de fundamento filosófico que muestran más bien que el derecho es una actividad práctica (aunque es relativa ya que la teoría tiene también una enorme trascendencia), incluso más, una especie dentro del género amplio de la argumentación práctica, tal como se da especialmente en el discurso ético y moral.

⁹³ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 795.

⁹⁴ Op.cit., Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo*,...p.86.

La argumentación jurídica ha pasado a tener en la cultura jurídica contemporánea un valor singular gracias a varios factores que tomados conjuntamente ofrecen una explicación satisfactoria. En primer lugar, las concepciones del derecho características del siglo XX no han tomado en consideración que el derecho es una actividad hermenéutica.

La interpretación es un lenguaje en acción, lenguaje destinado a persuadir y convencer con el fin de establecer una cierta pretensión, sea de justicia o de verdad. Otro factor es de carácter práctico ya que el derecho es una actividad en la que los actores que intervienen deben dedicar un esfuerzo significativo a argumentar. Esto se ve con evidencia en el juicio oral y es característico de los actuales estados constitucionales de derecho en el que la interpretación de las normas implica otorgarle sentido⁹⁵.

En esta dimensión ha influido notablemente el derecho anglosajón que tradicionalmente ha sido un derecho argumentativo. Observa que los derechos continentales han aceptado e incorporado en sus prácticas la argumentación como núcleo central de la actividad de los jueces, pero también de los legisladores. Un tercer factor es el paso del Estado legislativo al Estado constitucional, es decir, un estado en el que la Constitución contiene un principio dinámico del sistema político jurídico, esto es, la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales. Los derechos fundamentales que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del derecho son mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Esto trae como consecuencia que el poder estatal ve limitado su poder en tanto tiene que justificar en forma clara sus decisiones. El estado democrático y las prácticas democráticas exigen también que el juez no tome sus decisiones exclusivamente mirando hacia el

⁹⁵ Op.cit., Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, p. 23.

interior de la institución jurídica, sino que debe hacerlo de cara a la comunidad ante la cual en definitiva debe responder. Es así como el estado legislativo está orientado a la defensa de la Constitución y de los derechos recogidos en ésta y el constitucional a una interpretación con sentido⁹⁶.

Todo ello supone en un estado constitucional el sometimiento completo del poder al derecho y a la razón. En definitiva, la regla más universal de control que rige la vida racional de los hombres es la regla de la razón. A cada momento en las disputas coloquiales y técnicas se suele aceptar un argumento por el grado de razón o no que contenga. La presencia o la ausencia de razón validan o desmoronan un argumento y por tanto una pretensión de justicia o de verdad⁹⁷. Por último, la democracia presupone a ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común. Habermas, quien pregona que la modernidad es un proyecto inacabado y siguiendo con la teoría crítica de los fundadores de la Escuela de Francfort, repiensa:

No es suficiente una racionalidad de los medios o instrumental, básica en la resolución de problemas técnicos; es precisa una racionalidad de las finalidades, que fomente la emancipación humana. Ahora bien, una racionalidad emancipadora exige que los individuos coordinen su acción con comunicación y consenso libre y racional, o sea, exige racionalidad comunicativa.⁹⁸

Ya en el aspecto netamente jurídico, la tradición ha centrado su atención en el razonamiento que debe hacer el magistrado al sentenciar, de ello tratan los textos de

⁹⁶ *Ibidem*, p. 58

⁹⁷ Hans Albert, *Razón crítica y práctica social*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 344.

⁹⁸ Jürgen Habermas, “¿Un no a la postmodernidad?”, Artículo publicado por el departamento de educación de Catalunya, 15.12.2010, en: <http://www.xtec.es/~lvallmaj/barrinou/haberma2.htm>

metodología del derecho, de razonamiento judicial y de argumentación jurídica. En esta perspectiva, el juez no soluciona el conflicto, sino que promueve imparcialmente el debate a fin que éste esclarezca el conflicto por los medios de crítica más racionales posibles. De modo que, si el debate fue pobre o superficial, el magistrado no puede resolver el conflicto, salvo en contra de quien tuviera la carga de la prueba. Por cierto, la prueba tampoco se constituye gratuitamente en un elemento a favor de las alegaciones, sino que es expuesta a examen en un debate, y solo si sobrevive al mismo es una auténtica prueba.

Es necesario interpretar la racionalidad jurídica de acuerdo con la teoría del discurso. No cabría hablar de una conexión necesaria entre la racionalidad discursiva y la jurídica, si con las afirmaciones y decisiones jurídicas no se planteara necesariamente una pretensión de corrección. El que se plantee necesariamente tal pretensión se pone de manifiesto, entre otras cosas, porque un fallo que negara explícitamente esta pretensión incluiría una contradicción y, por ello, sería incorrecto no sólo por razones morales. La argumentación jurídica supone un develamiento de la verdad progresivo que demanda de los operadores de la justicia, y en particular, del juez o jueza un sentido de justicia y ecuanimidad únicos para sopesar los argumentos y, bajo la ley y sus instrumentos, fallar en derecho. Justamente el principio de proporcionalidad obliga a un ejercicio cuidadoso de la ponderación de elementos junto con sus conclusiones.

La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y

demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirmen o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad⁹⁹.

Cuando la argumentación jurídica este referida al aspecto fáctico vinculado a la norma jurídica positivizada, ella se orientará a demostrar o refutar la verdad o probabilidad o la falsedad o el error sobre el caso. La resolución judicial es el acto procesal proveniente de un tribunal, mediante el cual resuelve las peticiones de las partes, o autoriza u ordena el cumplimiento de determinadas medidas. Dentro del proceso, doctrinariamente se le considera un acto de desarrollo, de ordenación e impulso o de conclusión o decisión¹⁰⁰.

En suma, la aplicación siempre se presenta en un caso concreto y lo que se busca es la solución a un conflicto específico. No se trata de establecer alguna regla para solventar los conflictos solucionando de manera unívoca todos los supuestos individuales, sino de dar solución únicamente al caso teniendo en cuenta sus circunstancias particulares que no tienen porqué repetirse en otros supuestos de colisión¹⁰¹.

La argumentación sobre el elemento fáctico consiste en abordar con precisión y claridad el caso, evitar la superficialidad; del modo que, resulte nítidamente reconstruida la identidad del hecho, que, a su vez, permita conocer lo esencial y las circunstancias del mismo, la causa y las condiciones por las que tuvo lugar, los efectos

⁹⁹ Op.cit. Hans Albert, *Razón crítica y práctica social*, p.114

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 116

¹⁰¹ Op.cit. Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo*,...p.87

que ha producido, las cualidades y condiciones de los protagonistas del caso. Todo esto permitirá que el caso sea subsumible en la hipótesis de norma jurídica positiva que se alega como medio de solución o para refutar esa tesis; o, en su caso, para elegir la norma jurídica no positivizada que sea compatible para lograr una solución racional del problema. En la argumentación concatenada sobre el aspecto fáctico se requerirá del apoyo de inferencias de la lógica enunciativa. Seguidamente, el elemento jurídico consiste en la aplicación de las inferencias jurídicas que fueran necesarias y suficientes para decidir el caso.

