

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

**¿Ponderación en abstracto por parte del legislador democrático?
Un mecanismo para prevenir la constitucionalidad de las medidas de
intervención legislativa que regulan los derechos**

André Mauricio Benavides Mejía

Tutor: Holger Paúl Córdova Vinueza

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derechos de publicación

Yo, André Mauricio Benavides Mejía, autor del trabajo intitulado **¿Ponderación en abstracto por parte del legislador democrático? Un mecanismo para prevenir la constitucionalidad de las medidas de intervención legislativa que regulan los derechos**, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

24 de septiembre de 2020

Firma: _____

Resumen

El legislador en el Estado constitucional está obligado a adecuar formal y materialmente las leyes a los derechos previstos en la constitución y en los tratados internacionales; no obstante, esta no será una tarea sencilla, ya que al ser principios abiertos, genéricos y abstractos pueden entrar en contradicción, lo cual ha determinado que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa y política deba regular su contenido a través de medidas de intervención legislativa.

En dicho contexto, se ha señalado que la intervención legislativa en el derecho podría implicar su violación al no existir un fin constitucional legítimo que lo justifique y por restringir su contenido más allá de lo constitucionalmente permitido.

Este trabajo busca hacer frente a esa situación a través de la ponderación en abstracto como un mecanismo que permita al legislador en el marco del procedimiento parlamentario prevenir la constitucionalidad de las medidas de intervención legislativa que regulan los derechos.

Si bien la ponderación de derechos ha sido empleada específicamente en la justicia constitucional, en esta investigación se establecerá su propio alcance y uso con las características que supone hacerlo en una instancia de deliberación política y democrática como es el caso de la Asamblea Nacional del Ecuador.

Palabras clave: ponderación, principio de proporcionalidad, libertad de configuración legislativa, Asamblea Nacional, legislador, ley, derechos.

A Víctor Hugo, Wilma, María José y Ramona.

Agradecimientos

A Dios, quien me bendice y acompaña en todo momento.

A mi familia y a Kathye por su cariño y apoyo incondicional.

Al profesor Paúl Córdova, quien con suficiencia y rigurosidad académica me ha motivado y guiado diligentemente en la realización de esta tesis.

A mis profesores de la Especialización y Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador, en especial, a los maestros Marco Navas Alvear y Agustín Grijalva

Tabla de Contenidos

Introducción	13
---------------------------	-----------

Capítulo primero

El legislador en el Estado constitucional

1. La Función Legislativa: fundamento político y democrático	17
2. La ley: características formales y materiales	19
3. El legislador en el Estado constitucional	23
4. La garantía constitucional normativa de los derechos	29
5. ¿Cuál es el alcance de la libertad de configuración normativa y política del legislador en el Estado constitucional?	33

Capítulo segundo

El principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos en abstracto por parte del legislador democrático

1. Reglas Vs. Principios: naturaleza y diferencias	37
1.1. Reglas	37
1.2. Principios	41
2. El principio de proporcionalidad en un contexto legislativo	45
2.1. Fundamento jurídico - político del principio de proporcionalidad	45
2.2. El núcleo esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad como límites a la intervención legislativa	49
2.3. El principio de proporcionalidad: control <i>ex post</i> y <i>ex ante</i> a la intervención legislativa que regula derechos	54
3. Estructura del principio de proporcionalidad en el ámbito legislativo	63
3.1. Aproximación sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la intervención legislativa de los derechos	63
3.2. Estructura y subprincipios del principio de proporcionalidad: aplicación y ponderación de derechos en sede legislativa	65
3.2.1. Idoneidad o adecuación	65

3.2.2. Necesidad	70
3.2.3. Ponderación en abstracto.....	73
3.3. Riesgos y retos de la ponderación en abstracto	79

Capítulo tercero

Procedimiento de formación legislativa y ponderación de derechos en abstracto por parte de la Asamblea Nacional

1. Procedimiento legislativo y el principio democrático: consideraciones generales	85
2. Reserva de ley: ámbito de regulación de los derechos y problemática actual	87
3. La democracia deliberativa como discurso argumentativo que fundamenta la ponderación de derechos en la Asamblea Nacional	92
4. Ponderación en abstracto por parte de la Asamblea Nacional	95
4.1. Eliminación de la caución en los procesos de recusación: Reforma al Código Orgánico General de Procesos	95
4.2. Eliminación del impuesto verde: Ley Derogatoria al Impuesto Ambiental por Contaminación Vehicular.....	102
4.3. Inhabilidad laboral para las personas que han cometido delitos sexuales en contra de niñas, niños y adolescentes: Reforma al Código Orgánico Integral Penal	109
Conclusiones.....	115
Bibliografía	117

Introducción

El legislador en el Estado constitucional no se limitará a ser solo un representante político que legisla y fiscaliza, sino que fungirá como un auténtico garante de los derechos y de los principios constitucionales conforme lo ha reconocido la Corte Constitucional del Ecuador;¹ tal es así, que está obligado a adecuar formal y materialmente las leyes a los derechos previstos en la constitución y en los instrumentos internacionales, lo cual supone que su producto normativo sea una garantía a favor de los ciudadanos y no una *actividad libre en el fin* en la que se imponga la agenda política de las mayorías coyunturales del parlamento sobre los derechos como ocurría en el Estado legislativo.²

La adecuación de la ley a los derechos no será una tarea sencilla, ya que al ser principios abiertos, genéricos y abstractos pueden entrar en contradicción, lo cual exige la intervención del legislador para regularlos, siendo una de las posibilidades la limitación hacia su contenido.³ En dicho sentido, se ha advertido que la medida de intervención legislativa hacia el derecho podría implicar su violación al no existir un fin constitucional legítimo que lo justifique y por restringir su contenido más allá de lo constitucionalmente permitido.

Esta situación ha sido abordada por la justicia constitucional mediante la aplicación de la ponderación como criterio para evaluar la validez de la intervención legislativa, especificando que la limitación de un derecho se justifica por la satisfacción de otro, el límite de la regulación legislativa es el núcleo esencial del derecho y el procedimiento para conseguir aquello es el balance de las desventajas que trae la limitación de un derecho frente a las ventajas que acentúan el ejercicio de otro.⁴

Como se puede evidenciar, la ponderación en sede jurisdiccional se la realiza en un contexto en el que la medida de intervención legislativa ya se encuentra vigente y generando efectos jurídicos; sin embargo, se ha reconocido que el legislador lo hace *ex*

¹Ecuador Corte Constitucional, Dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019. Esta alta Magistratura ha señalado que “[...] el órgano con potestad para emitir normas, en particular el Legislativo, se erige en el garante de los derechos y principios constitucionales. Es así que, en el proceso de formación de las leyes, debe regular las relaciones y situaciones jurídicas de tal modo que no excedan o invadan el contenido esencial de los derechos y disposiciones fundamentales [...]”.

² Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Vol. II (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 953.

³ Carlos Bernal Pulido, “Principio de proporcionalidad” en *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, coord. David Ortiz y Katty Aquize (Lima: Ara Editores, 2013), 438-9.

⁴ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 351.

ante y de forma abstracta para evitar inconstitucionalidades,⁵ ya que en el debate parlamentario se presentarán razones que apoyan una intervención legislativa que limita el contenido del derecho, pero que entrarán en deliberación junto a otras razones que cuestionan a esa acción y que pueden ser resueltas con el balance de los beneficios y reparos que pueden causar para los derechos en cuestión.⁶

Bajo ese contexto, la hipótesis a demostrar a lo largo de este trabajo será si la ponderación en abstracto por parte del legislador puede considerarse como un mecanismo que permita prevenir la constitucionalidad de las medidas de intervención legislativa que regulan los derechos. Todo esto, con el objetivo de preservar los derechos frente a aquellas leyes que puedan comprometer su ejercicio por una defectuosa configuración normativa.

La novedad y relevancia del tema que se propone en esta investigación radica en el escaso estudio sobre la ponderación de derechos en sede legislativa, ya que la mayor parte de la literatura jurídica sobre la materia se ha circunscrito a analizar y cuestionar la que es realizada en la justicia constitucional y solo se ha limitado a reconocer referencialmente la que es efectuada por el legislador, sin especificar su alcance, características, efectos y aplicación.

En esta tesis el método de investigación empleado ha sido el deductivo, ya que se analizará desde lo teórico general a lo normativo particular; por otra parte, al ser un trabajo en Derecho, se ha utilizado la hermenéutica jurídica como técnica para procesar el contenido de fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales que permitan sustentar el objeto de estudio que está estructurado en tres capítulos con las respectivas conclusiones.

El Capítulo primero de esta tesis tiene por objeto establecer el rol que tiene el legislador en el Estado constitucional, para el efecto: se contextualizará sobre el fundamento político y democrático de la Función Legislativa, las competencias que ejerce y las características de la ley; por otra parte, se analizará la transición del legislador del Estado legislativo hacia el Estado constitucional a partir de la visión de los derechos y su regulación en la ley; se revisará la incidencia de la garantía constitucional normativa en el desarrollo de los derechos por parte del legislador; y finalmente, se determinará el

⁵ Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de la Teoría del Derecho* (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 150. Es necesario precisar que la denominación de esta modalidad de ponderación se la ha acuñado en función de una de las características materiales de la ley que es la abstracción, la cual delimita que esta ponderación no sea realizada en función de una persona, un caso en particular o cuyos efectos sean *inter partes*, sino, conforme al interés general o común de los ciudadanos.

⁶ José Juan Moreso, "El encaje de las piezas del derecho" en *Revista Isonomía*, No. 14, (México: Instituto Tecnológico de México, 2001), 138.

alcance de la libertad de configuración normativa y política del legislador en el Estado constitucional.

El Capítulo segundo tiene por finalidad determinar cómo la ponderación en abstracto por parte del legislador previene la constitucionalidad de las medidas de intervención legislativa que regulan los derechos, para cumplir con aquello: se revisará la naturaleza y diferencias entre principios y reglas; se analizará el núcleo esencial y el principio de proporcionalidad como límites a la intervención legislativa; se desarrollará a partir de la estructura del principio de proporcionalidad una propuesta que guíe la intervención legislativa de los derechos, en cuya última fase, la de ponderación en abstracto, el legislador pueda determinar si esta goza o no de presunción de constitucionalidad; y finalmente, se anotarán algunos retos y riesgos de la ponderación de derechos en sede legislativa.

El Capítulo tercero de esta tesis busca demostrar a nivel práctico en el marco del procedimiento de formación legislativa la aplicación de la ponderación de derechos en abstracto: se explicará en líneas generales el procedimiento legislativo en un ámbito de ponderación de derechos; se realizarán algunas precisiones y cuestionamientos al alcance de la reserva de ley como ámbito de regulación de los derechos; se indicará cómo la democracia deliberativa argumenta y fundamenta las decisiones que son adoptadas por los órganos legislativos; y, presentaremos tres ejemplos en los cuales el legislador ponderó derechos conforme a la propuesta planteada en el Capítulo segundo.

Por todo lo expuesto, espero que esta investigación y los resultados alcanzados coadyuven a mejorar la calidad de las leyes reguladoras de los derechos y de la deliberación legislativa como parte del proceso político y democrático que se vive en la Asamblea Nacional del Ecuador.

Capítulo primero

El legislador en el Estado constitucional

1. La Función Legislativa: fundamento político y democrático

El Estado –en palabras de Borja Cevallos– es “[...] el régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre. Se caracteriza esencialmente por la ordenación jurídica y política de la sociedad”.⁷ Por su parte, el profesor Trujillo Vásquez conceptualiza de manera más amplia al Estado en los siguientes términos: “[...] es una comunidad de personas, asentada en espacio físico claro y totalmente delimitado, intrínsecamente dotada de poder suficiente para organizarse [...]”,⁸ cuyos tres elementos son: el humano, el espacio físico y la autoridad o poder.⁹

Para efectos de esta investigación, nos limitaremos a contextualizar en este subcapítulo el tercer elemento: la autoridad o poder, pero, a nivel legislativo.

Ahora bien, la Función Legislativa es una construcción del Estado moderno, ya que en este modelo de Estado se establecerán las tres clásicas Funciones: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, que tienen autonomía e independencia para ejercer sus competencias (Actos legislativos, actos de gobierno y actos jurisdiccionales) y que se controlan entre sí ante los excesos y arbitrariedades que puedan tener.¹⁰

Es así, como en el Estado moderno de manera ineludible se puede asegurar que el poder radica en el pueblo, del cual se emana cualquier tipo de representación, independientemente de la forma política y de gobierno.¹¹ Miquel Caminal conceptualiza en los siguientes términos esta nueva forma de poder y gobernar:

La sociedad representada en el Estado implica que todos y cada uno de sus miembros han cedido a un “tercero” su derecho de autogobernarse y que nadie puede sustraerse al margen de esta realidad; que todos los individuos, sin excepción, son igualmente súbditos del soberano, sea persona o asamblea [...].¹²

⁷ Rodrigo Borja Cevallos, *Sociedad, Cultura y Derecho* (Quito: Planeta, 2007), 41.

⁸ Julio César Trujillo Vásquez, *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2006), 53.

⁹ *Ibíd.*, 53-83.

¹⁰ Riccardo Guastini, *La sintaxis del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 292.

¹¹ Miquel Caminal, “La representación y el Parlamento” en *Manual de Ciencia Política* (Madrid, Tecnos, 2001), 405.

¹² *Ibíd.*, 406.

En consecuencia, los órganos parlamentarios o legislativos serán el centro vital de la representatividad y garantía de la democracia a través del cual el pueblo o el soberano consiente ser gobernado.¹³

La función representativa es la base de las otras funciones que ejercen los órganos parlamentarios: función legitimadora,¹⁴ función de control político y fiscalización,¹⁵ y la función legislativa *stricto sensu*; es así, que autores como Rubio Llorente, han indicado que la esencia misma de la institución parlamentaria es la realización del principio democrático que se verá reflejado en la representación política de los ciudadanos.¹⁶ Kelsen, por su parte, indica que esta representación significa “[...] la formación de la voluntad decisiva del Estado, mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando sobre la base del principio de la mayoría”.¹⁷ La representatividad permite en los sistemas políticos democráticos conseguir cuatro finalidades para su consecución a través de la Función Legislativa: gozar de legitimidad, expresar la voluntad del pueblo, suministrar una imagen de la opinión pública y determinar una mayoría gubernamental.¹⁸

Complementando lo expuesto, podríamos decir que la representación política de los órganos legislativos gozan de mayor legitimidad que la representación unitaria de quien ejerce la Presidencia de la República,¹⁹ ya que en este estamento confluirán las diversas ideologías, preferencias políticas, estructura social, cultura, creencias y valores de todos

¹³ *Ibíd.*, 421.

¹⁴ Si bien la función de legislar de los parlamentos ha sido considerada la más importante y visible que pueden ejercer estos órganos de representación política, no podemos obviar una que tiene particular trascendencia, que es la de legitimación o de nombramiento y posesión de las principales autoridades del Estado, como son: Fiscal General del Estado, Procurador General del Estado, Superintendencias, Contraloría General del Estado, Consejo de la Judicatura, e inclusive, las principales autoridades del propio órgano legislativo; sin embargo, a partir de 2008 en el caso ecuatoriano, esas facultades son de competencia del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS).

¹⁵ Otra de las funciones básicas es la de fiscalización y control político, es así como la organización del poder político en un Estado democrático exige la separación y el equilibrio de poderes para evitar arbitrariedades y excesos de los funcionarios públicos y garantizar los derechos de los ciudadanos. En dicho sentido, el constituyente ha definido dos cuestiones básicas para su funcionamiento: las competencias que tendrán los diferentes poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial); y, el equilibrio, balanceo o el sistema de pesos y contrapesos (*check and balances*) que determinará que cada poder ejerza su potestad pública en el marco de sus atribuciones constitucionales y, en caso de abuso, exista otro poder que lo contraonga para salvaguardar el correcto funcionamiento del Estado. Es así, que existen a nivel constitucional dos formas de control: el jurídico, que es ejercido por los tribunales y cortes del Estado; y, el político, que corresponde a los órganos legislativos.