La motivación de las decisiones judiciales surgen como un principio constitucional de los que conforman el denominado debido proceso que impone como presupuesto de validez de las resoluciones de los poderes públicos, la motivación, la misma que debe contraerse a la enunciación de la normas o principios jurídicos en que se funda, debiendo explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos estableciéndose sanción para los servidores públicos responsables de tal omisión constitucional.

La motivación tiene por finalidad evidenciar que, el fallo es una decisión razonada en términos de derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, lo que se logra también con la motivación es controlar la independencia de los jueces, sean de la Corte Nacional de Justicia como de la Corte Constitucional, ya que las consecuencias que se deriven de su falta pueden vulnerar gravemente la seguridad jurídica garantizada por el Estado. En cambio, en la argumentación jurídica como uno de los aspectos

relevantes del neoconstitucionalismo, se debate el problema de la especificidad de la interpretación constitucional¹⁰².

El neoconstitucionalismo, en cuanto teoría, constituye el núcleo de una nueva concepción del derecho en la que ya no cabe los moldes del positivismo jurídico. Una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el derecho como práctica argumentativa aunque, naturalmente, el Derecho no sea solo argumentación.

Ahora bien, una vez que hemos visto que la argumentación constituye principalmente el interpretar constitucionalmente, podemos hablar del principio de proporcionalidad como técnica de control de la actividad del juez, como parámetro de constitucionalidad de algunas decisiones judiciales. Además, la intervención del legislativo y la argumentación que lo respalda, deben tener un peso, por lo menor equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención del derecho fundamental¹⁰³.

No cabe duda de que la protección del valor jurídico de la Constitución tiene mucho que ver con la teoría jurídica de la interpretación, pues sólo si se utilizan métodos jurídicos para analizar contenidos objetivos que van a ser aplicados con criterios también objetivos, podrá hablarse propiamente de un orden jurídico constitucional.

El carácter normativo de la Constitución implica la necesidad de que su interpretación se acomode a reglas válidas para la interpretación de cualquier norma jurídica. Esta necesidad no niega la existencia de modalidades atípicas de cada sector del ordenamiento, pero tampoco puede eludirse apelando a estas modalidades e ignorando la indispensable estructura común. En el estado absoluto el juez era garante de los intereses de la autoridad; en el estado liberal clásico es garante de la ley (de ahí

¹⁰² Paolo Comanducci, *Modelos e interpretación de la Constitución*. EN: Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 41

¹⁰³ Op.cit., Ilva Myriam Hoyos (Editora), *La constitucionalización de las falacias...*, p.145

que los jueces se consideraban como “boca de la ley”) ¹⁰⁴. Es así como el juez se ha constituido siempre como un garante de algún interés y en un Estado constitucional, los jueces son garantes de los derechos de las personas reconocidos en la Constitución.

La problemática de la interpretación jurídica, común a todas las ramas del derecho, se presenta con especial agudeza en el derecho constitucional por las peculiaridades de la norma constitucional, precisamente porque su estructura dinámica y fragmentaria permite un continuo acomodo a la realidad social, porque su alto grado de generalidad y abstracción pretende constituir un programa, un marco de apertura de posibilidades para el legislador. El rol del juez ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y su libre actuación requiere en muchos casos que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas.

No se trata de interpretaciones jurídicas, sino de interpretaciones políticas, es decir, de diversas maneras de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción. Dworkin al respecto afirma que, los filósofos que insisten en que todos los abogados siguen ciertos principios lingüísticos para juzgar propuestas de ley y tal vez en forma inconsciente, han elaborado teorías para identificar estos criterios por medio de lo que él llama teorías semánticas de derecho ¹⁰⁵.

2.4 El papel del legislador en la creación de normas

El Parlamento representa el órgano que en principio debe solucionar las colisiones que puedan presentarse entre derechos fundamentales y que debe armonizar todas las exigencias normativas que emanan de los diversos mandatos de la

¹⁰⁴ Op.cit., Ramiro Ávila, *El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad*, p.329

¹⁰⁵ Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 36.

Constitución. El rol que puede y debe desempeñar en este sentido tiene que servir de mediador. Las medidas legislativas de desarrollo pretenden determinar en fines más específicos los objetivos abstractos trazados por la Constitución y adoptar medios para poder alcanzar unos y otros. La legislación hace ceñir las aspiraciones constitucionales a las circunstancias de la sociedad y las concreta en metas específicas, cuyo cumplimiento atañe a todos los poderes tanto públicos como privados¹⁰⁶. Es así como el legislativo no solo es mediador entre la sociedad y el Estado sino también mediador entre la sociedad y quienes administran y ejecutan la ley.

Hay que diferenciar el papel que juegan tanto el poder judicial como el legislativo, ya que por un lado el poder judicial utiliza medios como la ponderación, la subsunción, la argumentación, etc., por otro, los medios escogidos por el legislador no solo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados en la norma sino compartir en legitimidad, para de esta forma crear normas enmarcadas de razonabilidad y por consiguiente de aceptación positiva por la sociedad. El principio de proporcionalidad no solo busca fundamento legal sino una aplicación en la que los intereses jurídicos de otra persona o grupos no se vean afectados o, si sucede, que sea en grado mínimo¹⁰⁷.

En este sentido, la legislación transfigura los grandes sueños constitucionales en específicos planes de acción para que se hagan realidad mediante la constante interacción entre Estado y sociedad. Las medidas legislativas intentan arbitrar procedimientos y garantías de protección de los derechos tipificados en la Constitución para que se hagan efectivos en caso de trasgresión.

La Constitución tiene una lista extensa de derechos que abarcan varias generaciones, y que garantiza normativamente o en forma primaria. Por lo tanto, la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de

¹⁰⁶ Op.cit., Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p.499

¹⁰⁷ Carlos Gaviria, *Sentencias, herejías constitucionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 67-68.

adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Es en esta medida que en el Ecuador el Estado se convierte en garantista de los derechos y desde su emisión hasta su ejecución su rol está pensado para cubrir las necesidades del individuo y proteger su dignidad y valores como persona sujeta a derechos y deberes. Por lo tanto, el procedimiento para la emisión de leyes contará, como en el caso de la proporcionalidad, con un riguroso seguimiento que busca ante todo el bienestar del individuo. Todos los derechos fundamentales tienen una identidad esencial que se encuentra en su reconocimiento constitucional y sus titulares son todas las personas y comunidades.

Por último es importante hacerse la pregunta por el balance entre el legislador y la proporcionalidad como principio de interpretación. ¿Es posible emplear el principio de proporcionalidad como un canon de ley limitativa de los derechos y no solamente de sus actos de aplicación? Como se puede apreciar, éste principio, no constituye un canon de constitucionalidad autónomo sino que por el contrario, se complementa con otras medidas y principios que se sirven de su eficiencia y capacidad. A veces parece que la posición del legislador en el sistema constitucional democrático no se compadece con el empleo del principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad de sus leyes limitativas de los derechos.¹⁰⁸ Con base en lo anterior, Villaverde dice:

¹⁰⁸ Op.cit., Ignacio Villaverde, *La resolución de conflictos...*p. 186.

El margen de libre apreciación con el que el legislador puede decidir los términos en los que limita un derecho fundamental pugna con la posible exigencia de que además los límites que la Constitución le permite crear o concretar sean proporcionados. Tal exigencia supone que el legislador no puede elegir las medidas restrictivas del derecho fundamental a pesar de que la Constitución le habilita para ello. Es así como el Tribunal Constitucional en su relación con el legislativo se erige en el que decide las medidas que puede adoptar el legislador al excluir otras por tenerlas por desproporcionadas¹⁰⁹.

La proporcionalidad es en rigor un canon de la aplicación de los límites, con lo cual el legislativo que es quien crea las leyes y quien las hace cumplir o reforma, debe guardar siempre proporcionalidad en su creación normativa, especialmente con la tipificación de penas, ya que si el papel del legislador es el adecuado, tanto el juez, como la autoridad administrativa que aplique justicia, van a tener las herramientas necesarias para emitir fallos llenos de razonabilidad y éstos a su vez van a ser aceptados con agrado por la sociedad, aunque esto es también muy relativo, pues, van a existir momentos en que suceda todo lo contrario y la consecuencia más evidente y desastrosa sería la pérdida de seriedad y por ende del respeto y admiración a los jueces.

¹⁰⁹ Op.cit., Ignacio Villaverde, *La resolución de conflictos...*, p. 186-187

CAPÍTULO 3

Análisis de casos de aplicación del principio de proporcionalidad

Para una mejor comprensión sobre la utilidad de la aplicación del principio de proporcionalidad, en este capítulo analizaremos algunos casos de nuestro país y de países como Colombia y España que a lo largo del tiempo han tenido un significativo desarrollo de este principio.

3.1 Un examen de proporcionalidad en el derecho constitucional ecuatoriano: El caso Petroecuador- Ecuador¹¹⁰.

El 19 de noviembre de 2008, el presidente Rafael Correa Delgado, expidió el Decreto Ejecutivo No. 1440 en el que declaró el Estado de Excepción respecto de la empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, sus empresas filiales y la empresa PETROAMAZONAS. La finalidad de la convocatoria del Estado de Excepción es la recuperación de la capacidad operativa del sistema y la salvaguarda de los intereses nacionales, que se han visto amenazados por la deficiente administración de la petrolera estatal.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 166 establece que el Presidente de la República deberá notificar la declaración de Estado de Excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda, dentro de las 48 horas siguientes a la firma del Decreto correspondiente lo cual se realiza de manera impecable dentro de los términos previstos. La Corte Constitucional tenía como meta preservar el carácter normativo de la Constitución y la eficacia directa de la carta fundamental y particularmente de las garantías jurisdiccionales de los derechos. Este propósito es ponderado como constitucionalmente

¹¹⁰ Sentencia es la No. 001-08-SEE-CC, caso No. 0001-08-EE, juez Roberto Bhrunis Lemarie, Corte Constitucional ecuatoriana.

valioso desde la perspectiva de la definición del Estado ecuatoriano como Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En cuanto a la legitimidad constitucional de los medios escogidos como los de asumir directamente las competencias de interpretación y control constitucional que la nueva Constitución prevé, hay que decir que ante la ausencia normativa y el silencio de la Asamblea Constituyente se requería interpretar la Constitución para garantizar el cumplimiento de la meta propuesta y esta interpretación. No solo que no está prohibida por la Constitución, sino que la propia existencia del modelo constitucional depende del ejercicio de la atribución de interpretación constitucional.

De esta manera se llegaba a la conclusión de que los medios escogidos eran idóneos para el cumplimiento del fin propuesto. El juicio de proporcionalidad entre los medios, es decir, la asunción de competencias, y el fin perseguido, la preservación del principio de eficacia directa de la Constitución, determinaron que no había otro medio para lograr el fin sino ejercer directamente las atribuciones constitucionales correspondientes a la Corte Constitucional, sin transgredir el carácter normativo de la Constitución.

En cuanto al Estado de Excepción, se determina que es una potestad de la que disponen los Estados para conjurar problemas y defender los derechos de las personas que viven en su territorio y que, por una situación no previsible, no pueden ser garantizados con los mecanismos regulares y ordinarios establecidos en la Constitución y en la ley. El Estado utiliza, entonces, esta figura jurídica para solventar crisis extraordinarias y emergentes. Tanto el derecho internacional como el derecho interno de los Estados, admiten que en situaciones de crisis, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de algunos derechos con la finalidad de restablecer la normalidad

y el goce de otros derechos pero tomando siempre en cuenta que esa potestad en los estados de derecho es limitada¹¹¹.

Para el filósofo Italiano Giorgio Agamben, los estados de excepción contemporáneos imitan a la institución romana *iustitium* que significa la suspensión de todo orden legal que crea un verdadero vacío jurídico que pone a merced a todos los ciudadanos de lo que él llama el “poder desnudo”.¹¹²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que los Estados tienen el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, y que el único fin de los estados de excepción, es la defensa de la democracia, de las instituciones del Estado y el respeto de los derechos.¹¹³ En definitiva, la declaratoria de Estado de Excepción tiene como finalidad conseguir la normalidad institucional del Estado en épocas de crisis, y evitar o mitigar las amenazas a la propia existencia de la sociedad organizada. El Estado pretende la protección de la persona, de los miembros de la sociedad, no de la sociedad en sí misma como un ente abstracto o bajo el concepto de mayoría, pues de esa manera, cabría la posibilidad de infringir derechos individuales por el bien común.

Se considera que un Estado Democrático en su Constitución, debe estar dotado de instrumentos, que en época de graves emergencias, sirvan para conjurar situaciones críticas que puedan llegar a amenazar la subsistencia misma del Estado, aún cuando sea el precio de concentrar transitoriamente el poder en determinados órganos o personas y de restringir los derechos y las garantías constitucionales. Durante décadas se luchó por el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales. Antes se hablaba de deberes y no de derechos, luego se habló de derechos naturales, finalmente, dos siglos

¹¹¹ Op.cit., *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales...*p. 36

¹¹² Giorgio Agamben, “Estado de excepción”, *Revista de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol.25, No. 1, en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/324/32425124.pdf>

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, página de internet, en: <http://www.corteidh.or.cr>

después de luchas, se llegó a la positivización del derecho¹¹⁴. Ahora bien, tomando en consideración los principios de conservación del derecho y de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, es necesario subsanar esta falta de cumplimiento del texto de la Constitución para preservar el interés superior de todos los ecuatorianos relacionado con conjurar la grave crisis de gestión que tienen PETROECUADOR y sus filiales.

Por otra parte, la Corte Constitucional ecuatoriana, después de un análisis exhaustivo del Decreto Ejecutivo No. 1440 de 19 de noviembre del 2008, señala que reúne los requisitos formales determinados en el artículo 33 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, en el cual se señala la causa que dio lugar a la declaratoria del Estado de Excepción en la Empresa PETROECUADOR, y sus empresas filiales.