¹⁶ Rubio Llorente, *La forma del poder*, 606.

¹⁷ Jorge Horacio Gentile, *Derecho Parlamentario* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008), 65.

¹⁸ *Ibíd.*, 66.

¹⁹ Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 457.

los sectores de la sociedad, fungiendo como una caja de resonancia y de canalización de demandas, opiniones, peticiones e iniciativas legislativas o políticas de los ciudadanos.²⁰

En la experiencia constitucional del Ecuador, la representatividad está reconocida como uno de los elementos constitutivos del Estado en el segundo inciso del artículo 1 de la Constitución de la República que prescribe lo siguiente: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público [...]”, como son los casos de la Asamblea Nacional, Presidencia y Vicepresidencia de la República, Gobiernos Autónomos Descentralizados y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, cuyas autoridades son electas a través del voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente, tal como lo dispone el artículo 62 de la Constitución de la República.²¹

Podemos colegir que la representatividad de los órganos parlamentarios o legislativos invisten de legitimidad sus actuaciones, es decir, que la aprobación, archivo o reforma de una ley, por ejemplo, gozará de un fundamento de orden democrático, lo cual justificará *prima facie* la limitación o restricción de los derechos por parte del legislador, y que será objeto de estudio en esta investigación para delimitar cuándo está justificada la intervención legislativa hacia el contenido de los derechos, cuál es límite que debe respetar el legislador y qué criterios debe observar para que esa regulación goce de presunción de constitucionalidad.

Si bien hasta aquí se ha hecho una breve contextualización de la naturaleza y funciones básicas de los órganos legislativos en el Estado, en el siguiente subcapítulo de esta tesis se analizará con mayor detenimiento su competencia legislativa, toda vez que en la ley se regulará el ejercicio de los derechos, conforme lo prescribe el artículo 132 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

2. La ley: características formales y materiales

La expedición, reforma, derogatoria e interpretación de las leyes es la función que ha distinguido a los órganos legislativos o parlamentarios; siendo, además, la mayor expresión de la voluntad general de los ciudadanos para la ordenación de la sociedad. Si

²⁰ Caminal, *La representación*, 421.

²¹ Es necesario recordar que a partir de la Constitución 1978 se eliminó totalmente el voto censitario en el Ecuador que limitaba el ejercicio de los derechos políticos y de participación ciudadana a las personas que no cumplían ciertas condiciones, como ser hombre, católico, alfabeto o tener cierto patrimonio.

bien esta es una concepción rousseauiana de la ley, no podemos desconocer la incidencia que ha tenido en los ordenamientos jurídicos a nivel mundial;²² es así, que Don Andrés Bello en 1853 la desarrolló en el Código Civil chileno y esta ha sido acuñada en la legislación civil de los países latinoamericanos, con excepción de Perú.²³ En el caso ecuatoriano, por ejemplo, consta en el artículo 1 del Código Civil: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite [...]”, lo cual supone el respeto por la dimensión democrática de esta y los límites formales y materiales que la constitución establece. Si bien la definición de Bello fue considerada una genialidad para la época, no podemos obviar que existen otros actos normativos, que a pesar de no ser una fuente de derecho de rango legal, tienen efectos jurídicos y características similares a los de la ley, como son: los decretos-ley, las ordenanzas municipales, los reglamentos, entre otros.²⁴ Estas instancias del poder público, expedirán este tipo de actos en ejercicio de su potestad normativa, como es el caso de los concejos municipales, que de acuerdo con el artículo 56 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) son los órganos de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado municipal.²⁵

Complementando lo expuesto, inclusive, me atrevería a decir que las sentencias de la Corte Constitucional pueden tener efectos equiparables a los de ley cuando subsanan una inconstitucionalidad por omisión relativa o absoluta, conforme lo prescribe el artículo 129 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).²⁶

²² Caminal, *La representación*, 422.

²³ Rodrigo Borja, “Ley”, *Enciclopedia de la política*, 18 de julio 2018, <http://www.encyclopediadelapolitica.org/ley/>.

²⁴ Hernán Salgado Pesantes, *Introducción al Derecho* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 146.

²⁵ El mentado artículo 56 del COOTAD signa lo siguiente: “El concejo municipal es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado municipal. Estará integrado por el alcalde o alcaldesa, que lo presidirá con voto dirimente, y por los concejales o concejalas elegidos por votación popular, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia electoral.”

²⁶ El artículo 129 de la LOGJCC prescribe: “[...] 1. En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia. [...] 2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada. [...]”

Las materias que requieren ser regladas mediante ley en el caso ecuatoriano son: (1) Regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; (2) Tipificación de infracciones y sanciones; (3) Crear, modificar o suprimir tributos; (4) Competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados; (5) División político - administrativa del país; y, (6) Otorgar la potestad normativa a los organismos públicos de control y regulación.²⁷

Respecto a la primera materia que tiene que ver con la regulación del ejercicio de los derechos se concentrará nuestro análisis, ya que la configuración, desarrollo y limitación de los derechos será una competencia que el constituyente le ha confiado al legislador.²⁸ En ese contexto, de manera general señalaré las características formales y materiales que distinguen a las leyes, las mismas que tendrán incidencia sobre los efectos de la ponderación de derechos en sede legislativa conforme se verá en el Capítulo segundo de esta tesis:

En el caso las características formales de la ley, debemos indicar que el ordenamiento jurídico disciplinará su propio procedimiento de creación y aplicación, siendo en el caso de la ley la constitución su fuente de origen. En palabras de Guastini “son normas que regulan la creación de otras normas” y para Perassi son las denominadas “normas sobre la producción jurídica”.²⁹

En consecuencia, la constitución indicará expresamente qué órgano es competente para crear, reformar, derogar e interpretar la ley,³⁰ siendo en el caso ecuatoriano la Asamblea Nacional, conforme lo dispone el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República: “La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: [...] “6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”.

Otra de las características formales de la ley es el procedimiento de formación legislativa,³¹ el cual determinará quiénes tienen la iniciativa legislativa para presentar proyectos de ley y sobre qué materias, el número de debates, plazos, votación, objeciones

²⁷ Sobre el principio de reserva de ley profundizaremos con más detenimiento en el Capítulo tercero de esta tesis, ya que realizaremos ciertos cuestionamientos y precisiones en el marco del procedimiento de formación de la ley.

²⁸ En el caso de las leyes que tipifican infracciones y sanciones también puede existir una regulación de derechos. Un ejemplo de esto lo veremos en el capítulo tercero cuando se exponga la reforma al Código Orgánico Integral Penal en materia de inhabilidades laborales para los agresores sexuales de niñas, niños y adolescentes.

²⁹ Guastini, *La Sintaxis*, 107.

³⁰ *Ibíd.*, 108-9.

³¹ *Ibíd.*

y publicación en el Registro Oficial. Este procedimiento está regulado en la Sección Tercera, Capítulo II, Título IV de la Constitución de la República.

La consecuencia directa de la inobservancia del procedimiento de formación legislativa será la declaratoria de inconstitucionalidad por la forma, tal como lo prescribe el numeral 2 del artículo 436 de la Constitución de la República. De acuerdo con el artículo 78 de la LOGJCC las demandas de inconstitucionalidad por la forma pueden ser interpuestas dentro del año siguiente a su entrada en vigencia.

En el Capítulo tercero de este trabajo, profundizaremos con más detalle sobre la competencia de la Asamblea Nacional y el procedimiento de formación legislativa en el marco de la ponderación de derechos.

Siguiendo a Salgado Pesantes, la ley además de ser una norma escrita positivizada tiene las siguientes características materiales:

Es *general y abstracta*, porque regula conductas y situaciones que están previstas de forma genérica sin referirse a una persona en particular o un caso individualizado, a diferencia de los actos administrativos o sentencias judiciales;³² es decir, que la ley se aplicará a todos los sujetos cuya conducta se subsume a los presupuestos de hecho de la norma sin distinción o excepción alguna;³³ sin embargo, en nuestro país existen casos muy especiales en los cuales las leyes no cumplen con estos presupuestos, como puede ser la creación de universidades y escuelas politécnicas, conforme lo prescribe el artículo 354 de la Constitución de la República.³⁴

Las características de generalidad y abstracción tienen asidero con el derecho a la igualdad formal de las personas, reconocido en el numeral 4 del artículo 66 de la Constitución de la República, que básicamente se traduce en la expresión coloquial de la “igualdad ante la ley”; pero además, con lo dispuesto por el artículo 132 *ibídem* que prescribe que la Asamblea Nacional: “[...] aprobará como leyes las normas generales de interés común”.

Es preciso advertir que esta característica material de la ley la he acuñado para referirme a la ponderación que realiza el legislador cuando regula el contenido de los derechos a través de una medida de intervención legislativa, toda vez que los efectos jurídicos de la ley serán para todos los destinatarios (*erga omnes*) y no exclusivamente

³² Hernán Salgado, *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2012), 22. 151.

³³ Oyarte, *Derecho Constitucional*, 539.

³⁴ Otro ejemplo son leyes pretéritas en las cuales se otorgaba una distinción o una pensión a cierta persona o funcionario a través de los denominados decretos legislativos.

para un caso particular o una situación individualizada (*inter partes*); por lo tanto, estaremos frente a una ponderación de derechos en abstracto.

La segunda característica material es que la ley es *conocida por todos*. Esto tiene relación con el derecho a la seguridad jurídica, que se encuentra prescrito en el artículo 82 de la Constitución de la República: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por autoridad competente.” Es decir, que ninguna persona podrá alegar el desconocimiento o ignorancia de la ley para justificar su incumplimiento, ya que esta goza de conocimiento al momento de ser promulgada y publicada en el Registro Oficial. En la doctrina esta característica ha sido denominada como “presunción de derecho”.³⁵

La tercera característica material de la ley es que *es permanente*, considerando que se mantendrá vigente hasta que sea derogada o reformada, lo cual no supone que esta se agota por su aplicación a una multitud de casos o por su desuso o ineficacia en razón de cambios de orden social, político, económico o cultural.³⁶ Esta también será una de las características de la ponderación en abstracto, ya que gozará de estabilidad y no será móvil como la que es realizada en sede jurisdiccional para resolver los casos concretos.

Si bien, estas son las características formales y materiales de la ley, el legislador al momento de redactar los articulados no solo deberá considerar estos aspectos en ejercicio de su libertad de configuración normativa, sino otras previsiones, límites y prohibiciones que están prescritas en la Constitución de la República a efectos de que las leyes guarden unidad y coherencia normativa, principalmente, con los derechos que serán objeto de regulación legislativa.

3. El legislador en el Estado constitucional

El rol del legislador en el Estado constitucional es el de fungir a través de la ley como un auténtico garante de los derechos y principios constitucionales; no obstante, eso no siempre fue así, ya que en algunos casos la ley fue una garantía negativa y en otros positiva, determinando que no haya un real ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, ya que existía una visión sesgada del alcance de la ley y de los derechos

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*

regulados en ella. Bajo el contexto planteado, en las siguientes páginas vislumbraremos cómo el legislador y la ley han ido mutando según el contexto político y jurídico de los derechos hasta llegar al Estado constitucional –en la que estos son su razón de ser y límites y vínculos para su actividad normativa–.

En el siglo XVIII se erige el Estado de derecho como el modelo de organización política y jurídica en el cual las personas tienen derechos y son tutelados con las garantías jurisdiccionales previstas por el legislador; adicionalmente, ya en el ámbito institucional, también a través del derecho se crearán y establecerán las entidades políticas u órganos del Estado cuyas facultades y límites estarán previstos en el derecho positivo, principalmente en la ley.³⁷

Ahora bien, las mayorías de turno en el Poder Legislativo y la ley como manifestación de estas jugarán un rol protagónico en el Estado liberal de derecho, ya que definirán el futuro, la vida política y jurídica del Estado y los derechos de los ciudadanos.

Esa centralidad del poder en el parlamento Ávila Santamaría lo explica en los siguientes términos: “[...] la burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó al parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad”.³⁸ Complementando este primer fallo del Estado liberal de derecho, Zagrebelsky denomina a este fenómeno como un “monopolio político-legislativo”:

[...] una clase social relativamente homogénea determinaba por si mismo las condiciones de la unidad de la legislación. Su coherencia venía asegurada fundamentalmente por la coherencia de la fuerza política que la expresaba, sin necesidad de instrumentos constitucionales [...].³⁹

Respecto a la ley en el Estado liberal de derecho del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX esta gozaba de una condición de fuente de derecho suprema y primaria.⁴⁰ Fuente suprema porque al no existir una constitución rígida, la ley supraordenaba otras fuentes del derecho, como la costumbre, los reglamentos del Ejecutivo y la jurisprudencia; y la ley era fuente primaria u originaria al ser el Legislativo la instancia que regulaba y confería atribuciones y potestades a los demás órganos estatales.⁴¹ En el

³⁷ Trujillo, *Teoría del Estado*, 96-7.

³⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009), 777.

³⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 32.

⁴⁰ Guastini, *La Sintaxis*, 132.

⁴¹ *Ibíd.*, 132-3

caso del Ejecutivo, por ejemplo, su capacidad de actuar dependía de las denominadas “leyes de autorización” que a cuentagotas le atribuían potestades singulares.⁴²

Respecto a los derechos, estos no eran considerados para el legislador como una limitación, sino como autolimitaciones y como una concesión de las mayorías coyunturales en el Parlamento; es decir, que los derechos existían de acuerdo con la voluntad del órgano legislativo, ejerciendo una libertad de configuración normativa irrestricta que a lo sumo se limitaba por ciertos postulados previstos en una constitución que fungía como programa político.⁴³

En el Estado liberal de derecho o decimonónico, el derecho que tendrá una supuesta “preponderancia” frente a otros es el derecho de libertad de los ciudadanos que será el contrapeso principalmente del principio de legalidad. Piero Calamandrei explica esta relación y conflicto entre legalidad y libertad de la siguiente forma:

[...] puede darse un régimen autoritario basado en el principio de legalidad, de modo que existiendo en él leyes generales y abstractas, y un procedimiento legislativo idóneo para emanarlas, la formulación de estas se encuentre, sin embargo, confiada [...] a un déspota o a un oligarca, y sin el respeto de los llamados derechos de libertad.⁴⁴

Los derechos de libertad básicamente eran los derechos civiles y políticos, como son los de propiedad, reunión, prensa, culto, libertad para contratar, inclusive, el derecho de igualdad ante la ley en su concepción formal.⁴⁵ De ahí que, la ley era considerada como una *garantía negativa* que pretendía garantizar los derechos de libertad de los ciudadanos frente al Estado, es decir, existía una prohibición de lesión de los derechos.⁴⁶ Es necesario indicar que en el Estado liberal de derecho el principio de legalidad operará como una garantía meramente formal.⁴⁷

Ahora bien, para contrarrestar estos fallos del Estado liberal de derecho ocasionado por el positivismo jurídico y la concentración de una agenda legislativa que respondía a los intereses de ciertos grupos dominantes, emerge el Estado social de derecho como una alternativa con contenido social y económico; es así, que el fin del Estado ya no será solo conseguir la igualdad formal para sus habitantes, sino la igualdad

⁴² *Ibíd.*, 27.

⁴³ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 48.

⁴⁴ Piero Calamandrei, *Sin legalidad no hay libertad* (Madrid: Editorial Trotta, 2016), 46.