Así mismo, el texto del Decreto motiva de forma sucinta, pero suficiente, la necesidad de establecer medidas excepcionales para superar la crisis, tal como se analiza en el acápite relativo al análisis material de las medidas tomadas. En lo que atañe a la especificación de las medidas excepcionales tomadas, el Decreto dice:

- a) La movilización de las instituciones, bienes y recursos públicos, y en ciertos casos la requisición de bienes que fueren menester para lograr los resultados esperados en las actividades conducentes a superar la situación de disminución de eficiencia en la exploración, producción, industrialización, comercialización y transporte del petróleo;
- b) Así mismo determina el citado Decreto que estas medidas serán aplicables tanto a PETROECUADOR, sus empresas filiales como también a las obligaciones que tengan otras empresas en virtud de los contratos celebrados para las actividades petroleras; y,
- c) Dispone además la movilización nacional, económica y militar de la Fuerza Naval, con el propósito de superar la emergencia.¹¹⁵

En concreto, si bien el Decreto no los especifica, de la simple lectura de las medidas tomadas se desprende claramente que éste, potencialmente acarrearía la

¹¹⁴ Op.cit., Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 9

¹¹⁵ Decreto Ejecutivo No. 1440 de 19 de noviembre del 2008. Ecuador.

limitación de algunos derechos constitucionales como la propiedad, específicamente respecto de una probable requisición de bienes públicos, y, la autonomía contractual de todas las empresas que hacen parte del denominado sistema PETROECUADOR. Un requisito formal adicional para declarar la Constitucionalidad del Estado de Excepción, es el de la publicidad, es decir, dar a conocer al país y a los organismos internacionales de dicha declaratoria. Este requerimiento se cumplió según se desprende de su publicación en el Registro Oficial No. 477 de 28 de noviembre de 2008.

Es público y notorio que las empresas del sistema PETROECUADOR han disminuido drásticamente su eficiencia en todos sus niveles de actividad. En cuanto a la comprobación de la gravedad de la situación, es también evidente y pública la crisis financiera mundial, la caída de los precios del petróleo y la disminución de la producción, la cual ha puesto en riesgo la rentabilidad de la actividad petrolera ecuatoriana, la supervivencia de la propia empresa, la sostenibilidad presupuestaria del Estado y en última instancia la consistencia macroeconómica del país; lo cual a todas luces, es una situación crítica que puede provocar una grave conmoción interna y afectar la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia pacífica de las personas.

En cuanto a la necesidad de implementar medidas extraordinarias, esta se justifica desde el mismo momento en que se posesionó el Presidente Rafael Correa, quien junto a su gabinete económico, han implementado toda suerte de mecanismos ordinarios a fin de mejorar la gestión del sector petrolero ecuatoriano, sin obtener los resultados esperados. En ese sentido, es claro que existe una relación de causalidad necesaria entre la crisis del sistema PETROECUADOR y las medidas extraordinarias adoptadas por el Ejecutivo, y, en consecuencia, la declaratoria del Estado de Excepción

se torna en una necesidad imperiosa ya que los mecanismos regulares no son suficientes para evitar la amenaza de un colapso económico y social en el país.

El Principio de Proporcionalidad, se refiere a que las medidas a adoptarse durante el Estado de Excepción, no sean desproporcionadas en relación a los fines que persigue la declaratoria del mismo. Este principio se fundamenta en una causa de justificación penal, pues supone la existencia de un peligro inminente y exige una adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos para ser legítimos deben ser proporcionales a la gravedad del peligro. En el caso concreto, las medidas adoptadas por el ejecutivo son proporcionales frente a los hechos generadores de la crisis teniendo en cuenta el peligro que correría el Estado ecuatoriano en caso de no implementarlas.

En cuanto a la proporcionalidad de la limitación de los derechos fundamentales, es necesario reiterar que en un plano teórico el Estado tiene la obligación jurídica de reconocer y garantizar en toda circunstancia de tiempo y de lugar, ciertos derechos y sus garantías, ya que el simple reconocimiento de los derechos sin aquellas no tiene sentido. La restricción de ciertos derechos humanos, debe entonces estar justificada, limitada y guardar estricta relación con los motivos o causas que lo originan y que sean oportunas, es decir, que no debe existir otra alternativa para cumplir el fin. En el caso que nos ocupa, no se puede hacer una lista de los derechos que potencialmente pueden ser limitados o suspendidos, porque el Decreto no establece expresamente ninguna limitación a derecho algún, tal vez porque el estado de excepcion es un intento por tapar un vacío legal, y el objetivo es restablecer la legalidad.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la limitación de los derechos es intrínseca a los Estados de Excepción y que por consiguiente, desde una perspectiva garantista de la Constitución, el Estado ecuatoriano deber realizar todas las acciones

necesarias para evitar o mitigar excesos, esto de acuerdo a estándares internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. En ese sentido, esta Corte Constitucional debe inhibirse de pronunciarse al respecto en este momento, por cuanto en el Decreto No. 1440, no existe una limitación expresa de los derechos. Aún así, en la eventualidad de que se produjeran declaratorias de Estado de Excepción que llegaren a limitar derechos, éstas deberán ser conocidas por esta Corte Constitucional ya que si la Corte se inhibe de conocerlas, estaría legitimando con su omisión la vulneración tácita de derechos¹¹⁶.

El reconocimiento de los derechos fundamentales, el establecimiento de un conjunto de garantías que aseguren su plena eficacia, y la vinculación directa que ejercen sobre todos los poderes públicos, constituyen uno de los pilares del Estado constitucional. Sin embargo, la estructura dinámica y fragmentaria del texto constitucional, el alto grado de generalidad y abstracción que resulta del tenor literal de la mayoría de sus preceptos, hace que la problemática de la interpretación jurídica, común a todas las ramas del derecho, se agudice en este campo. He aquí una manera pragmática de entender lo procedimental del principio de proporcionalidad en casos que aquejan a la misma nación.

3.2. Caso: la declaración patrimonial - Ecuador.

En el Ecuador se decide como medida administrativa de control tributario la obligación de elaborar y presentar una declaración de los bienes propios de cada persona natural y su familia, con detalle de su valor, su identificación y su ubicación física, aun cuando esa declaración constituya una forma de conocer el modo de llevar la vida privada de cada quién. En otras palabras, la exigencia del derecho a la intimidad económica de todas las personas y familias se veía vulnerado en aras de la vigencia de

¹¹⁶ Causa 0001-08-EE. Quito, 4 de diciembre de 2008. Corte Constitucional ecuatoriana.

una medida administrativa de control tributario que busca una mejor recaudación impositiva¹¹⁷.

Es indudable, que en este caso hay dos derechos en conflicto. Por un lado, el derecho a la intimidad personal y familiar en su dimensión económica y, por el otro, el derecho de todos a pagar impuestos en forma equitativa, ni más ni menos uno que otro, para lo cual se requiere un control de la administración tributaria eficiente. Para determinar qué derecho prevalece, se debe aplicar el criterio metodológico de la ponderación. En primer lugar, se indaga por la idoneidad de la medida con respecto al fin perseguido, si es adecuada para ese objetivo que debe ser, además, constitucional. De igual modo, se indaga si la medida es apta o útil para la satisfacción del otro derecho y cuán alto es el grado de su adecuación o utilidad para el logro del fin.

De las anteriores consideraciones, que tuvieron como fin revisar los subprincipios del principio de proporcionalidad, se concluye que la medida de la declaración patrimonial es adecuada para controlar los ingresos de las personas y así poder confrontarlos con los declarados para exigir una mejor recaudación. Seguidamente se revisa la necesidad del sacrificio del derecho afectado, es decir, si no existe otra opción menos gravosa pero con el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin propuesto y constitucionalmente legítimo. Es de suponer que si la medida resulta que tiene varias alternativas para lograr la finalidad prevista no se puede superar la exigencia de necesidad del medio dispuesto.

Si hace falta alguno de los elementos anteriores, o bien no existen medios alternativos, o ninguno es menos gravoso, o ninguno tiene como mínimo el mismo grado, la exigencia impuesta por el principio de necesidad queda superada¹¹⁸.

¹¹⁷ Op.cit., Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo*,...p.89.

¹¹⁸ Op.cit., Jorge Zavala Egas, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo*,...p.89.

Solamente si la medida propuesta, la declaración patrimonial, ha superado los criterios de idoneidad y necesidad, como en efecto sucedió, pasa a enfrentarse con el último de los subprincipios, el de proporcionalidad en sentido estricto, que entra a determinar si el grado de satisfacción del derecho que prevalece compensa la lesión al otro derecho. Se determina racionalmente que los beneficios obtenidos superan los costes que estos conllevan. Para esto se parte de la premisa que todos los derechos tienen un peso abstracto igual pues todos son de igual jerarquía. No obstante, en lo que no son iguales es en su peso concreto, esto es, el que determina para cada derecho en contienda, la circunstancia concreta del caso.

Se puede apreciar claramente como todo el proceso argumentativo y deliberativo de la ponderación se hace sobre los subprincipios que determinan el principio de proporcionalidad y el análisis de cada subprincipio va arrojando luces sobre la mejor manera de dar tratamiento al tema y de ir sopesando los pro y contra que surgen en cada análisis. Sin duda, el proceso demanda una rigurosidad y una instrumentación jurídica única, además, de la disponibilidad de fuentes inmediatas que puedan ir secundando cada paso tomado. Por último, llegar a una conclusión acertada, después de cada valoración individual, amerita una cuidadosa ponderación para, en efecto, establecer la proporcionalidad en el caso de dos derechos en pugna.

3.3. El uso de drogas. Un caso foráneo de ponderación - Colombia¹¹⁹.

El consumo de drogas en el vecino país de Colombia está penalizado por la ley 30 de 1986. Lo que la ley procura es producir efectos psicológicos en toda persona que se encuentre subsumida en el consumo de drogas. No obstante, se observa que el estado colombiano se inmiscuye en la personalidad del individuo, queriendo incluso controlar su modo de actuar, su comportamiento. Tratando de poner en consideración las

¹¹⁹ Op.cit., Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias. Herejías constitucionales*, pp.5-20.

consecuencias de su conducta, o mejor dicho de su consumo, estigmatiza, y aún más, penaliza la conducta del drogadicto.

Ante lo indicado, la Corte Constitucional entra a examinar tres posibilidades que denomina hermenéuticas. Por un lado determina que un drogadicto se puede constituir por la falta de cariño, aprecio y comprensión familiar, por ende deben ser ajusticiables. Considero que en este ámbito no existe proporcionalidad en cuanto a la tipificación del acto, pues, el mismo viola el derecho fundamental internacional de libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la legislación tiene como objetivo preservar la integridad de la sociedad conocida como bien jurídico protegido. Si el drogadicto lo hace será porque su conciencia y hasta su conducta se inmiscuyen en su determinación, pero ello, aún siendo sus consecuencias nocivas, es propio de la personas, es su derecho a la libertad, y es precisamente ese derecho el que vulnera la ley 30 de 1986.

Ahora bien, existen otro tipo de vicios que no necesariamente son penalizados tales como el consumo de alcohol, tabaco y hasta medicinas. Quizá el legislador considera que estos consumos son comunes y no tiene tanta importancia, no obstante, el tabaco y el alcohol han generado similar cantidad de muertes a las que produce la droga.

En la Ley de Drogas ecuatoriana, la pena por tráfico ilícito, tenencia o transporte de drogas es de 12 a 16 años, mientras que un acto de terrorismo es castigado en el Código Penal con una pena de 4 a 8 años, al secuestro express de 3 a 6 años y al homicidio simple con una pena de 8 a 16 años. Como se puede ver, lamentablemente en nuestro país existe una evidente desproporcionalidad en la aplicación de penas, ya que secuestrar o matar a una persona es menos grave que transportar droga. Pienso que se hace necesaria una reforma a la Ley de Drogas para que en la misma existan normas que guarden proporción con las circunstancias del delito cometido, es decir, que tomen en cuenta no solo los antecedentes de las personas encontradas en delito, ya que en muchos

casos el transporte de pequeñas cantidades de droga, se realiza por la necesidad que genera la pobreza, recibiendo la misma pena que el mayor traficante quien muchas veces dirige bien organizadas bandas y que muy rara vez cumple su pena.

En el fallo de la Corte colombiana se determina claramente cuáles son las conductas que provocan las drogas y se hace una distinción entre las producidas por embriaguez y las que producen la droga. Se trata de dar proporción a la pena y, por ende, de preservar el bien jurídico protegido. El mayor deseo del legislador es controlar la conducta del drogadicto, pero el usuario o consumidor que de acuerdo con el dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el termino necesario para su recuperación.

En este caso no se aplicará multa o arresto. La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto el cuidado de la familia o remitirlo bajo la disponibilidad de esta, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquel, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva seccional de medicina legal. Eso es lo más proporcional que la corte establece, pues deja de lado la criminalidad del consumidor de drogas y lo convierte en un enfermo que necesita atención médica inmediata con el apoyo de entidades gubernamentales. La distinción es clara, una cosa son las conductas que ponen en riesgo a la sociedad por una persona bajo los efectos de una droga, y otra muy distinta el consumo de esa droga.

En la primera, la conducta puede convertirse en delito, en la segundo el consumo se hace por el derecho a la libertad que tienen cada individuo para hacer con su vida lo que quiera y consumir desde alimento hasta droga. En ciertas normas jurídicas como en la sentencia T_493 de la Sala Segunda de Revisión, hay implícita una discriminación

inadmisible para el drogadicto que tiene recursos económicos y para el que carece de ellos, pues mientras el primero puede ir a una clínica privada a recibir un tratamiento con los especialistas que el elija, el segundo se verá abocado a que se le conduzca a un establecimiento no elegido por él.

El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias. La primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen, solo por ella deben ser decididos, lo que significa arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Una vez que ha optado por la libertad, no se le puede temer. Los argumentos expuestos por la Corte no hacen más que ratificar una y otra vez que la norma que penaliza al drogadicto no tiene ningún grado de proporcionalidad, y es más, en ciertos casos pasa a ser discriminatoria del individuo, se lo asemeja a un delincuente y se le quita todo el derecho que tiene de rehabilitarse.