⁴⁵ *Ibíd.*, 47.

⁴⁶ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 63.

⁴⁷ Perfecto Andrés Ibáñez, “Piero Calamandrei: Pasión por la legalidad” en *Sin legalidad no hay libertad* (Madrid: Editorial Trotta, 2016), 17.

material a través de la prestación de servicios públicos, formulación y ejecución de políticas públicas e intervención como agente económico en el mercado.⁴⁸

El Estado social de derecho perseguirá adaptarse a las nuevas condiciones estructurales de la civilización industrial y postindustrial; por consiguiente, el rol del legislador ya no se limitará a respetar por omisión o abstención los derechos de los ciudadanos, sino, que al reconocerse los derechos económicos, sociales y culturales, estará obligado a establecer mediante ley las prestaciones para la satisfacción de los mismos, lo cual determinará que esta no sea una garantía negativa y formal, sino una *garantía positiva y sustantiva*,⁴⁹ ya que lo que se pretende es lograr una igualdad material o en otras palabras el ejercicio del derecho a la igualdad.⁵⁰ En consecuencia, el modelo liberal del Estado árbitro que se circunscribe a garantizar un adecuado funcionamiento de los mecanismos autorreguladores de la sociedad, es sustituido por el del Estado regulador o interventor, que procura combatir con las desigualdades sociales.⁵¹

En dicho contexto, el Estado al ser controlador generó excesivamente leyes reglamentarias para regular la vida de los ciudadanos en sociedad y la relación de estos con la administración pública. Los motivos que causarán este fenómeno, según Vidal Marín son: (1) El intervencionismo del Estado en el plano económico y social; (2) La existencia de un Estado descentralizado, tanto política como administrativamente; (3) El desarrollo de relaciones internacionales que han provocado la existencia de centros de poder normativo fuera de las fronteras; y, (4) El cambio constante y rápido que sufren las sociedades, lo cual genera que los órganos legislativos deban realizar modificaciones continuas a las leyes.⁵²

⁴⁸ Iván Vila Casado, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (Bogotá: Legis Editores S.A., 2007), 386-390.

⁴⁹ Alberto Dalla, “Derechos políticos y garantías constitucionales” en *Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004), 115. Sobre este punto Dalla cita la clásica obra de Luigi Ferrajoli *Derecho y razón*, en la que expone sobre las diferencias entre las garantías positivas y las garantías negativas en el Estado liberal de derecho y el Estado social de derecho, respectivamente: “[...] Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones naturales o prepolíticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones sociales de vida: subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etc. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador”.

⁵⁰ Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 63-5.

⁵¹ Rubio Llorente, *La forma del poder*, 957.

⁵² Tomas Vidal Marín, “Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y en el Tribunal Constitucional” en *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 31, (Madrid: Departamento de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013),

Ya en el ámbito de los derechos, Ferrajoli indica que este modelo de Estado también presenta sus fallos al igual que el Estado liberal de derecho: (1) Existe un coste para los derechos de libertad, por consiguiente, no se puede hablar de un real ejercicio de todos los derechos; (2) La ley como garantía negativa (derechos de libertad) o como garantía positiva (derechos sociales) se refiere únicamente a la estructura típica de dos clases de derechos, lo cual puede resultar insuficiente para la protección y ejercicio de los mismos; y, (3) Los derechos sociales, como los derechos a la salud y al medio ambiente, requieren límites y prohibiciones de lesión y no solo obligaciones de prestación, al igual que los derechos de libertad que necesitan de obligaciones de hacer por parte del Estado, y por lo tanto, se requiere otra forma de garantizarlos.⁵³

En todo caso, ya sea en el Estado liberal de derecho o en Estado social de derecho, el rol del legislador no fue exclusivamente jurídico para garantizar el principio de legalidad, la libertad, la igualdad o los derechos económicos y sociales de los ciudadanos, sino, que fue un ejercicio principalmente político para cumplir con la visión de Estado.⁵⁴

Ahora sí, respecto al legislador del Estado constitucional, debemos comenzar indicando que la democracia en este modelo de Estado es el resultado de un cambio de paradigma del Derecho producido en estos últimos cincuenta años como consecuencia de la superación de la segunda guerra mundial, lo cual se ve reflejado en los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en varias de las constituciones de los países europeos.⁵⁵ En el caso latinoamericano este fenómeno político y jurídico se presentará en las constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Perú (1993) y Ecuador (2008) como respuesta ante las consecuencias de los regímenes totalitarios y las democracias frágiles.⁵⁶

Esto determinó que el significado de la constitución sea repensado y considerado como límite y vínculo para los poderes públicos y garantía de los derechos humanos, ya que lamentablemente en las constituciones pretéritas de inicios del siglo XX estaban fundadas en dictaduras autocráticas legitimadas por pseudo mayorías parlamentarias que

325-6. Los efectos nocivos de esta excesiva promulgación legislativa se verán reflejados en el ámbito normativo con antinomias, anomias y violaciones al principio de seguridad jurídica.

⁵³ Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia* (Madrid, Editorial Trotta, 2006), 114-5.

⁵⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 1991), 145.

⁵⁵ Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 27-9.

⁵⁶ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010), 23-9.

justificaban, inclusive, la violación a los derechos de las personas;⁵⁷ por lo tanto, el legislador del Estado constitucional en su calidad de garante de los derechos deberá evitar *so pretexto* de regular el contenido de los derechos imponer una agenda política que impida, limite o restrinja el ejercicio de los derechos de los ciudadanos de forma inconstitucional.

Es así, que este modelo de Estado tiene como objetivo primordial la construcción de una nueva convivencia política y social bajo la disciplina y supremacía de la constitución, la misma que será un documento pluralista en la que ya no existe un soberano comparable de las constituciones del siglo pasado, ni una lucha por la soberanía, ya que cada individuo procurará mejorar sus posiciones dentro de un contexto complejo caracterizado por la correlación de fuerzas políticas, económicas, sociales y culturales;⁵⁸ en consecuencia, la constitución en este modelo de Estado “[...] no puede representar a ningún proyecto particular, tanto jurídico como político, pues la constitución es un marco que contiene todos los proyectos y principios de una sociedad pluralista”.⁵⁹

Más allá del contexto político, económico y social que puede tener el Estado constitucional, la concepción fuerte de los derechos como fundamento y fin del Estado y del orden jurídico es su cualidad más importante, ya que la constitución no se limitará a reconocer los derechos sino a garantizarlos plenamente a través de los mecanismos normativos, jurisdiccionales e institucionales.

La competencia para expedir, reformar, derogar e interpretar la ley que tiene el legislador no debe ser vista exclusivamente como una ejecución de las atribuciones constitucionales, sino como un ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos a través de sus representantes en el Parlamento.⁶⁰

En consecuencia, la ley en el Estado constitucional será una expresión del valor democrático que reconoce la constitución y, en ese sentido, el texto constitucional no debe concebirse como un sistema de principios y derechos cerrados, sino como un contexto abierto de elementos, cuyo desarrollo y determinación histórico-concreta se deja en manos del legislador; de esta forma, se logra que no se contradiga el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas.⁶¹

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador*. Realidad jurídica y social (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional-Corte Constitucional, 2014), 17.

⁵⁹ Jaime Cárdenas Gracia, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal* (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2017), 106.

⁶⁰ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 151.

⁶¹ *Ibíd.*, 152.

Bajo ese orden de cosas, en los siguientes subcapítulos analizaremos la fuerza vinculante de la constitución y de los derechos a través de la garantía constitucional normativa que obliga al legislador a adecuar formal y materialmente las leyes a los derechos previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y determinaremos si efectivamente el legislador del Estado constitucional goza de libertad de configuración legislativa y política para regular el contenido de los derechos o se limitará a ser un mero ejecutor de las disposiciones constitucionales.

4. La garantía constitucional normativa de los derechos

El carácter vinculante de la constitución es una de las condiciones o características del Estado constitucional y de lo que se ha denominado como *Constitucionalización del ordenamiento jurídico*, siendo este último, un proceso en el cual las normas constitucionales se encuentran impregnadas en el sistema de fuentes del derecho, a tal punto, que la constitución será “[...] extremadamente penetrante, invasiva, desbordante”.⁶² Pero esa fuerza vinculante no solo se verá reflejada en el ámbito normativo, sino también en la vida social y política del Estado, ya que condicionará “[...] la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores públicos y las relaciones privadas”.⁶³

Sobre el carácter vinculante de la constitución, Castillo Córdova señala que esta vinculará tanto a los que tienen el encargo de ejercer el poder político del Estado en un momento determinado (Legislativo y Ejecutivo) así como a los jueces y a los ciudadanos.⁶⁴

Para el caso que nos convoca, que es la regulación de los derechos por parte del legislador, la fuerza vinculante radicará en la adecuación formal y material de la ley a los derechos o principios previstos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Garantía constitucional normativa). Y es aquí, donde el legislador deberá cerrar la indeterminación que existe en los principios previstos en la constitución para dotarle de un contenido que podría suponer, de ser el caso, su limitación.

⁶² Guastini, *La sintaxis*, 175-6.

⁶³ *Ibíd.*, 176.

⁶⁴ Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales*, 407.

En el Estado constitucional ya no bastará tener una constitución en la que se reconozcan los derechos de las personas (parte dogmática) y se organice el sistema político del Estado (parte orgánica), sino, en la existencia de un sistema de garantías que permitan la efectiva materialización, ejercicio y protección de los derechos.⁶⁵ De esta manera, la constitución no será un mero programa retórico con sendos catálogos de derechos, sino, una garantía en sí misma, ya que estará compuesta por garantías constitucionales generales y específicas, según la clasificación propuesta por Peces-Barba.⁶⁶

Las garantías generales se refieren a la caracterización del Estado en la constitución, “[...] del que se desprende, como garantía de derechos, la división de poderes, el principio de estricta legalidad, el sistema democrático y participativo y la finalidad del Estado como el principal promotor y garante de los derechos”,⁶⁷ mientras que las garantías específicas son las normativas, las políticas y las jurisdiccionales, las cuales tienen relación con el ámbito de poder: legislativo, ejecutivo y judicial, respectivamente.⁶⁸

En esa línea, García Morillo signa que: “[...] la capacidad de los derechos fundamentales de impregnar efectivamente la actuación de los agentes jurídicos y políticos y consolidarse como el fundamento real de la constitución material de una sociedad no depende, en última instancia, de otra cosa que de la perfección de sus mecanismos de protección”,⁶⁹ que vendrían a ser las garantías constitucionales.

En ese orden de cosas, podemos advertir la existencia de una íntima relación de los derechos y la organización política del Estado a través de las garantías constitucionales, las mismas que serán vinculantes para sus actuaciones,⁷⁰ como es el caso de la garantía constitucional normativa, que definirá el marco de actuación y relación del legislador con los derechos a través de la ley.

⁶⁵ Ramiro Ávila, “Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos” en *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012), 181.

⁶⁶ Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999), 504.

⁶⁷ Ávila, Las garantías normativas, 187.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Joaquín García Morillo, *La protección judicial de los derechos fundamentales* (Valencia: Tirant, 1994), 23.

⁷⁰ Carolina Silva Portero, “Las garantías de los derechos ¿intervención o reconstrucción” en *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 63.

Ahora bien, dentro de lo que se ha denominado *Teoría garantista del derecho*, el profesor Luigi Ferrajoli ha clasificado a las garantías en primarias y secundarias.⁷¹

Las primarias son aquellas que tienen relación con el sistema jurídico, es decir, que las normas que componen el ordenamiento jurídico constituirán una garantía para las personas (Garantía normativa);⁷² mientras que las garantías secundarias, son las de políticas públicas que serán formuladas y ejecutadas por los órganos ejecutivos o de gobierno y las jurisdiccionales que serán conocidas por los jueces y tribunales ante la amenaza o violación de los derechos.⁷³ Clasificación, que ha sido adoptada por nuestro constituyente en el texto constitucional de 2008.⁷⁴

La garantía constitucional normativa, además, de ser considerada una garantía primaria, ha sido denominada por la doctrina como una garantía genérica o abstracta, y que puede definirse como “[...] aquel conjunto de previsiones constitucionales que no están referidas a vulneraciones concretas de derechos constitucionales; sino que en sí mismas suponen una garantía para la plena vigencia de la Constitución y, con ella, de los derechos constitucionales”.⁷⁵

De esta definición, que propone Castillo Córdova, podemos colegir como característica su generalidad, la cual, en cierta forma, tiene relación con las características materiales de la ley que fueron expuestas en el numeral 2 de este Capítulo, ya que los destinatarios serán todas las autoridades que ejercen una facultad normativa y, como beneficiarios de las garantías a todas las personas.⁷⁶

Con una definición más amplia, García Morillo indica que la garantía constitucional normativa constituye un conjunto de:

[...] condiciones o requisitos, de carácter general, para actuación de los poderes públicos, o que limitan dicha actuación. Estos mecanismos tienen como destinatario exclusivo a los poderes públicos, y su objeto es evitar que su actividad -en algunos casos inactividad- pueda implicar desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales o un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a tales derechos.⁷⁷

⁷¹ Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y garantías” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 44-56.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Las garantías constitucionales las podemos encontrar desarrolladas en los artículos 84, 85 y 86 de la Constitución de la República.

⁷⁵ Luis Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general* (Lima: Palestra, 2005), 404.

⁷⁶ Ávila, *Las garantías normativas*, 190.

⁷⁷ García Morillo, *La protección judicial*, 27.

De esta definición, podríamos afirmar que además de ser primaria y general, la garantía constitucional normativa, también es formal, preventiva y material.

Es formal, porque va dirigida al ejercicio de las facultades de los poderes públicos, lo cual supone que la eficacia de esta dependerá de la constatación de la competencia del órgano emisor para dictar el acto normativo (ley) y del respeto y observancia del procedimiento de formación (trámite o procedimiento legislativo).⁷⁸ Característica, que también fue desarrollada en el numeral 2 de este Capítulo, cuando explicamos la característica formal de las leyes.

En el caso de la característica preventiva, el profesor Ávila Santamaría, indica que las garantías normativas siempre prescribirán obligaciones (mandatos y prohibiciones) y derechos (facultades o permisiones) con anterioridad a la acción u omisión normativa, lo cual supone que las normas, principios y reglas, en un Estado constitucional sean anteriores a las conductas de los seres humanos y, sin son adecuadas a los derechos, existe una verdadera promoción y protección.⁷⁹

Finalmente, la garantía constitucional normativa es material, porque el órgano emisor o legislativo no puede menoscabar el contenido mínimo de los derechos, lo que se conoce como el núcleo esencial de los derechos, ya que será su obligación la de adecuar las leyes y las demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Las características expuestas, no son ajenas a nuestra experiencia constitucional, toda vez que están acogidas en el artículo 84 de la Constitución de la República, que signa lo siguiente:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de 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.

Las características primaria y general, las podemos encontrar cuando refiere como órganos emisores a la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa y como destinatarios al ser humano y las comunidades, pueblos y nacionalidades.

⁷⁸ Ávila, Las garantías normativas, 192.

⁷⁹ *Ibíd.*, 190.

Las características preventivas, formales y materiales se encuentran en este artículo cuando prescribe que los órganos legislativos tienen “[...] la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.” y que “[...] “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 preciso señalar en este punto, que el legislador no debe ser visto como un enemigo de los derechos y de la constitución; por el contrario, ejercerá un rol positivo a favor de aquellos y de esta, ya que la competencia de configuración legislativa no solo será una función más de los órganos parlamentarios, sino, como apunta de manera categórica Bernal Pulido, será uno de los ejes de funcionamiento del Estado constitucional, ya que el órgano encargado de la dirección política del Estado, es decir, la Asamblea Nacional, Congreso o Parlamento, se erigirá como la sede natural y primaria en la que se concretarán los derechos y principios constitucionales.⁸⁰

5. ¿Cuál es el alcance de la libertad de configuración normativa y política del legislador en el Estado constitucional?

La libertad de configuración normativa y política del legislador se ha ido transformando en función de los cambios políticos y sociales, ya que en el Estado liberal de derecho, por ejemplo, la ley será una *actividad libre en el fin* y fuente primaria y, en algunos casos, única del Derecho en la que no existen límites materiales, sino formales en la que solo basta respetar el procedimiento legislativo y la competencia de la autoridad que está llamada a expedir las leyes; mientras que la ley en el Estado constitucional *grosso modo* será una actividad “[...] dirigida a dar actuación a la constitución. Dicho de otra forma: el legislador no puede elegir libremente los fines a perseguir, sino que solo puede elegir los medios más oportunos y/o más eficaces para realizar los fines heterónomos preconstituidos [...]”.⁸¹

Llegados a este punto cabe cuestionarnos si el legislador en el Estado constitucional goza de esa libertad de configuración normativa que tenía antes o simplemente fungirá de medio para la realización de los derechos y los principios vinculados en la

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ Rubio Llorente, *La forma del poder*, 953.

Constitución.⁸² Zagrebelsky advierte que el papel del legislador dependerá ante todo de las características específicas de cada constitución, ya que pueden existir constituciones que hayan sido concebidas como un “marco abierto” de principios, que se remiten a las vicisitudes y coyunturas políticas sucesivas; o, como un “marco cerrado” consistente en un ordenamiento de valores estructurados conforme una rígida jerarquía que dominará todo el desarrollo normativo.⁸³

Zagrebelsky concluye indicando que toda construcción conceptual que “[...] no reconozca a las razones del legislador un lugar adecuado e independiente debe temerse como un peligro para el equilibrio constitucional”,⁸⁴ ya que la legislación tiene un fundamento constitucional propio y es una expresión de los derechos políticos,⁸⁵ y sería un error absoluto negar su carácter originario y espontáneo y, peor aún, tratar de despolitizarla para degradarla a un mero ejercicio dogmático para el desarrollo de los contenidos constitucionales.⁸⁶

Carlos Bernal Pulido, también sostiene que el legislador goza de libertad para configurar o concretar los derechos bajo una óptica política, siempre y cuando se respeten los límites constitucionales:

[...] los derechos fundamentales en su conjunto no imponen un sistema cerrado de límites al ejercicio del poder legislativo. Tales derechos no deben ser concebidos como un catálogo detallado de mandatos y prohibiciones, destinados a regular la acción política del Parlamento. Por el contrario, el Legislador dispone de una amplia libertad para configurar o concretar los derechos para intervenir en su órbita, de acuerdo con los dictados de la conveniencia política.⁸⁷

Complementando lo expuesto, García de Enterría y Fernández Rodríguez indican que el desarrollo normativo o legislativo en el Estado constitucional tienen como característica “[...] la imaginación creadora y no la fidelidad a patrones dados, que la Constitución no puede darle”,⁸⁸ ya que la constitución no puede fungir de libreto para que el legislador regule o no determinada conducta, hecho o acto; más aún, si la propia constitución está compuesta por principios que son generales y abstractos que deberán ser desarrollados.

⁸² Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 150.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*, 151.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 524-5.

⁸⁸ García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, 145.

En el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional ha indicado que en el Estado constitucional el rol del legislador es el de fungir como un “Garante de los derechos”, tal como se desprende del numeral 3.1.2. del Dictamen No. 003-19-DOP-CC de 14 de marzo de 2019 para resolver la objeción presidencial por inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos;⁸⁹ sin embargo, al referirse sobre su libertad de configuración normativa, la Corte signó lo siguiente en el párrafo 24: “[...] la esfera de la legalidad es amplia, teniendo inclusive facultades discrecionales, mas no ilimitadas, en los aspectos en los cuales no exista expresamente una orden o prohibición en contrario de Norma Suprema, sino que en su lugar le permita establecer reglas, regulaciones, requisitos y procedimientos legales [...]”.⁹⁰

En ese sentido, podemos señalar que la Asamblea Nacional del Ecuador en el Estado constitucional goza de libertad de configuración normativa y política, la cual le da cierto margen de discrecionalidad al momento de redactar las leyes; no obstante, deberá observar las limitaciones que están prescritas en la propia constitución, que son de carácter formal y material, como es el procedimiento de formación legislativa, el núcleo esencial de los derechos, la reserva de ley, prohibiciones, requisitos, entre otros.⁹¹

La Corte Constitucional Colombiana sobre la libertad de configuración normativa ha indicado en la Sentencia No. C-736/02 lo siguiente: “[...] el legislador tiene libertad de configuración para crear y modificar [...] siempre y cuando respete los derechos, garantías, principios y valores contemplados en la misma Constitución y obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.⁹²

Respecto al desarrollo y regulación de los derechos que realiza el legislador y que lo reconoce la Corte Constitucional de Ecuador en el párrafo 21 del Dictamen precitado, señala que el legislador debe regular las relaciones y situaciones que no excedan o invadan el contenido esencial de los derechos:

Es así que, en el proceso de formación de las leyes, debe regular las relaciones y situaciones jurídicas de tal modo que no excedan o invadan el contenido esencial de los derechos y disposiciones fundamentales contemplados en la Norma Suprema, por lo tanto, tiene un límite dado por el contenido esencial de los derechos constitucionales, no los puede afectar, invadir, limitar o restringir, más si los puede desarrollar y regular.⁹³

⁸⁹ Ecuador. Corte Constitucional, Dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Colombia. Corte Constitucional, Sentencia No. C-736/02, 10 de septiembre de 2002.

⁹³ Ecuador. Corte Constitucional, Dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019.

Una vez analizados los criterios de la Corte Constitucional de Ecuador, la pregunta que se plantea en este momento es ¿Cómo el legislador puede determinar que una medida de intervención legislativa no excede en la limitación del derecho y no invade su contenido esencial?

El medio para conseguir aquello es a través de la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación, ya que la medida de intervención legislativa que no califique estos tres criterios, principalmente el tercero, se entenderá como desproporcionada al afectar su contenido esencial y por ende se reputará como inconstitucional.

Respecto al último criterio, el de ponderación, Rubio Llorente ha señalado lo siguiente: “En ejercicio de esa libertad, los legisladores sucesivamente pueden ponderar de modo distinto la relación deseable de los distintos derechos entre sí o con esos otros bienes [...]”.⁹⁴

Por lo expuesto, colegimos que el legislador en el Estado constitucional efectivamente es un garante de los derechos y goza de libertad de configuración normativa y política para regularlos, pero con las limitaciones formales y materiales que estarán previstas en la propia constitución, las mismas que deberá sustentarlas en el marco del procedimiento de formación legislativa.

Antes de cerrar este Capítulo, quisiera indicar –a manera de *addendum* y como aporte al debate constitucional– que la libertad de configuración normativa y política del legislador también estará condicionada a las sentencias de la Corte Constitucional, toda vez que una sentencia exhortativa de delegación establecerá los lineamientos que deberá considerar el legislador para subsanar una inconstitucionalidad por omisión relativa o absoluta, lo cual evidentemente dejará poco margen de deliberación, más aún, en materia de regulación del contenido de los derechos, ya que en este caso el legislador se limitará a cumplir lo dispuesto en el fallo constitucional.⁹⁵

En el siguiente Capítulo se desarrollará la aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos en abstracto por parte del legislador con las características que implicarían hacerlo en una instancia de deliberación política y democrática como es el caso de la Asamblea Nacional.

⁹⁴ Rubio Llorente, *La forma del poder*, 1026.

⁹⁵ Cfr. André Benavides, *Sentencias Interpretativas o manipulativas: La actividad paralegislativa de la Corte Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 85-90.

Capítulo segundo

El principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos en abstracto por parte del legislador democrático

1. Reglas Vs. principios: naturaleza y diferencias

1.1. Reglas

Con motivo de contextualizar el escenario y las dificultades que se enfrentará el legislador al momento de regular el contenido de los derechos he considerado necesario explicar la naturaleza y diferencias de las normas como reglas y principios, siendo la segunda categoría normativa el ámbito en el cual ejercerá la ponderación en abstracto, conforme será expuesto a lo largo de este Capítulo.

Pues bien, la transición del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho trajo consigo no solo cambios a nivel político, sino también a nivel jurídico, principalmente en la estructura de las normas que componen el ordenamiento jurídico,⁹⁶ ya que estas –de acuerdo a la Teoría General del Derecho– serán de dos tipos: reglas y principios, las mismas que tienen sus particularidades, diferencias y mecanismos de interpretación y aplicación.⁹⁷ Esta distinción es esencial para Robert Alexy, ya que constituirá el fundamento de la subsunción y la ponderación.⁹⁸

La doctrina que explica la diferencia entre las reglas y los principios es bastante extensa y variante, lo cual demuestra el carácter problemático y su relevancia; sin embargo, para efectos de este trabajo y su objeto de investigación, nos limitaremos a exponer los criterios mayormente aceptados y difundidos por la academia y el foro jurídico, ya que profundizar en las diferentes tendencias y formas de entender los principios y reglas podría generar complicación y distorsión para los fines que perseguimos.

⁹⁶ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 109.

⁹⁷ Benavides, *Sentencias Interpretativas o manipulativas*, 62-3. Si bien la acepción que ocuparemos en esta parte para referirnos a las reglas y principios es la de normas como proposiciones normativas y como acto jurídico prescriptivo, no podemos dejar de advertir que otra acepción de norma es la del sentido o sentidos interpretativos que se pueden derivar de las disposiciones jurídicas que son los enunciados lingüísticos de un precepto, cuyas palabras y frases lo integran (texto frío).

⁹⁸ Alexy, *Teoría de la Argumentación jurídica*, 349. El profesor Alemán lo indica en los siguientes términos: “El fundamento [...] por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios”.

Pues bien, la distinción entre reglas y principios surge a partir de la teoría planteada por Ronald Dworkin en 1967 a través de su famoso artículo titulado *El modelo de las reglas*, cuya pretensión fue contrarrestar la teoría del derecho de H.L.A. Hart,⁹⁹ ya que para Dworkin el concepto de derecho por parte de Hart es puramente normativo: “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”.¹⁰⁰ Para Dworkin, los principios como eje central de la nueva visión normativa no representan solo un expediente técnico cuya finalidad sea la de colmar las lagunas del sistema jurídico o reforzar la plenitud lógica del mismo, sino también hacer frente al positivismo jurídico, demostrando “[...] la insuficiencia de la regla de reconocimiento, la exclusión de la discrecionalidad judicial o la vinculación necesaria entre Derecho y moral”.¹⁰¹

De manera general y desde una visión estructural de las normas podemos señalar que una regla es un enunciado condicional que establece una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos, como una sanción, el nacimiento de una obligación o la validez o nulidad de un acto (Si A, entonces B).¹⁰²

Un ejemplo de regla en nuestra Constitución de la República la podemos encontrar en el artículo 76, numeral 7, literal 1), que señala lo siguiente: “[...] Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos [...]”; de ahí que, existen reglas también en la normativa de orden legal, por ejemplo, cuando el legislador en el artículo 184 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) ha sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a dos años, a la persona que, empleando violencia, ha impedido a uno o más individuos profesar cualquier culto. Podemos evidenciar que el supuesto de hecho es “impedir el derecho de culto” y la consecuencia jurídica la “pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.

Dworkin, citado por Atienza y Ruiz, define a las reglas en los siguientes términos: “Las reglas son aplicables a la manera de todo-o-nada. Si se dan los hechos que estipula

⁹⁹ Manuel Atienza y Juan Ruiz, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona: Ariel Derecho, 2004), 23-4.

¹⁰⁰ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Editorial Ariel, 2009), 8.

¹⁰¹ Luis Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico* (Lima – Bogotá: Palestra – Temis, 2013), 27.

¹⁰² Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 183-4.

[sic] una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta debe ser aceptada, o bien no lo es”.¹⁰³

Alexy por su parte define a las reglas como “[...] normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones [...]”,¹⁰⁴ y, por lo tanto, las reglas “[...] son normas que pueden o no pueden ser realizadas”.¹⁰⁵

En el caso ecuatoriano, el profesor Ávila Santamaría conceptualiza a la regla como: “[...] una norma jurídica que promueve o facilita mucho más la seguridad jurídica, que tiene dos elementos que logran ese objetivo: tiene una hipótesis y una consecuencia, que debe ser una obligación clara”.¹⁰⁶

Complementando lo expuesto a nivel nacional, Lozada Prado define a las reglas, en cuanto a su estructura lógica, como un enlace entre un supuesto fáctico a una conducta jurídicamente calificada.¹⁰⁷

Una vez revisadas estas definiciones de reglas como “normas condicionales” según la tesis de Guastini, “el todo o nada” de Dworkin, “la realizabilidad o no realizabilidad” de Alexy y la referencia de conducta calificada, supuestos de hecho y consecuencias jurídicas de Ávila Santamaría y Lozada Prado, podríamos construir nuestra propia definición de reglas como normas condicionadas que en su estructura –normativa– están compuestas por dos elementos: un supuesto de hecho (situación fáctica), que básicamente enuncia en qué conductas –casos o circunstancias– se aplicará; y, una consecuencia jurídica, que es el efecto que se origina por subsumirse la conducta al supuesto de hecho. Si en la aplicación de la norma se cumplen con estos dos elementos se reputará como un mandato definitivo que debe exigirse; y, si no se cumplen, está regla será excluida.¹⁰⁸

¹⁰³ Atienza y Ruiz, *Las piezas del derecho*, 24. Es preciso señalar que esta visión del todo o nada que tiene Dworkin ha sido objetada, inclusive, por el propio Alexy, quien indica que no es previsible en qué casos tanto los principios o las reglas son aplicables y cuáles son sus excepciones.

¹⁰⁴ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 350.

¹⁰⁵ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 86 -7.

¹⁰⁶ Ramiro Ávila, “Debate sobre Neoconstitucionalismo” en *IV Ciclo de Debates y Técnicas de Litigio en DD.HH.* (Quito: Cevallos editora jurídica, 2012), 100.

¹⁰⁷ Ali Lozada Prado, “Capítulo I. Argumentación, Estado Constitucional y Justicia” en *Manual de argumentación constitucional. Propuesta de un método* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional – Corte Constitucional, 2015), 45-6.

¹⁰⁸ Sebastián López, “Ponderación Vs. Subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?”, en *Foro Revista de Derecho*, No. 23, coord. Claudia Storini (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 54-56.

La aplicación y determinación de una regla, solo es posible a través de la inferencia lógico-deductiva del modelo positivista que es la subsunción, en la cual los hechos (premisa menor) se subsumen a la norma general (premisa mayor) y tienen como resultado la consecuencia jurídica (conclusión).¹⁰⁹

Si bien este esquema normativo podría resultar beneficioso para garantizar la seguridad jurídica y evitar la discrecionalidad por parte de quienes están llamados a aplicar las normas, también presenta ciertos fallos al ser un esquema cerrado, ya que por un lado los operadores jurídicos –principalmente los jueces– serán mecánicos al momento de aplicar la ley; y, por otro lado, se presentarán anomias y antinomias (conflicto de reglas) que deberán ser superadas conforme a las directrices que ha preestablecido el legislador: ley superior, ley posterior, ley especial, entre otros,¹¹⁰ las cuales, inclusive, podrían ser insuficientes cuando se presenta un caso difícil por resolver.