La libertad a la que varias veces se hace mención constituye un derecho fundamental. Se trata de preservar ese derecho, pero es inadmisibile que se lo haga mediante una ley, tratando de controlar la personalidad, la libertad, la autonomía del individuo. No puede pues, un estado, respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal, y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada.

Esos son los argumentos por los cuales la Corte Colombiana considera que la ley 30 de 1986 es inconstitucional, especialmente en aquella parte en la cual la ley obliga a una persona a tratarse médicamente de su adicción, poniendo en peligro su derecho a la

personalidad y libertad de ser. Para ser más explícito, si una persona es obligada a tratarse de su mal, es casi como si una persona sin ningún vicio, sea obligada a permanecer en una cárcel. De allí que cada quien es libre de elegir que enfermedades se trata y cuáles no. Por esas razones, la Corte concluye que la ley 30 de 1986, de la legislación colombiana, es inconstitucional.

3.4 Caso: Comandante Patiño I (SENTENCIA 171-1990) - España¹²⁰.

En este caso se puede señalar la complejidad de la tarea de delimitar los derechos a la libertad de información, al honor, a la intimidad personal y familiar; y a la propia imagen, ponderando estos factores afecta al hecho objeto de la información y a la forma en que esa información se llevo a cabo. Los hechos son fundamentales para comprender el siguiente caso. Los herederos del Sr. José Luis Patiño Arróspide, piloto del avión Boeing 727, que el 19 de febrero de 1985 en las proximidades del aeropuerto de Sondica (Bilbao-España) sufrió un accidente del que resultaron muertas 148 personas, demandan al Diario “El País” y al “Diario 16” como consecuencia de la información publicada sobre este hecho. Por intromisión ilegítima contra el derecho al honor, la intimidad e imagen del Sr. Patiño, solicitando entre otros pronunciamientos, una indemnización de 50 millones de pesetas.

Para el Tribunal Supremo la intromisión en el derecho al honor no está en el contenido de la información, es decir, en los hechos, sino en la forma en cómo se dieron a conocer esos hechos. Prescindiendo de si esos hechos son reales o no. Los demandados solicitan que se desestime la demanda por no constituir la información publicada intromisión ilegítima contra el derecho del honor ni ningún otro derecho a la personalidad. Se interpone demanda de amparo en contra de la sentencia de la Primera Sala del Tribunal Supremo, la cual desestimó el recurso de casación promovido contra

¹²⁰ Sentencia 171-1990 (12 nov.), publicada en la red española IRIS, en: <http://constitucion.rediris.es/juris/1990/STC171.html>

la sentencia dictada en grado de apelación por la Segunda Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, como consecuencia de autos incidentales del Juzgado Primero de instancia Num. 26, emitida sobre protección del Derecho al Honor, invocando los derechos a comunicar libremente información veraz y la tutela judicial efectiva.

El Juzgado de Primera Instancia # 26 de Madrid dictó sentencia estimando en parte la demanda y declarando que los periódicos demandados deben abonar a los demandantes la cantidad de 4 millones y 6 millones de pesetas respectivamente, por haber existido una clara intromisión ilegítima alegada del piloto. La sentencia anterior es apelada ante la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid y sin embargo es confirmada en sus partes. Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Territorial ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, este último declara no haber lugar a la casación, basándose en que la intromisión no está en el contenido de la información; es decir, en los hechos publicados, sino en la forma en que se ha hecho, por lo cual prescinde de que esos hechos sean veraces o no.

Finalmente, se interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en contra de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo aduciendo que se vulnera el derecho fundamental a comunicar información verás que reconoce y protege el Art. 20.1, literal d) de la Constitución Española. Se hace necesario la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto: intimidad y honor vs. libre información. El Tribunal Constitucional considera que el Tribunal Supremo al confirmar las sentencias de sus juzgados de inferior jerarquía, no ha ponderado adecuadamente los derechos constitucionales en juego y ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la comunicación libre de información veraz, que ampara el Art. 20.1 de la Constitución Española; por lo tanto anula la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Se interpone amparo ante la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, contra la sentencia de la Primera Sala del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Segunda Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en los autos incidentales seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número 26 de Madrid sobre protección al derecho al honor. En cuanto a los hechos que se exponen en la demanda tenemos:

1. Se interpone demanda sobre protección del Derecho al honor, en relación con las informaciones publicadas en los diarios “El País” y “Diario 16” (quienes señalaban que era “un cachondo mental”, “mal educado y grosero”, bebía demasiado” y que “tenía una enorme pasión por la cerveza”).

El 16 de octubre de 1985 se dicta sentencia en el Juzgado de Primera Instancia, condenando a los periódicos por intromisión ilegítima que se publica por resolución judicial firme y debiendo abonar como daños y perjuicios morales la cantidad de 4 y 6 millones de pesetas respectivamente.

3.5. Caso de proporcionalidad: Incentivos a quien presta el servicio militar-Colombia¹²¹.

El derecho en cuestión en el siguiente caso es el de la igualdad. Se trata del 10% que deben aumentar en las Pruebas ICFES, pruebas del Estado para Ingreso a la Universidad, por el hecho de que el/la estudiante ha prestado servicio militar en las Fuerzas Armadas. El problema que se genera tiene que ver con aquellos que no han prestado su servicio militar y que aspiran a ingresar a centros universitarios de formación. Obviamente, concursan en desigualdad de oportunidades la cual está amparada en un privilegio de índole militar que no tiene ningún vínculo aparente con lo

¹²¹ Op.cit. Carlos Gaviria, *Sentencias...*, pp. 63-70

académico. El caso ha de ventilarse aplicando una metodología ponderativa de interpretación como el principio de proporcionalidad.

Apelando a la formulación clásica del derecho a la igualdad, nos atenemos a que nacemos libres e iguales por lo cual no ha de tenerse en cuenta privilegios de cuna, familia o dinero ya que frente a la ley somos todos iguales y no prima ningún favor especial frente a ésta. Interpuesto este fundamento constitucional y primario, que subyace a cualquier derecho, pasamos a realizar un test de razonabilidad que permita esclarecer en la evaluación de la justificación de un trato desigual, la lógica predominante de la razonabilidad que se funda en la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos.

El concepto de proporcionalidad comprende los tres conceptos parciales como son el de adecuación o idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en estricto sentido. Con el primero nos cercioramos de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido. Con el segundo establecemos la necesidad de utilizar dichos medios para el logro del fin, en el sentido de que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de estos medios. Por último, se establece una relación entre los medios y el fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

Para el caso del derecho a la igualdad, el principio de proporcionalidad se podría desglosar de la siguiente manera en tanto que un trato desigual no vulnere el principio:

1. Nuestra conclusión al respecto debe ser adecuada para el logro del fin que sea constitucionalmente válido.

2. Nuestra conclusión o determinación final debe establecer que no existe un medio menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin.
3. El trato desigual sobre el que se va a discurrir no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. En otras palabras, los medios escogidos por el legislador no solo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados en la norma sino compartir en legitimidad. El principio de proporcionalidad no solo busca fundamento legal sino una aplicación en la que los intereses jurídicos de otra persona o grupos no se vean afectados o que suceda en grado mínimo.