En el caso de conflicto o colisión de reglas los métodos de solución antinomias – antes citados– definirán qué regla será válida para el caso en cuestión y cuál será inválida, lo que viene hacer una suerte de cláusula de exclusión de lo que se ha denominado el juego del “todo o nada”.¹¹¹

Antes de explicar las normas como principios, es preciso advertir que no todas las reglas tendrán una estructura normativa condicional con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, sino, que existen casos en los cuales el constituyente ha prescrito reglas que están revestidas de una forma categórica,¹¹² como es el caso de las prohibiciones o excepciones. Un ejemplo de este tipo de reglas lo podemos encontrar en el artículo 66, numeral 3, literal c), de la Constitución de la República, que establece la “[...] prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes”, así también, otra regla de este tipo pero a nivel de excepción la podemos encontrar en el numeral 29, literal c) del mismo artículo de la Constitución

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*, 59. En la experiencia ecuatoriana podemos encontrar un ejemplo en la Sentencia No. 002-14-SIN-CC de la Corte Constitucional, la cual determinó que existe un conflicto entre el artículo 48 del Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho al Refugio y el artículo 177 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). Por un lado, el Reglamento establecía que las resoluciones administrativas en materia de refugio se apelarán dentro del plazo de 5 días, mientras que el ERJAFE prescribía que cualquier acto administrativo puede ser apelado dentro del plazo de 15 días. La Corte Constitucional a través de una sentencia sustitutiva declaró como inconstitucional el artículo 48 del Reglamento y reemplazó el plazo de 5 días por el plazo de 15 días del ERJAFE.

¹¹² Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 350; y, Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el período de Transición, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, 2 de abril de 2009.

“[...] ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias”.

1.2. Principios

Definir a las normas como principios puede resultar más complejo y controvertido; sin embargo, podríamos señalar –de acuerdo a la postura mayormente aceptada por la academia, la doctrina y los tribunales– que estos son *mandatos de optimización* que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, conforme la tesis que sostiene Alexy.¹¹³ Sin perjuicio de aquello, citaremos otras importantes definiciones para aportar al debate jurídico en torno a la naturaleza y características de este tipo de normas:

Para Dworkin, los principios no establecen las consecuencias jurídicas a ser aplicadas cuando se presentan las condiciones previstas en la norma, ya que los principios –a diferencia de las reglas que se aplican a los casos subsumibles en ellas– se pesan, de tal manera que prevalece el principio que tiene en cada caso mayor peso o importancia.¹¹⁴

Atienza y Ruiz Manero, sitúan a los principios como normas abiertas, mientras que las reglas son normas cerradas con supuestos de hechos y las respectivas consecuencias jurídicas.¹¹⁵

Por su parte, Ávila Santamaría, indica que los principios conservan la estructura de una norma tética “[...] que tienen un mandato de optimización, pero no tienen una condición, ni una obligación clara”.¹¹⁶

El alcance y las características que tienen los principios, las podemos resumir en la clasificación que propone Guastini y que son dos:¹¹⁷

Los principios como normas fundamentales dotan de fundamento y/o justificación axiológica (ético-política) a un conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico o sus subsistemas (Derecho Constitucional, Derecho Civil o Derecho Penal), ya que fungirán como normas esenciales de identidad o caracterización, como son los casos, por ejemplo, del principio de separación de poderes en el Derecho Constitucional, el principio de autonomía de voluntad de las partes en el Derecho Civil o el principio de

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Dworkin, *Los derechos en serio*, 74-6.

¹¹⁵ Atienza y Ruiz, *Las piezas del derecho*, 9.

¹¹⁶ Ávila, “Debate sobre Neoconstitucionalismo”, 104-5.

¹¹⁷ Guastini, *La sintaxis*, 75-6.

“*nullum crimen, nulla poena sine lege*” del Derecho Penal.¹¹⁸ Otra de las características de este tipo de principios es que no requieren, a su vez, de ningún fundamento axiológico, de ninguna justificación ético – política, ya que son aceptados y percibidos en la cultura jurídica como normas evidentemente justas o correctas.¹¹⁹ A este tipo de principios Ferrajoli los ha denominado como “principios directivos”.¹²⁰

Los principios como normas indeterminadas no tienen que ver con la posición de estos en el ordenamiento jurídico, sino, con el propio contenido de las normas y su estructura, ya que estos tendrán como características: un supuesto de hecho abierto, lo cual supone que la norma no enumere los hechos de los cuales se produce la consecuencia jurídica, a diferencia de las reglas que son normas cerradas que tienen supuestos de hecho y consecuencias jurídicas taxativas; por otro lado, los principios son normas derrotables o defectibles, ya que admiten excepciones implícitas que no están establecidas en la norma expresa y por lo tanto son indeterminadas; y, finalmente, como tercera característica, los principios son normas genéricas que exigen la formulación de otras normas que permiten su concreción, actuación o ejecución, pero no en un sentido unívoco, sino que puede ser en modos diferentes y alternativos.¹²¹

Un ejemplo de un principio como norma indeterminada lo podemos encontrar en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República que versa sobre el principio de igualdad y no discriminación, en el cual el constituyente de Montecristi ha previsto que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades y que nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, edad, sexo, identidad de género, religión, ideología, pasado judicial, entre otros (norma abierta); ha dispuesto en la parte final del segundo inciso de este numeral que la ley sancionará toda forma de discriminación (norma genérica); y, en su tercer inciso, ha prescrito que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de los derechos (norma derrotable).¹²² El principio citado cumple con las tres características que establece Guastini sobre los principios como normas indeterminadas.

¹¹⁸ *Ibíd.*, 76-7.

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (Madrid: Editorial Trotta, 2014), 110.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² “2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad,

Como ya ha sido expuesto, los principios no son meras normas directivas que definirán o guiarán la actividad jurídica del Estado, sino, que existen principios que están formulados en términos de expectativa, siendo estos los derechos fundamentales que deberán ser configurados, desarrollados y regulados por el legislador.¹²³

Es así, que los derechos fundamentales tienen un doble contenido como principios: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo.¹²⁴ El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho cuando es interpretado de manera amplia, ya que es un principio abierto, indeterminado, general y derrotable.¹²⁵ Al tratar de buscar el contenido definitivo de los derechos estos pueden entrar en colisión con otros derechos protegidos por la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Guastini ha logrado identificar cuatro características al momento de presentarse un conflicto o una colisión entre principios constitucionales: (1) El conflicto se da entre normas que –generalmente– han sido promulgadas en el mismo tiempo; (2) Se trata de un conflicto entre normas que tienen el mismo estatuto formal, es decir, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del derecho; (3) Es un conflicto que no es identificable en sede de interpretación textual, en definitiva una antinomia; y, (4) Se trata de un conflicto en la que las dos normas se superponen parcialmente, ya que pueden coincidir en algunos aspectos o supuestos de hecho que se derivan de estas.¹²⁶

El método aplicable para resolver este conflicto de derechos es la ponderación, el cual determinará qué derecho y bajo qué circunstancias prevalece frente al otro,¹²⁷ lo que vendría a ser el contenido definitivo del derecho a través de una regla de cumplimiento obligatorio.¹²⁸ Alexy ha definido a este ejercicio ponderativo de derechos en los siguientes términos: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del

diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. [...] El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

¹²³ Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos*, 110 -1.

¹²⁴ Bernal Pulido, “Principio de proporcionalidad”, 438-9.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 214-5.

¹²⁷ Bernal Pulido, “Principio de proporcionalidad”, 438-9.

¹²⁸ Riccardo Guastini, “A propósito de neoconstitucionalismo” en *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo* (Lima: Ara Editores, 2013), 120.

otro”.¹²⁹ Es preciso anotar que en la colisión de principios, a diferencia de la colisión de reglas, no se invalida del mundo jurídico la norma que contiene el principio con menor peso, sino, que este no será aplicable exclusivamente para el caso en cuestión,¹³⁰ ya que lo que se pretende buscar es que los derechos sean tutelados de la mejor manera, [...] expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible”.¹³¹ Es decir, lo que se procurará es que en el sistema normativo pueden convivir el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, el derecho a la seguridad pública y el derecho a la libertad de tránsito, el derecho a la propiedad y el derecho al ambiente, el derecho a la libertad de manifestación y la protección al orden público.¹³²

Complementando lo expuesto, la Corte Constitucional para el período de transición, ha indicado que: “[...] Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura (normas téticas), torna necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de Derecho. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación”.¹³³

Ahora bien, ya en el ámbito político normativo que es el que nos interesa, la ponderación de derechos fortalece la deliberación política en los órganos parlamentarios, ya que si los derechos estuviesen en la constitución totalmente determinados reducirían en su máxima expresión la libertad de configuración normativa y política que goza el órgano legislativo; en consecuencia, este “[...] se transformaría en una autoridad competente solo para ejecutar las regulaciones predeterminadas por la Constitución y se desvanecería su importancia como foro para la deliberación democrática”.¹³⁴ En ese sentido, el legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa y política está habilitado para ponderar los derechos cuando necesita, por ejemplo, tipificar y sancionar el delito de injurias o calumnias, ya que por un lado estará el derecho a la libertad de expresión y por otro el derecho al buen nombre y honor.

¹²⁹ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 351.

¹³⁰ Robert Alexy, *La doble naturaleza del derecho* (Madrid: Editorial Trotta, 2016), 15.

¹³¹ Miguel Carbonell, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 10.

¹³² Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 94

¹³³ Ecuador Corte Constitucional para el período de Transición, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, 2 de abril de 2009.

¹³⁴ Bernal Pulido, *Principio de proporcionalidad*, 445.

Gloria Lopera señala lo siguiente sobre la aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos a nivel parlamentario:

[...] el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite [...] a todo intérprete constitucional [...] fundamentar la interpretación de los que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales.¹³⁵

Conforme se indicará en este trabajo, el principio de proporcionalidad con sus subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación, constituye un límite de los límites de la potestad de intervención de los derechos que tiene el legislador, cuyo punto de inflexión para determinar si una medida es desproporcionada es la afectación al núcleo esencial de los derechos y la inexistencia de un fin constitucional legítimo que lo justifique, lo cual supone que la resolución que tomó el legislador es contraria a la constitución y, por lo tanto, debería ser declarada inconstitucional por parte del Tribunal o Corte que ejerce el control de constitucionalidad.

2. El principio de proporcionalidad en un contexto legislativo

2.1. Fundamento jurídico - político del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es una institución de raigambre germánico que en la actualidad está ocupando un espacio importante en las resoluciones y sentencias dictadas por las Cortes y los Tribunales constitucionales de España, Italia, Canadá, Sudáfrica y casi todos los países Latinoamericanos como es el caso de Ecuador, cuya principal finalidad será la de determinar el contenido de los derechos reconocidos en la constitución, principalmente, cuando existe un conflicto o una colisión de derechos.¹³⁶

Si bien el principio de proporcionalidad tiene su origen en el Siglo XX a través de la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*) como el máximo mecanismo para establecer el contenido esencial de los derechos y limitar la arbitrariedad del legislativo y de la administración al momento de regular los derechos

¹³⁵ Gloria Lopera, “El principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 273.

¹³⁶ Bernal Pulido, “Principio de proporcionalidad”, 437.

fundamentales,¹³⁷ no podemos desconocer que el antecedente más próximo y que guarda cierta similitud es el *principio de razonabilidad* de Estados Unidos que fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia (*Supreme Court of Justice*) entre 1886 y 1905 como consecuencia de las enmiendas constitucionales V (1791) y XIV (1868) para hacer efectivo el principio al *due process of law e equal protection*.¹³⁸ Entre los principales criterios que desarrolló esta Magistratura en torno al principio de razonabilidad están: (1) En ejercicio de la potestad regulatoria del Estado las normas no pueden invadir de manera evidente los derechos y las libertades; (2) Las limitaciones y regulaciones normativas deben ser “prudentes”; y, (3) El Estado debe probar que en la norma existe una relación razonable entre la regulación y el fin perseguido.¹³⁹ Estos criterios tienen cierta semejanza con los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto del principio de proporcionalidad –que serán expuestos más adelante–.

Ahora bien, el fundamento del principio de proporcionalidad radica en la existencia del Estado constitucional de derecho, en el cual el individuo y sus derechos son los fines del Estado y no al contrario.¹⁴⁰ Esto ha sido ratificado por Ávila Santamaría, ya que para el profesor ecuatoriano los derechos en este modelo de Estado serán protegidos y garantizados con especial interés al ser el fin del Estado y límites y vínculos del poder.¹⁴¹ Límites, porque ninguna autoridad, funcionario administrativo, judicial o de otra nominación, inclusive de representación popular como los legisladores, podrán violar los derechos reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; y, también vínculos, porque las diferentes entidades y organismos del Estado tienen la obligación de efectivizarlos, como es el caso de la Asamblea Nacional al ejercitar la garantía constitucional normativa.¹⁴²

Ratificando esta primera aproximación, la Corte Constitucional del Ecuador sobre el fundamento del principio de proporcionalidad en la Sentencia No. 048-13-SCN-CC de

¹³⁷ Christian Rodríguez, *El principio de proporcionalidad por el legislador: ideas para una mejora ex ante de las leyes en Colombia* (Bogotá: Editorial Unimagdalena, 2017), 20-1.

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de personalidad* (Santiago de Chile: Librotecnia, 2008), 165-6.

¹⁴⁰ Luis Castillo Córdova, “Principio de proporcionalidad y habeas corpus” en *Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008* (Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009), 36.

¹⁴¹ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia” en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 22.

¹⁴² *Ibíd.*

4 de septiembre de 2013 lo justificó en varios principios inherentes al Estado constitucional de derecho, principalmente los de aplicación de los derechos que contiene el artículo 11 de la Constitución:

Incluso podríamos afirmar que la legitimidad de su utilización se deriva directamente de principios constitucionales, como son la supremacía constitucional, el mandato de aplicar sus normas de manera directa, la prohibición de restricción del contenido de los derechos constitucionales, el principio de interpretación *pro personae*, la indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de los derechos y principios o la prohibición de regresividad.¹⁴³

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú, además de la cláusula de Estado de derecho y los derechos como fines de este, también fundamenta la existencia del principio de proporcionalidad en el valor de justicia material: “[...] el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material”.¹⁴⁴ En este mismo sentido también se ha pronunciado el profesor Rubio Llorente, ya que en los países donde no está tipificado expresamente –como en el caso español–, este se derivará de otros principios y valores: “[...] el principio en cuestión se ha hecho derivar tanto de la idea misma de derecho fundamental como mandato de maximalización, como de la idea de justicia, o de la de Estado de Derecho”.¹⁴⁵

La “justicia” como valor se encuentra reconocido por el artículo 1 de nuestra Constitución cuando determina que el Estado ecuatoriano es un Estado constitucional de derechos y justicia. Valor que puede ser el más discrecional en la denominación y construcción de nuestro modelo de Estado constitucional, ya que aún no existe desde el ámbito jurídico, filosófico e inclusive sociológico un concepto unívoco o uniforme sobre su real alcance; de ahí que, la Corte Constitucional ecuatoriana al tratar de establecer un alcance de este valor que es transversal en nuestra Constitución ha indicado lo siguiente:

En sí, la justicia reconocida constitucionalmente (Art. 1. Constitución de la República del Ecuador) sin duda es un pilar fundamental sobre el cual se forma la sociedad ecuatoriana; posee un sentido estructural que pretende la realización de la libertad e igualdad, así como de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Derechos de la Naturaleza, como el de acceso al agua, los cuales forman la estructura de bienes primarios que proyectan una vida digna: el *sumak kawsay*.¹⁴⁶

¹⁴³ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 048-13-SCN-CC, 4 de septiembre de 2013.

¹⁴⁴ Perú Tribunal Constitucional, Sentencia para resolver el Expediente No. 0010-2002-AI/TC, 3 de enero 2003.

¹⁴⁵ Rubio Llorente, *La forma del poder*, 1041-2.

¹⁴⁶ Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia No. 001-09-SCN-CC”, 14 de mayo de 2009, 7.

En definitiva, el principio de proporcionalidad se encuentra fundado en la existencia del Estado Constitucional, en los derechos y en la justicia como valor.

Ahora bien, en el Estado constitucional los derechos de los individuos son la regla general y el punto de inicio de toda la regulación jurídica y del funcionamiento del Estado;¹⁴⁷ sin embargo, como ya hemos advertido, los derechos no son absolutos, ya que a nivel político y jurídico un reconocimiento de derechos absolutos a todos los individuos que componen la sociedad conllevaría a un conflicto entre el ejercicio de tales derechos y al caos, que básicamente se traduciría en “la ley del más fuerte”.¹⁴⁸

La necesidad de restringir el ejercicio de los derechos y la exigencia de crear un mecanismo en el cual el ejercicio de los derechos por parte de sus titulares sea compatible con el ejercicio de los derechos de los demás está justificado con la existencia del Estado constitucional de derecho, de los derechos en sí mismo y el valor de justicia material.¹⁴⁹ Esta justificación, legitima la potestad del Estado para restringir el ejercicio de los derechos bajo ciertos límites formales y materiales, ya que es necesario evitar el abuso y la arbitrariedad de las instancias estatales que están llamadas a hacerlo en uso de sus potestades constitucionales; en dicho contexto, el principio de proporcionalidad constituye un límite material de los derechos, fungiendo como “un límite de los límites”, conforme lo ha acuñado la doctrina y la jurisprudencia alemana, que además establece su fundamento en el Estado derecho y en la esencia de los derechos: “Se trata del principio de proporcionalidad, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dedujo primero del principio de Estado de Derecho consagrado en el artículo 20.3 LFB y más tarde «de la propia esencia de los derechos fundamentales»”.¹⁵⁰

Conforme se señaló en los subcapítulos precedentes, los derechos tienen dos contenidos: uno *prima facie* y un contenido definitivo. En el caso del contenido *prima facie* el derecho al ser un principio indeterminado, abierto, genérico y derrotable se le puede atribuir todas las facultades adscritas al mismo. Considerando que el derecho puede entrar en colisión con el contenido *prima facie* de otro derecho reconocido por la constitución, este puede ser limitado legítimamente por los Poderes del Estado, como es el Poder Legislativo a través de la ley.¹⁵¹ Es así, que en el ámbito legislativo los

¹⁴⁷ Bernal Pulido, “Principio de proporcionalidad”, 439-440.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 440.

¹⁴⁹ Bernal Pulido, “Principio de proporcionalidad”, 439-440.

¹⁵⁰ Mariano Bacigalupo, “La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal”, *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 38 (1993): 299. url: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79490>.

¹⁵¹ Bernal Pulido, “Principio de proporcionalidad” 438-9.

Congresos, Asambleas y los Parlamentos gozan de una legitimidad democrática para expedir, reformar, derogar e interpretar las leyes, los cuales podrían limitar o restringir un derecho si es necesario para privilegiar el derecho de un tercero o el bienestar general ante determinada situación, como es el caso, por ejemplo, de la legítima defensa en materia penal que es una de las causas de exclusión de la antijuridicidad.

Reforzando lo expuesto, Castillo Córdova indica lo siguiente:

[...] hoy en día es común la afirmación de que el poder político (en todas sus manifestaciones) puede restringir o suspender derechos fundamentales. La justificación de esta afirmación es que ello es posible debido a que los derechos fundamentales, primero, tienen la calidad de principios, por lo que –segundo– no solo tienen reconocido un peso específico, sino que además –tercero– son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en grados e intensidad distinta. Por lo que es posible atribuir pesos a los derechos fundamentales y dependiendo del peso atribuido el derecho alcanzará un grado de optimización u otro cuando ambos concurren en las circunstancias del caso concreto.¹⁵²

Bernal Pulido señala que el uso del principio de proporcionalidad se ha extendido al examen de las intervenciones legislativas en el Estado constitucional de derecho, en el que su tercer elemento, el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación se ha vuelto imprescindible,¹⁵³ ya que en este modelo de Estado los derechos no pueden ser restringidos sin que exista una necesidad que lo justifique,¹⁵⁴ siendo el principio de proporcionalidad el mecanismo que permitirá a nivel parlamentario razonar la limitación o restricción de un derecho para garantizar otro. En esta parte es preciso indicar que el principio de proporcionalidad mayoritariamente será aplicado cuando existe una limitación o restricción de un derecho, no obstante, también será aplicado en menor medida cuando por acción insuficiente u omisión el derecho es violentado, esto ocurre principalmente en los derechos de prestación.¹⁵⁵

2.2. El núcleo esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad como límites a la intervención legislativa

¹⁵² Castillo Córdova, “Principio de proporcionalidad y habeas corpus”, 31.

¹⁵³ Bernal Pulido, “Principio de proporcionalidad”, 437.

¹⁵⁴ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 504.

¹⁵⁵ Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el acceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 127.

La función legislativa que ejercen los órganos parlamentarios tienen, entre otras finalidades, la de configurar o conformar las disposiciones de la constitución,¹⁵⁶ ya que el legislador deberá escoger el contenido de las leyes entre un número amplio de alternativas al existir una indeterminación de las disposiciones de los derechos fundamentales y de la constitución en general; en consecuencia, el legislador deberá “aterrizar” dichas indeterminaciones mediante medidas legislativas de desarrollo, de protección o de restricción.¹⁵⁷ En el caso de las medidas legislativas de restricción de derechos Alexy señala lo siguiente:

Los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo mediante, o sobre la base de, normas con rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, que normas de rango constitucional autorizan a imponer restricciones.¹⁵⁸

Ahora bien, esa libertad de configuración legislativa que tendrá la Asamblea Nacional no es del todo absoluta, ya que la “Constitución establecerá las condiciones materiales y formales que toda intervención legislativa en el ámbito de los derechos fundamentales debe cumplir para ser admisible”,¹⁵⁹ siendo el fundamento para hacerlo a través de ley: los derechos de un tercero, exigencias de la moral, razones de orden público o el bienestar general, conforme lo dispone el Artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;¹⁶⁰ y, el límite más importante para Betterman, citado por Bernal Pulido, el núcleo esencial de los derechos,¹⁶¹ el cual obligará al poder político y al legislador a no invadirlo, bajo prevenciones de ser declarado inconstitucional.¹⁶²

En el caso español el límite “núcleo esencial de los derechos” está previsto en el numeral 1 del artículo 53 de su Constitución en los siguientes términos: “Los derechos y libertades reconocidos [...] vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades [...]”; por su parte, la Ley Federal Alemana también lo reconoce en

¹⁵⁶ Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad, 498.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 244.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 524.

¹⁶⁰ El artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe lo siguiente: “2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² Castillo Córdova, Los derechos constitucionales, 416.

el numeral 2 del artículo 19 de la siguiente forma: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.”

Ya en el caso ecuatoriano, podemos encontrar el núcleo esencial de los derechos en el numeral 4 del artículo 11 de la Constitución de la República que signa lo siguiente: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”, y complementariamente, el último inciso del numeral 8 del artículo *ibídem* establece que “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

De las disposiciones citadas debemos indicar varios elementos que se pueden apreciar: (1) Por un lado el numeral 4 del artículo 11 establece la prohibición de restringir el contenido de los derechos y de las garantías constitucionales; (2) La consecuencia de violentar el núcleo esencial de los derechos será la declaratoria de inconstitucionalidad, conforme lo dispone el numeral 8 del artículo 11; y, (3) Como elemento final, tenemos que el numeral 8 del artículo 11 sancionará la restricción del derecho cuando se disminuya, menoscabe o anule injustificadamente. Por lo tanto, el constituyente de Montecristi faculta al legislador limitar el ejercicio de los derechos siempre y cuando exista una causa justificada de por medio, como son los casos que prescribe el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

A efectos de profundizar en la definición del núcleo esencial o núcleo duro de los derechos, es menester referirnos a la Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana de transición No. 003-10-SEP-CC de 13 de enero 2010 que ha citado el siguiente apartado de la Sentencia No. STC 11/81 del Tribunal Constitucional español:

[...] es aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su particularidad; lo que lo hace que sea reconocible como derecho pertinente a un determinado tipo. Aquella parte del contenido que es necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.¹⁶³

Complementando lo expuesto, la Corte Constitucional ecuatoriana posesionada en 2019 en el Dictamen No. 003-19-DOP-CC de 14 de marzo de 2019, para resolver la objeción presidencial por inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos especificó en el párrafo 21 lo siguiente sobre el núcleo esencial de los derechos:¹⁶⁴

¹⁶³ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 003-10-SEP-CC, 13 de enero de 2010.

¹⁶⁴ Ecuador Corte Constitucional, Dictamen No. 003-19-DOP-CC, 14 de marzo de 2019.

[...] el órgano con potestad para emitir normas, en particular el Legislativo, se erige en el garante de los derechos y principios constitucionales. Es así que, en el proceso de formación de las leyes, debe regular las relaciones y situaciones jurídicas de tal modo que no excedan o invadan el contenido esencial de los derechos y disposiciones fundamentales contemplados en la Norma Suprema, por lo tanto, tiene un límite dado por el contenido esencial de los derechos constitucionales, no los puede afectar, invadir, limitar o restringir, más si los puede desarrollar y regular.

Volviendo a los límites de la actividad legislativa, Manuel Medina Guerrero indica que los derechos fundamentales en su conjunto no se erigen como un sistema cerrado de límites para el ejercicio de las competencias legislativas, ya que no pueden ser considerados como un catálogo de mandatos y prohibiciones que regularán la actuación de los órganos parlamentarios, toda vez que el legislador goza de una amplia libertad para configurar o concretar los derechos de acuerdo a los dictados de la conveniencia política;¹⁶⁵ no obstante, la intervención legislativa en ejercicio de esa libertad puede implicar una limitación o restricción de los derechos fundamentales para lo cual requiere de otros límites, siendo estos los denominados “límites de los límites de los derechos fundamentales”, que no solo será el núcleo esencial de los derechos –como ya habíamos anotado en un inicio–, sino también el principio de proporcionalidad, siendo límites que se engloban dentro de una misma categoría pero actúan de manera independiente.¹⁶⁶ Criterio que es compartido por Barnés, citado por Bernal Pulido: “[...] es pertinente traer a colación el parecer de J. Barnés, cuyas palabras traslucen también una apuesta por ubicar el principio de proporcionalidad dentro de los límites de los límites de los derechos fundamentales.”¹⁶⁷ principio que estará integrado por un marco de criterios que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades.¹⁶⁸

Ahora bien, la pregunta que nos resta por resolver es ¿Bajo qué criterios el legislador podrá desarrollar o regular los derechos sin afectar su núcleo esencial y, además, garantizar su libertad de configuración normativa?

En el foro jurídico se han presentado dos teorías para determinar en qué casos se afectaría el núcleo esencial de los derechos: por un lado la teoría absoluta exige que toda regulación legislativa de los derechos debe respetar el núcleo esencial, siendo un mandato de prohibición para el legislador de contradecir las normas y las posiciones iusfundamentales definitivas que se prescriben en la constitución, es decir, toda

¹⁶⁵ Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Madrid: McGraw-Hill, 1996), 115 y ss.

¹⁶⁶ *Ibíd.*,

¹⁶⁷ Bernal Pulido, *Principio de proporcionalidad*, 526.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

intervención legislativa que contradiga las normas y posiciones definitivas que pueden adscribirse a una disposición iusfundamental deberá ser considerada como una norma que no respeta el contenido esencial de los derechos;¹⁶⁹ mientras que la teoría relativa sostiene que el núcleo esencial del derecho se puede determinar una vez que se haya aplicado el principio de proporcionalidad, siendo lo desproporcionado lo que afectaría el contenido del derecho. Bernal Pulido lo explica de la siguiente forma: “Esta tesis asegura que mediante la aplicación del principio de proporcionalidad se determina el contenido esencial del derecho [...] Dicho en una frase, toda medida desproporcionada vulnera el contenido esencial, y ninguna medida legislativa vulnera dicho contenido a menos que sea desproporcionada”.¹⁷⁰

Sin embargo, existe una tercera vía que es la teoría de la implicación que acoge varios aspectos de la teoría relativa, en la cual no sólo lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial, sino también la intervención legislativa que contradice las normas y posiciones iusfundamentales definitivas, las cuales actuarán en un ámbito de intersección con el principio de proporcionalidad.¹⁷¹

Las normas iusfundamentales definitivas son aquellas que se aplican directamente a los casos fáciles, como por ejemplo, la prohibición del legislador de imponer como sanción la pena de muerte o la prohibición de la prisión por deudas que reconoce el artículo 66 numerales 1 y 29, literal c) de la Constitución de la República, ya que su transgresión evidentemente vulneraría el contenido esencial del derecho; no obstante, la teoría de la implicación reconoce que en los casos difíciles será imperativo la aplicación del principio de proporcionalidad:

[...] en los casos difíciles en los cuales existe una identidad entre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial, pues toda medida que sea desproporcionada vulnera el contenido esencial del derecho y porque en estos casos, aquello que constituye el contenido esencial no puede determinarse sino mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.¹⁷²

En definitiva, el legislador a efectos de desarrollar y regular los derechos en los casos difíciles está facultado para aplicar el principio de proporcionalidad en sentido amplio como un mecanismo que permita justificar tanto la protección de un derecho como la restricción de otro derecho sin que sea afecte su núcleo esencial.

¹⁶⁹ Bernal Pulido, Principio de proporcionalidad, 566-7.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, 566.

¹⁷¹ *Ibíd.*, 567.

¹⁷² *Ibíd.*, 569.

2.3. El principio de proporcionalidad: control *ex post* y *ex ante* a la intervención legislativa que regula derechos

La mayor parte de la doctrina y literatura que se ha producido en torno al principio de proporcionalidad se ha limitado a estudiar y analizar este principio a partir de su aplicación en el ámbito de la justicia constitucional; sin embargo, poco o nada han dicho de la aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación de derechos por parte de los órganos legislativos pero si han reconocido su existencia, toda vez que estas magistraturas realizarán un control de constitucionalidad *ex post* de las leyes que han sido expedidas por los Congresos, Asambleas y Parlamentos, lo cual hace presuponer que existe una aplicación del principio de proporcionalidad *ex ante* en un contexto de deliberación política y de libertad de configuración normativa que goza el legislador.

El alcance y el *status* jurídico del principio de proporcionalidad puede ser variado y diverso; de ahí que, este ha sido mayormente catalogado por la doctrina y la jurisprudencia como un principio general del derecho y como un “límite de los límites de los derechos fundamentales”.¹⁷³ Para el caso que nos convoca, nos referiremos a la segunda tesis, cuya denominación fue acuñada por Bettermann en 1964.¹⁷⁴

Siguiendo al profesor argentino Mariano Bacigalupo el “límite de los límites de los derechos” para el caso legislativo serán el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial de los derechos.¹⁷⁵ Límites que, si bien forman parte de una misma categoría, teóricamente son autónomos y operan de manera independiente;¹⁷⁶ no obstante, ya en su aplicación y en el desarrollo dogmático que han generado las cortes europeas, la garantía del contenido esencial ha quedado gradualmente reducido como un mero filtro y un accesorio del principio de proporcionalidad,¹⁷⁷ ya que básicamente la ley que no supere el principio de proporcionalidad se estimará como una ley desproporcionada que afecta el núcleo esencial del derecho y por lo tanto es inconstitucional.

El principio de proporcionalidad dentro del sistema político - jurídico constitucional puede comprenderse como una estructura que está compuesto por tres

¹⁷³ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 507.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 524.