Por lo tanto, concerniente al caso se resuelve:

1. Una cosa es incentivar una práctica militar y otra muy distinta aplicar a un plantel de formación. El incentivo no se compadece con el fin, es decir, no se explica la manera como se puede justificar el incentivo de origen practico-militar con el ejercicio de formación académica. El privilegio otorgado por la disposición acusada no guarda relación de conexidad con el tipo de actividad realizada por el individuo que presta el servicio militar.
2. El trato desigual al incentivar el servicio militar no es proporcional con el número de estudiantes que, necesitando ingresar a centros de formación, no tienen un registro de servicio militar que les ponga en igualdad de condiciones.
3. Aceptar el trato desigual no es solamente desnaturalizar las pruebas del estado al ingreso de la universidad sino introducir un trato desigual y desproporcionado contra los candidatos a ingresar a centros de educación que no han prestado el servicio militar. Por tanto se comprueba una diferenciación irrazonable en las

oportunidades de acceso a la educación superior, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar teniendo méritos académicos. Es así como se declara inexecutable el artículo 40, literal b, de la ley 48 de 1993 en cuanto al incentivo del 10% de aumento para con las pruebas del ICFES haciendo la salvedad que no se prohíben el establecimiento de estímulos o incentivos sino la correlación entre un asunto de una naturaleza que se cree conveniente como incentivo para algo totalmente distinto en naturaleza y, por lo cual, causante de desmejora en un derecho fundamental como el de la igualdad.

3.6. Caso: Afianzamiento en materia tributaria.- Ecuador.

Mediante providencia del 24 de junio del 2009, la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N." 2-1S, con sede en Guayaquil, resuelve suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente N." 016-2009-1S en consulta a la Corte Constitucional, para que acorde a lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República resuelva sobre la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley s/n, Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N." 242, del 29 de diciembre del 2007, que agregó a continuación del artículo 233 del Código Tributario un artículo innumerado, **que obliga a la parte actora a presentar caución por el 10% de la cuantía de la demanda**, por considerar que su contenido no guarda armonía con lo previsto en los artículos 75 y 427 de la Constitución.

Respecto a la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, constante en el artículo 233, numeral 1 del Código Tributario, se han presentado varias consultas de constitucionalidad sobre la misma norma. En tal virtud, y por existir identidad de objeto y acción, La Corte Constitucional

ha dispuesto la acumulación de varias causas a la primera que conoció este organismo, que fue el caso N.O 0021-09-CN.

En el caso *sub examine*, la Corte constata que el afianzamiento en materia tributaria *per se*, no es una norma inconstitucional por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo; es decir, la inconstitucionalidad deriva de la forma como fue prevista por el legislador (momento en que se requiere de la rendición de la caución), mas no de lo que regula o pretende regular.

Por lo tanto, se declarara la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero bajo la condición de que la caución del 10% sea presentada una vez calificada la demanda, preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva.

En definitiva, del análisis de los casos remitidos en consulta se desprende que el artículo agregado a continuación del artículo 233 del Código Tributario, por el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, es constitucional, y por tanto, compatible con la norma constitucional contenida en el artículo 75, siempre que el afianzamiento en materia tributaria se realice conforme lo expresado en la presente sentencia, que busca proteger el derecho constitucional de las personas al acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

Decisión del caso:

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, dicta sentencia señalando principalmente lo siguiente:

1. Declara la constitucionalidad condicionada del artículo agregado a continuación del artículo 233 del Código Tributario, por el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, relativo al afianzamiento en materia tributaria.

2. Declara, como consecuencia de lo resuelto precedentemente, que la disposición referida será constitucional, hasta que la Asamblea Nacional, en uso de la atribución contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, realice la reforma necesaria, y por tanto, la norma consultada será constitucional, siempre y cuando se aplique e interprete el inciso primero y final del mencionado artículo 7.

CONCLUSIONES

Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el principio de su eficacia directa, que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un derecho fundamental o constitucional. Esa es la importancia de la Constitución como norma suprema para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático. Pudiera darse el caso en que se requiera del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, por ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional.

Una primera consecuencia de que los derechos sean directamente aplicables es que siendo anteriores o preexistentes a la ley, no puedan ser restringidos por el legislador hasta el extremo de desvirtuar su contenido. Si esto se pretendiere, las leyes que se expidan con tal finalidad resultan ser inconstitucionales conforme el Art. 11, numeral 4 de la Constitución. Esto viene a ratificar el aserto de que los derechos son anteriores a la actividad del legislador que pretende limitar su directa y efectiva aplicación. La acción extraordinaria de protección se presenta ya con resultados positivos frente a resoluciones judiciales en firme, en los casos en que por acción u omisión se han vulnerado garantías del debido proceso.

En especial al aplicar el principio de proporcionalidad en los fallos judiciales u otros derechos reconocidos en la Constitución, como el derecho a la defensa, en que la Corte Constitucional ha aplicado correctamente el principio de ponderación cuando ha tenido que resolver entre la preeminencia del principio de la celeridad procesal vs. el derecho de defensa. Así resolvió la aplicación del derecho a una tutela judicial efectiva a través de la inviolabilidad de la defensa, prevista en el Art. 75 de la Constitución

vigente, resolviendo la declaratoria de nulidad de una resolución de llamamiento a audiencia de juicio, mientras no se cumpla con la comisión librada¹²².

¿Cómo deberían entender los jueces los contenidos esenciales del principio de proporcionalidad en relación con la motivación? ¿De qué manera se puede elaborar una línea jurisprudencial que permita enjuiciar la validez del modelo de argumentación propuesto? ¿Qué perspectivas se pueden abrir una vez considerado el principio de proporcionalidad en sus consideraciones hermenéuticas para la protección de los derechos? Estas y otras preguntas relevantes suscitan un sin número de aproximaciones diversas al que, sin duda, nos podríamos plegar en la urgencia de quedarnos con una pequeña porción de la reflexión aquí presentada.

Que el principio de proporcionalidad sea la regla que determine el resultado del juicio sobre la prevalencia de un principio a costa del sacrificio de otro tiene que ver con el hecho de que no hay obligación alguna de sacrificar un derecho subjetivo si no es en beneficio del imperio de un criterio de justicia material. Sin embargo, más allá de lo estrictamente necesario, se justifica restringir el derecho subjetivo en forma proporcionada para que ese criterio de justicia material se concrete. Por ejemplo, se debe sacrificar el derecho al disfrute de la renta producida por el trabajo personal contribuyendo al Estado para que desarrolle la obra de prestación de servicios públicos a que tienen derecho los demás.

No obstante, el sacrificio hecho a mi derecho para la satisfacción del derecho de los demás, debe ser proporcionado y no exigirse más de lo que sea necesario y que mi capacidad económica determina como suficiente. La proporcionalidad como regla de los subprincipios o criterios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para evaluar la medida a ser adoptada. En otras palabras, debe reunirse

¹²² Sentencia del 19 de mayo de 2009, No. 009-09-Sep. EP.

estos tres criterios de manera mínima para poder llegar a un consenso racional en el que la medida pueda representar ciertos cinismos de satisfacción tanto a las aspiraciones personales de cada quien como a las leyes establecidas que regulan la sociedad humana.