¹⁷⁵ Bacigalupo, “La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes”, 299-304. Bacigalupo indica que los límites de los límites también serán aplicables para los jueces, siendo estos: el principio de efecto recíproco entre los derechos fundamentales, el principio de efecto de irradiación de los derechos fundamentales y el principio de interpretación de la ley limitadora más favorable o conforme a la efectividad de los derechos fundamentales

¹⁷⁶ Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador*, 115.

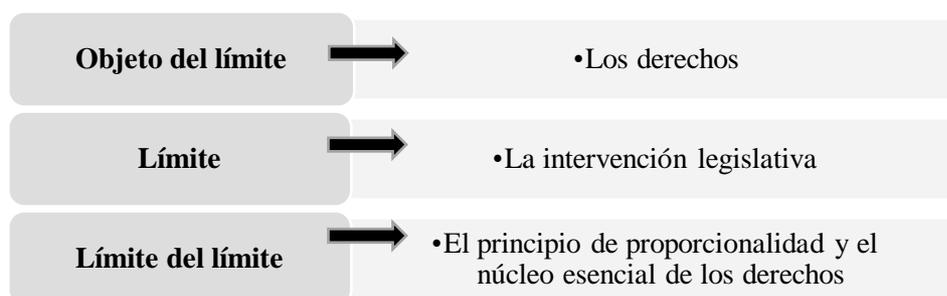
¹⁷⁷ Bacigalupo, “La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes”, 302.

elementos: (1) El objeto del límite que serán los derechos fundamentales; (2) El límite de los derechos que es la intervención legislativa; y, (3) El límite de los límites que viene a ser el principio de proporcionalidad y el núcleo esencial del derecho, que pueden operar de manera conjunta o separada.¹⁷⁸

Respecto al último elemento, debemos indicar que en el caso ecuatoriano, de acuerdo a nuestro sistema jurídico-constitucional el principio de proporcionalidad y el núcleo esencial de los derechos operarán de manera conjunta, conforme lo prescribe la Constitución en los numerales 8 y 4 del artículo 11, ya que por un lado el constituyente ha determinado que los derechos no pueden ser limitados de manera injustificada y por otro ha dispuesto que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.¹⁷⁹

Esta estructura la podemos graficar de la siguiente forma, siguiendo la propuesta de Bernal Pulido:¹⁸⁰

Gráfico 1



Fuente: Carlos Bernal Pulido
Elaboración: Propia.

Volviendo a Alexy, los derechos al ser principios y por consiguiente mandatos de optimización se caracterizan porque deben ser cumplidos en diferentes grados de acuerdo con las posibilidades fácticas y las posibilidades jurídicas; en dicho contexto, el principio de proporcionalidad para el profesor alemán es el principio más importante de los principios del derecho constitucional material, más aún, si este definirá el contenido definitivo de los derechos: “[...] los principios tienen una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de

¹⁷⁸ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 529.

¹⁷⁹ El principio de proporcionalidad contenido en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República está circunscrito exclusivamente a la proporcionalidad que deben existir entre infracciones y sanciones. Si bien puede existir un ejercicio ponderativo de derecho a nivel penal, este es muy limitado.

¹⁸⁰ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 529.

proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, se sigue lógicamente de la definición de principios, u esta definición se sigue de aquel”.¹⁸¹ De esta definición podemos colegir dos cuestiones: primero, que el límite material de los derechos es el principio de proporcionalidad; y, segundo, el desconocimiento de los principios básicamente significaría el desconocimiento del principio de proporcionalidad. Respecto de la segunda cuestión Alexy señala además que “[...] quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad”.¹⁸²

Bernal Pulido, complementando esta definición del principio de proporcionalidad como límite material de los derechos, señala que el principio es “[...] un criterio estructural que sirve para articular las tensiones que se crean entre disposiciones constitucionales o entre argumentos interpretativos materiales de los derechos fundamentales que entran en mutua contraposición”.¹⁸³

Admitiendo que los derechos son principios con naturaleza de mandatos de optimización que pueden colisionar entre sí, el principio de proporcionalidad de acuerdo con Castillo Córdova es un procedimiento que permite establecer cuál derecho debe prevalecer, cuál será su grado de optimización y cuál será el grado de restricción o limitación del derecho derrotado:¹⁸⁴

[...] el principio de proporcionalidad tendría la finalidad de ayudar a establecer si una medida de intervención sobre un derecho fundamental dictada con fundamento en un derecho fundamental distinto y opuesto, ocasiona o no una lesión o sacrificio proporcionado en el derecho fundamental intervenido, y ello con la finalidad de decidir si se le da o no cobertura constitucional. Con otras palabras, estaría destinado a determinar la constitucionalidad de toda medida legislativa, ejecutiva o judicial, inclusive privada que restrinja o límite un derecho constitucional.¹⁸⁵

De esta definición podemos advertir que el principio de proporcionalidad será utilizado para garantizar que las decisiones de los órganos legislativos, de gobierno y jurisdiccionales no sean arbitrarias y excesivas so pretexto de garantizar un derecho y, que en caso de que eso ocurriera, se declarará como inconstitucional dicha medida y se le dotará de una cobertura constitucional al derecho afectado. Esta definición, además,

¹⁸¹ Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 350.

¹⁸² Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 101.

¹⁸³ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 515.

¹⁸⁴ Castillo Córdova, “Principio de proporcionalidad y habeas corpus”, 37.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

ratifica la aplicación *ex post* del principio de proporcionalidad sobre los actos de naturaleza legislativa.

En el caso ecuatoriano, López Hidalgo también concibe al principio de proporcionalidad como un mecanismo *ex post* por parte de los jueces que permite medir la licitud de las intervenciones en los derechos en un caso concreto:

[...] el principio de proporcionalidad en sentido amplio es un concepto esencialmente relacional que se encuentra ligado siempre a un sustrato normativo, vinculado a una determinada teoría de la interpretación que permite medir la licitud de toda intervención de género normativo en el ejercicio de los derechos desde un concreto perfil, que es evitar la inutilidad, necesidad, desequilibrio o desproporción de una medida empleada.¹⁸⁶

Ya en el ámbito jurisdiccional, la Corte Constitucional ecuatoriana de transición y las siguientes, han intentado en las Sentencias Nos. 002-09-SIN-CC, 005-09-SEE-CC, 004-12-SIN-CC, 005-12-SIN-CC, 010-12-SIN-CC, 012-13-SIN-CC, 048-13-SCN-CC,¹⁸⁷ 001-14-SIN-CC, 006-15-SIN-CC, 011-15-SIN-CC, entre otras, establecer el alcance del principio de proporcionalidad; sin embargo, no ha dejado de ser un ejercicio enunciativo, retórico, confuso –al asimilarlo con el principio de razonabilidad y el juicio de igualdad– y discrecional en su aplicación, pero que en definitiva ha sido aplicado para controlar un acto normativo que ya se encuentra en vigencia, es decir, de forma *ex post*.

Ahora bien, para los objetivos que perseguimos en esta tesis, fundamentaré a través de tres fallos de nuestra Corte Constitucional la posibilidad de que el legislador pueda aplicar el principio de proporcionalidad con sus tres suprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación en un contexto *ex ante* y de forma abstracta, conforme ha sido sugerido a lo largo de esta investigación.

En ese sentido, me a referiré a la Sentencia No. 003-14-SIN-CC de 17 de septiembre de 2014 para resolver la acción pública de inconstitucionalidad a la Ley

¹⁸⁶ Sebastián López Hidalgo, “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: Una aproximación al caso ecuatoriano”, Estudios de Deusto, No. 65/1 (2017): 185. doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp185-217](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp185-217)

¹⁸⁷ En la Sentencia No. 048-13-SCN-CC de 23 de septiembre de 2013 para resolver la consulta de constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley Reformatoria al Código de Niñez y Adolescencia, la Corte Constitucional indicó que el principio de proporcionalidad ya no puede concebirse como una mera creación jurisprudencial de las altas Cortes sino que ha sido reconocido normativamente por los Estados, como es el caso ecuatoriano en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC); además, la Corte determinó la doble dimensión de este principio como un “[...] mecanismo de interpretación jurídica y solución de antinomias entre principios constitucionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano [...]”,¹⁸⁷ lo que da cuenta del doble uso que se puede tener este principio en nuestro contexto constitucional, siendo su segundo uso el que nos interesa para efectos de resolver la colisión de principios o derechos.

Orgánica de Comunicación, el Dictamen No. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019 para resolver la objeción por inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica de Registro de Ecuatoriano de Violadores, Abusadores y Agresores Sexuales de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley REVAAS) y la Sentencia No. 282/13-JP/19 de 4 de septiembre de 2019 relativo al ejercicio de derecho al honor por parte de las Instituciones del Estado.

Respecto a la Sentencia No. 003-14-SIN-CC, la Corte Constitucional definió el alcance del principio citando expresamente la Sentencia No. 048-13-SCN-CC y la opinión Consultiva No. OC-5/85 y la Sentencia del caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH); no obstante, el aspecto interesante en este fallo es que utiliza el principio de proporcionalidad en un caso de control abstracto de constitucionalidad (control *ex post*) para resolver la contradicción entre el derecho a la información con los derechos a la comunicación y libertad de expresión cuando un medio de comunicación es sancionado administrativamente por no cubrir y difundir los hechos de interés general.¹⁸⁸ De esta sentencia podemos inferir que el principio de proporcionalidad puede ser utilizado para casos abstractos (*erga omnes*) de origen legislativo en los cuales no es requisito *sine qua non* una individualización de los hechos y la situación específica de los titulares de los derechos que se encuentran en contradicción, como sería en una causa de control concreto de constitucionalidad a través de consulta de norma o una garantía jurisdiccional. En consecuencia, si la Corte Constitucional determinó en este caso que la regulación legislativa superó el test de proporcionalidad al ser idónea, necesaria y proporcional –en sentido estricto–, podemos colegir que el legislador en un contexto *ex ante* también lo aplicó y por lo tanto ha sido reputado como constitucional.

Sin perjuicio de este fallo, es importante indicar que la Corte Constitucional posesionada en 2019 ha ratificado el uso del principio de proporcionalidad en los términos planteados por las anteriores Magistraturas. En el caso de la objeción por inconstitucionalidad al proyecto de la Ley REVAAS, la Corte Constitucional en el Dictamen No. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019 no desarrolló una definición del principio de proporcionalidad, sin embargo, realizó una explicación sucinta de la estructura del principio y sus subprincipios que veremos más adelante:

74. Sobre esta base, corresponde analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, por lo cual se debe valorar 1) si existen otras alternativas menos gravosas para alcanzar el fin legítimo antes expuesto, o es el único medio para alcanzarlo"; 2) si es

¹⁸⁸ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 17 de septiembre de 2014.

adecuada para "contribuir a la realización del objeto invocado"; y, 3) si es apropiada para desempeñar su función protectora, es decir si es el instrumento menos perturbador para conseguir el resultado deseado.¹⁸⁹

Más allá del alcance de la estructura del principio de proporcionalidad que desarrolla la Corte Constitucional, el aspecto relevante es que ha sido utilizado en el control previo de constitucionalidad de un proyecto de ley, es decir, *ex ante*, ya que se lo ha hecho en el marco de una objeción de inconstitucionalidad respecto de un texto que no ha sido promulgado ni publicado en el Registro Oficial; por consiguiente, nos vamos acercando cada vez más a la aplicación del principio de proporcionalidad como un criterio que permite evaluar si una medida legislativa es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto antes de que entre a formar parte del ordenamiento jurídico del Estado.

Finalmente, la Sentencia No. 282/13-JP/19 de 4 de septiembre de 2019 que tiene que ver con la acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de la Corte Provincial de Pichincha para resolver la apelación de una acción de protección presentada por la Secretaría Nacional de la Administración Pública en contra de un medio de comunicación privado, nos dota de elementos fundamentales que determinarán la aplicación del principio de proporcionalidad y sus subprincipios por parte de la Asamblea Nacional al momento de regular los derechos. La Corte Constitucional, en el contexto de la limitación del derecho a la libertad de expresión y citando la jurisprudencia de la CorteIDH manifestó lo siguiente en el párrafo 61:

[...] la Corte reconoce que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, y puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores que, según la Convención Americana "[...] deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". De ahí que para considerarse legítimas, las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben: (i) estar expresamente previstas en una ley, (ii) perseguir un fin legítimo y, (iii) ser idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales para la consecución de tal fin.¹⁹⁰

De esta sentencia podemos llegar a las siguientes premisas que justificarían de una vez por todas la aplicación del principio de proporcionalidad con sus subprincipios por parte de la Asamblea Nacional en un contexto *ex ante* y con efectos *erga omnes*: (1) Los derechos no son absolutos; (2) Los derechos al no ser absolutos pueden ser restringidos si lo que se pretende es asegurar otro derecho o la protección de la seguridad nacional o la salud o la moral pública; (3) La restricción a un derecho debe estar en ley (reserva de

¹⁸⁹ Ecuador. Corte Constitucional, Dictamen No. 5-19-OP/19, 4 de diciembre de 2019.

¹⁹⁰ Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 282-13-JP/19, 4 de septiembre de 2019.

ley); y, (4) La restricción que se va a tipificar en una ley debe ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

En conclusión, si la Corte Constitucional indica que la limitación o restricción de un derecho para ser legítima debe estar prescrito en una ley (reserva de ley) y que además debe cumplir con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), no cabe la menor duda que la Asamblea Nacional para cumplir con este cometido puede aplicar el principio de proporcionalidad en ejercicio de su libertad de configuración normativa para que no sea una medida excesiva, arbitraria, irracional y, por consiguiente, inconstitucional.

Ratificando el reconocimiento a nivel jurisprudencial del uso y aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador, es menester citar los fallos que han dictado otras magistraturas para reforzar la conclusión a la que llegamos en los párrafos precedentes. En el caso español el Tribunal Constitucional en la Sentencia 55/1996 para resolver una cuestión de inconstitucionalidad indicó que el legislador aplica el principio de proporcionalidad pero en una forma distinta a la de los jueces, ya que este deberá hacerlo de acuerdo a las opciones políticas que considera más oportunas, es decir, en ejercicio de su libertad de configuración normativa:

La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas.¹⁹¹

En el caso Colombiano, la Corte Constitucional en la Sentencia C-581/2001 de 6 de junio de 2001 para resolver una demanda de inconstitucionalidad en contra del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, señaló que el Congreso de Colombia tiene la facultad para restringir el ejercicio de los derechos, pero fundamentado en criterios de razonabilidad y proporcionalidad:

Si la Constitución le otorga al Congreso la facultad de restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales, fundamentado en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, por medio de regulaciones punitivas, con las limitaciones a las que está sujeta la actividad legislativa en esa materia, se sobreentiende que dicha potestad cobija la posibilidad de determinar el momento en que éstas comienzan a regir.¹⁹²

¹⁹¹ España Tribunal Constitucional, Sentencia No. 55/1996, 28 de marzo de 1996.

¹⁹² Colombia Corte Constitucional, Sentencia No. C-581/2001, 6 de junio de 2001.