Hasta la Constitución de 1998, el Ecuador se regía bajo una concepción ideológica de un Estado liberal de derecho, en el que el poder público actúa conforme a la ley, donde desaparece la voluntad del gobernante y se entroniza el gobierno de la ley que es la expresión de la voluntad del pueblo soberano. Desde esta fecha nace el Estado constitucional con fuertes elementos del Estado garantista en donde prevalecen los derechos fundamentales, un sistema de garantías normativas y judiciales y se mantiene un rezago de una concepción legal del Estado.

Con un fuerte peso de la ley como constitutiva del Estado de Derecho, las constituciones terminaron siendo cartas políticas y los derechos constitucionales solo tendrán eficacia jurídica en la medida en que la ley se los reconociera constituyendo un límite a la legislación. Un Estado así se caracteriza por el carácter normativo de la ley, la aplicación de la Constitución a través de la ley y una jurisprudencia interpretativa de la ley como fuente primaria de todo el derecho. No obstante, el constitucionalismo contemporáneo, genera el desarrollo de una renovada teoría jurídica, muy distinta al positivismo legalista y que mantiene en la cumbre a renombrados juristas y filósofos del derecho a nivel mundial.

En principio, el nuevo constitucionalismo es un derecho más de principios que de reglas, hace uso mayormente del método de ponderación que el de subsunción para la aplicación del derecho, la plenitud constitucional en el ordenamiento jurídico deja menos espacio para la ley, el juez tiene más poder que el legislador para la determinación de los derechos pues éste maneja un sin número de contextos y herramientas para aplicarlos mientras que aquel solamente puede desarrollarlos.

Finalmente, el nuevo constitucionalismo mantiene una apertura a que cohabiten valores plurales que eventualmente pueden colisionar, en lugar de cerrarse en un escaso número de principios coherentes y compatibles.

Bajo los presupuestos anteriores, la concepción de un Estado garantista es la del Estado constitucional de derecho, es decir, aquel que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y el rechazo al ejercicio del poder arbitrario. Es así como cuando se asume el garantismo, se vinculan los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos. Este Estado constitucional de derechos es una superación del Estado liberal de derecho porque al contener el Estado liberal una serie de prohibiciones y limitaciones al poder público estatal para garantizar los derechos individuales, el Estado social de derecho satisface la demanda de derechos sociales mediante prestaciones y obligaciones del poder público, es decir, se sirve del Estado para proteger aquellos derechos que favoreciendo a una mayoría, terminan por beneficiar al propio individuo.

Lamentablemente, en nuestro país no existen muchas sentencias que traten sobre el principio de proporcionalidad ya que la jurisprudencia todavía no ha conseguido un mayor desarrollo como en otros países como Colombia, Alemania y España, pero por medio de este trabajo aspiramos ayudar en la consecución de un mejor desarrollo.

Ecuador es ahora un Estado constitucional de derechos que mantiene todavía un *deber ser* frente a un *ser*, es decir, que se mantiene alejado de la realidad (*ser*) pero que el proyecto, por lo menos, se sostiene bajo parámetros que se harán respetar y se llevarán hasta las últimas consecuencias (*deber ser*). Esta creación artificial que obedece a los lineamientos del *deber ser* son el Estado constitucional de derechos en el que se crea un sistema de garantías que se ordenan para el amparo de los derechos fundamentales.

El nuevo Ecuador es un Estado garantista que sale como creación de la nueva carta constitucional de 2008. Sin duda, en este nuevo orden de ideas y de creaciones artificiales que dan sustento a una sociedad como la ecuatoriana, el rol de los operadores de justicia, en particular, los magistrados y jueces de la Corte Constitucional tendrán la responsabilidad de mantener dicho orden bajo prescripciones de normas justas, derechos bien implementados y ponderados para todas y todos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *La fórmula de peso*, EN: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Aristóteles, *Ética Nicomáquea, Libro V*, Madrid, Editorial Gredos S.A., 1993.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad*, EN: Miguel Carbonell (Editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, EN: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Carbonell, Miguel, (Editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, EN: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Códigos Penal y de Procedimiento Penal*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Comanducci, Paolo, *Modelos e interpretación de la Constitución*. EN: Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Comisión Andina de Juristas, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Lima, Ciedla, 1997.
- Decreto Ejecutivo No. 1440 de 19 de noviembre del 2008. Ecuador.
- Dueñas, Oscar José, *Hermenéutica jurídica*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel S.A., 1995.
- Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales*. EN: Miguel Carbonell (Editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*, EN: Miguel Carbonell, *Estado de derecho*, México D.F., Siglo XXI editores, 2002.

- Gaviria, Carlos, *Sentencias, herejías constitucionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Hans, Albert, *Razón crítica y práctica social*, Barcelona, Paidós, 2002.
- Hoyos, Ilva Myriam, (Editora), *La constitucionalización de las falacias, Antecedentes de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2005.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, EN: *Constitución de la República del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Prieto, Luis, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, Interamericana de España, 1997.
- Prieto Sanchís, Luis, *El Constitucionalismo de los Derechos*. EN: Miguel Carbonell (Editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, *El juicio de ponderación constitucional*. EN: Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 1ra. Edición, 2007.
- Villaverde Menéndez, Ignacio, *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*, EN: Miguel Carbonell (Editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Vigo, Rodolfo L. (coordinador), *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., Primera edición corregida, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos justicia*, Madrid, Trotta, 1997.
- Zavala Egas, Jorge, *Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad y proceso constitucional. Un caso: La declaración patrimonial*, Guayaquil, 2009.

LINKOGRAFIA

- Agamden, Giorgio, “*Estado de excepción*”, *Revista de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol.25, No. 1, en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/324/32425124.pdf>
- Caballero, José Francisco, “*La teoría de la justicia de John Rawls*”, artículo publicado por la Universidad Iberoamericana de México, 14.12.2010, en

http://www.uia.mx/actividades/publicaciones/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, página de internet, en: <http://www.corteidh.or.cr>

Habermas, Jürgen, “¿Un no a la postmodernidad?”, Artículo publicado por el departamento de educación de Catalunya, 15.12.2010, en: <http://www.xtec.es/~lvallmaj/barrinou/haberma2.htm>

Luigi Ferrajoli, “Sobre los derechos fundamentales”, Revista Cuestiones Constitucionales No. 15, México, 2006, en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2172/0>.

SENTENCIAS:

Causa 0001-08-EE. Quito, 4 de diciembre de 2008. Corte Constitucional ecuatoriana.

Sentencia 171-1990 (12 nov.), publicada en la red española IRIS, en: <http://constitucion.rediris.es/juris/1990/STC171.html>

Sentencia del 19 de mayo de 2009, No. 009-09-Sep. E

Sentencia No. 001-08-SEE-CC, caso No. 0001-08-EE, juez Roberto Bhrunis Lemarie, Corte Constitucional ecuatoriana.