Finalmente, en el caso mexicano la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver el amparo de revisión No. 2146/2005, determinó que tanto el principio de proporcionalidad como el contenido esencial de los derechos son nociones que permiten solucionar las colisiones entre derechos y determinar los límites del legislador, siendo obligación del legislador establecer la relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar a través de la intervención legislativa:

Las nociones de contenido esencial y proporcionalidad son relevantes para la solución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos y para establecer los límites del desarrollo y reglamentación legislativa de las garantías individuales. [...] Dichos conceptos implican la idea de que el legislador bien puede limitar las garantías individuales con base en la Constitución, siempre que lo haga de manera justificada, es decir, estableciendo una relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar a través de la medida de intervención respectiva.¹⁹³

Ahora bien, la libertad de configuración normativa y política del legislador, constituye un eje central para el funcionamiento del Estado constitucional; es así que, la Asamblea Nacional, el Congreso Nacional o el Parlamento no deberían ser percibidos como antagonistas o enemigos de la Constitución, sino –como bien señala Bernal Pulido– en [...] la sede natural y primera en donde se concretarán los derechos fundamentales y los demás enunciados constitucionales”.¹⁹⁴ Es decir que, al ser los derechos indeterminados, requieren ser concretados por medidas legislativas, lo cual puede generar conflictos entre varios de estos; es ahí, donde el legislador deberá actuar, sin que esto represente una violación injustificada o a ultranza a los derechos reconocidos por la Constitución y su contenido esencial.

La intervención legislativa para el desarrollo y concreción de los derechos reconocidos en la constitución persigue tres objetivos en el juego democrático del Estado: (1) El órgano legislativo constituye la instancia que en principio debe solucionar las colisiones entre derechos y que debe armonizar todas las exigencias previstas en el texto constitucional;¹⁹⁵ (2) Las medidas legislativas serán los medios que permiten alcanzar los objetivos abstractos dispuestos por la constitución y el vehículo de interacción entre el Estado y la sociedad;¹⁹⁶ y, (3) Las medidas legislativas procurarán arbitrar procedimientos y garantías de los derechos en caso de su transgresión.¹⁹⁷

¹⁹³ México Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia para resolver el auto de revisión 2146/2005, 27 de febrero de 2007.

¹⁹⁴ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 499.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 498-9.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, 499.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

La importancia del legislador en el Estado constitucional de derecho es imperativo en la concreción de los derechos, ya que expresará y representará la voluntad política de la comunidad en determinado momento de la vida democrática de un Estado; sin embargo, el legislador no podrá utilizar su representación y la voluntad popular como un “caballo de Troya” para restringir o limitar los derechos, sino, que deberá hacerlo bajo el respaldo de “[...] razones materiales que logren fundamentar la decisión de la mayoría”;¹⁹⁸ en consecuencia, los derechos no podrán ser restringidos sin que exista un fin legítimo, no se invada el núcleo esencial del derecho y que los beneficios sean mayores a los reparos o perjuicios que pueda ocasionar, siendo el principio de proporcionalidad el mecanismo adecuado para conseguir aquello, conforme ya lo señaló nuestra Corte Constitucional en la Sentencia No. 282/13-JP/19 de 4 de septiembre de 2019.

Reforzando lo dicho, Rubén Sánchez Gil indica que el principio de proporcionalidad controlará el ejercicio de las facultades discrecionales que tienen los organismos supranacionales, la administración pública y el legislador (libertad de configuración normativa), ya que sus decisiones o resoluciones deberán ser razonadas y justificadas para no incurrir en arbitrariedad y en el exceso, principalmente cuando existe la intervención en un derecho. Sánchez Gil se refiere en los siguientes términos:

El principio de proporcionalidad tiene por objeto controlar el ejercicio de facultades discrecionales. En todos los órdenes en que se aplica, su examen se dirige a establecer si, al elegir alguna alternativa de decisión en los márgenes de actuación que les corresponden, las autoridades no lo hicieron de forma injustificada y por ello su acto resulta arbitrario o excesivo respecto de los fines que persigue y los derechos que afecta; así acontece cuando se controla a través del principio de proporcionalidad el “margen nacional de apreciación” en sede internacional, la libertad de configuración legislativa o el ejercicio de facultades discrecionales administrativas.¹⁹⁹

La justificación que se refiere Sánchez Gil a nivel parlamentario la podríamos encontrar en la exposición de motivos de los proyectos de ley, en los informes para primer y segundo debate y en los debates de las mesas legislativas y del Plenario. Entonces, la restricción o limitación de un derecho en un acto normativo supone necesariamente la existencia de razones fundamentadas que sostengan la decisión que se vaya a tomar, siendo la ponderación en abstracto el mecanismo para conseguir aquello una vez que la

¹⁹⁸ *Ibíd.*, 504.

¹⁹⁹ Rubén Sánchez Gil, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 243.

medida de intervención legislativa se pueda reputar como idónea y necesaria, conforme será expuesto en el siguiente subcapítulo.

3. Estructura del principio de proporcionalidad en el ámbito legislativo

3.1. Aproximación sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la intervención legislativa de los derechos

Siguiendo a la estructura desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el principio de proporcionalidad establecerá una triple exigencia a las leyes que tienen por finalidad concretizar el contenido definitivo de un derecho y que supongan la limitación de otro, siendo estos los subprincipios de: (1) idoneidad o adecuación (*Geeignetheit*): que es la exigencia de la debida adecuación o compatibilidad entre la medida adoptada por la autoridad y el fin perseguido por esta;²⁰⁰ (2) necesidad (*Erforderlichkeit*): que ordena que el medio escogido no restrinja el derecho más allá de lo estrictamente necesario entre las alternativas disponibles que permitan llegar al fin;²⁰¹ y, (3) proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*): expresa el deber de que exista una justificación racional entre los beneficios de la medida adoptada frente al daño o limitación padecido por el derecho afectado.²⁰²

Cada uno de estos subprincipios proyecta una vinculación para el legislador, dado que si una intervención legislativa en los derechos no es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, es inconstitucional. El principio de proporcionalidad viene a ser una pauta de conducta en la cual deberá actuar el legislador para solucionar los conflictos o colisiones entre los derechos, que a diferencia de los tecnicismos que tendrá el juzgador en su aplicación, existirá una razón política, de conveniencia o de oportunidad.²⁰³

La intervención legislativa partirá de un ejercicio interpretativo en el cual al derecho previsto en el texto constitucional se le adscribirá un contenido *prima facie* o también llamado *ámbito de protección inicial* o *contenido constitucionalmente protegido*

²⁰⁰ Cárdenas Gracia, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, 116.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² Ignacio Covarrubias Cuevas, “La renuencia del Derecho Británico a la regla optimizadora en el test de proporcionalidad (Y la constatación del mismo resultado en el Tribunal Constitucional Chileno)”, en *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, coord. David Ortiz y Katty Aquize (Lima: Ara Editores, 2013), 524.

²⁰³ Sánchez Gil, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”, 238.

ab initio.²⁰⁴ Los derechos al ser considerados principios y los principios mandatos de optimización, han determinado que los derechos constitucionalmente reconocidos no tengan un contenido definitivo, sino solo *prima facie*.²⁰⁵ Esta protección inicial supone un contenido amplio del derecho, lo que puede llevar a que este sea impracticable al tener un ámbito normativo que se extiende ilimitadamente; por lo tanto, es imperativo restringir ese contenido *prima facie* para reducirlo a lo prácticamente posible y a lo jurídicamente aceptable a través su contenido definitivo. En síntesis: “[...] el contenido de los derechos fundamentales tiene dos momentos: un primer momento en que es un contenido amplio, cuyas normas valen *prima facie* (el ámbito de protección inicial), y un segundo momento en el que es un contenido reducido, cuyas normas valen definitivamente (el contenido efectivamente garantizado)”.²⁰⁶

La teoría externa de los límites de los derechos fundamentales ha indicado que los derechos en su versión *prima facie* jamás podrán estar en una armonía absoluta ya que chocarán y se contradecirán; sin embargo, este conflicto será superado a través del principio de proporcionalidad que buscará el contenido definitivo del derecho, lo cual genera, además, un escenario en el cual hay un derecho vencedor y otro derecho vencido —que ha sufrido una “mutilación” en su contenido constitucional—.²⁰⁷ De acuerdo a esta teoría, los límites o las restricciones de los derechos serán mediante imposiciones externas, que vienen a ser realidades externas y distintas al del derecho mismo. Castillo Córdova lo plantea de la siguiente forma: “[...] La imposición la sufrirá el derecho vencido con un alcance proporcional al grado de optimización que se haya reconocido al derecho vencedor”.²⁰⁸

En esta intervención legislativa se pueden presentar tres fenómenos según Bernal Pulido “[...] El legislador puede actualizar algunas de las normas o posiciones iusfundamentales con validez *prima facie* (actualización), puede suprimirlas (restricción con presunción de validez definitiva) o puede limitarlas parcialmente o moldear algunos de sus modos de ejercicio (configuración con presunción de validez definitiva).²⁰⁹

Ahora bien, la democracia es un principio del Estado constitucional de derecho que invade y es transversal a todos los derechos reconocidos por el texto constitucional.

²⁰⁴ Castillo Córdova, “Principio de proporcionalidad y habeas corpus”, 32.

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 462-3.

²⁰⁷ Castillo Córdova, “Principio de proporcionalidad y habeas corpus”, 33-34.

²⁰⁸ *Ibíd.*, 34

²⁰⁹ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 533-4.

Tanto es así, que su ámbito de actuación no se limitará al ejercicio de los derechos políticos o derechos de participación, sino, que tendrá incidencia en los derechos de libertad y en los derechos prestacionales, siendo su función básica el de dotar de un fundamento material en su concreción.²¹⁰ En dicho contexto, el legislador que goza de legitimidad democrática y que está revestido de una representatividad, asumirá la difícil tarea de buscar el contenido definitivo de los derechos a través de su intervención en un escenario en el que estos tendrán una inminente tendencia a entrar en conflicto.²¹¹ La legitimidad de la intervención no solo dependerá de la legitimidad –democrática– de quién lo hace, sino también de la racionalidad de cómo lo hace, siendo el principio de proporcionalidad y sus subprincipios el criterio referencial para conseguir aquello.

Antes de explicar en el siguiente subcapítulo la estructura del principio de proporcionalidad y su aplicación en sede legislativa, es necesario advertir que el principio de proporcionalidad ya sea como método de interpretación constitucional o como mecanismo que permite resolver las colisiones entre principios constitucionales no debe reputarse exclusivamente como un principio *per se*, sino también, como una acción o un ejercicio deliberativo que permite fundamentar y justificar a través de sus subprincipios la limitación o restricción de un derecho; es así, que parte de la doctrina y la jurisprudencia lo han denominado de forma equivalente como examen, juicio o test de proporcionalidad por su carga argumentativa.

3.2. Estructura y subprincipios del principio de proporcionalidad: aplicación y ponderación de derechos en sede legislativa

3.2.1. Idoneidad o adecuación

La idoneidad o adecuación es el primer criterio que deberá observar el legislador conforme la estructura o esquema del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Este principio tiene una doble exigencia según Castillo Córdova: (1) Requiere que la medida de intervención de un derecho tenga un fin; y, (2) Exige que esta medida en sí misma sea adecuada para conseguir dicho fin.²¹²

²¹⁰ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 320-1.

²¹¹ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 213-4.

²¹² Castillo Córdova, “Principio de proporcionalidad y habeas corpus”, 38.

En el caso de la primera exigencia, Ávila Santamaría señala que la idoneidad permite apreciar que la intervención legislativa “[...] contribuye a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía [...]”.²¹³ En consecuencia, el legislador deberá justificar la limitación o restricción de un derecho para garantizar otro previsto en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Identificación de un derecho).

Es preciso anotar que el fin también puede fundarse en el orden público y en el bienestar general de la sociedad, conforme lo prescribe el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “2. En el ejercicio de sus derechos [...] toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

El orden público o el bienestar general no constituyen una justificación arbitraria o discrecional que puede esgrimir el legislador o la administración pública para intervenir un derecho, sino que deberá fundarse –como ya habíamos indicado– en otro derecho, como es el de la salud, educación, alimentación, ambiente, entre otros. Un típico ejemplo en este caso es el de la expropiación que restringe el derecho de propiedad de una persona, pero permite satisfacer un derecho a los ciudadanos a través de la construcción de un hospital, una escuela, un centro de acogida para adultos mayores o un centro de rehabilitación social.²¹⁴

Ahora bien, volviendo a la segunda exigencia que propone Castillo Córdova, el legislador, una vez que haya identificado el fin (derecho) que pretende proteger y la medida que permitirá conseguir aquello (intervención legislativa), deberá verificar que esta última sea apta para el logro del primero;²¹⁵ es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien

²¹³ Ramiro Ávila Santamaría, “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 332.

²¹⁴ En el caso ecuatoriano, este tipo de fin está contemplado en el artículo 323 de la Constitución de la República que prescribe lo siguiente: “Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley”.

²¹⁵ Juan Cianciardo, “El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales” en *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, coord. David Ortiz y Katty Aquize (Lima: Ara Editores, 2013), 454.

constitucionalmente protegido.²¹⁶ Ya que el legislador so pretexto de garantizar un derecho puede ocupar medios ilegítimos o constitucionalmente prohibidos. Un ejemplo de esta situación sería que el legislador con motivo de garantizar el patrimonio del acreedor disponga al deudor incumplido la pena privativa de libertad en la ley. Si bien existe el fin que sería la protección al patrimonio, la medida no es adecuada al estar constitucionalmente proscrita.²¹⁷ Otro ejemplo sería una reforma al Código Orgánico Integral Penal (COIP) que tipifique como pena la tortura o la desaparición forzada para sancionar los delitos en contra de la integridad sexual de niñas, niños o adolescentes.²¹⁸

En el ámbito jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en la Sentencia para resolver el caso *Castañeda Gutman Vs. México* se ha referido en los siguientes términos sobre la restricción de los derechos y el principio de idoneidad o adecuación:

[...] toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, “los derechos y libertades de las demás personas”, o “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, ambas en el artículo 32).²¹⁹

De este fallo, podemos evidenciar la relación causal entre el fin y la medida restrictiva; adicionalmente, la medida restrictiva deberá guardar compatibilidad con las disposiciones previstas en la Convención Americana de Derechos Humanos cuyos fines legítimos serán los derechos, la protección del orden y la salud pública o exigencias del bien común, que vendrían a ser la adecuación, lo cual guarda relación con el contexto constitucional de nuestro país, conforme la explicación precedente. Por último, es necesario indicar que la CorteIDH establece como requisito *sine qua non* para limitar o restringir un derecho la existencia de una ley:

²¹⁶ José Juan Moreso, “Alexy y la aritmética de la ponderación” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 71.

²¹⁷ El constituyente de Montecristi en el artículo 66, numeral 29, literal c), estableció que ninguna persona puede ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

²¹⁸ La Constitución de la República en su artículo 66, numeral 3, literal c), prohíbe la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Castañeda Gutman vs. México* de 6 de agosto de 2008, 51-52.

176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.²²⁰

En el ámbito nacional, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 003-14-SIN-CC de 17 de septiembre de 2014 para resolver la acción pública de inconstitucionalidad a la Ley Orgánica de Comunicación, ha definido al principio de idoneidad en los siguientes términos: “El examen de idoneidad se supera si se logra determinar que la norma es eficaz para alcanzar el fin constitucionalmente protegido”.²²¹

En el ámbito legislativo no bastará una mera identificación del derecho a proteger, el derecho a intervenir y la medida a adoptar, sino requerirá de la argumentación, la cual se dará, por ejemplo, en la exposición de motivos del proyecto de ley, considerandos, informes para primer y segundo debate y en las diferentes etapas del procedimiento de formación legislativa, como veremos más adelante. La Corte Constitucional en el Dictamen No. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019 para resolver la objeción por inconstitucionalidad a la Ley REVAAS indicó lo siguiente:

77. Así, ni del Informe de la Asamblea Nacional ni de la revisión integral del Proyecto de Ley de REVAAS, se evidencia argumento alguno que demuestre de qué manera la distinción y las limitaciones que impone el Proyecto de Ley REVAAS se relacionan directamente con la obligación del Estado de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y tampoco se constata de qué forma el interés superior del niño se relaciona con la medida adoptada. Por el contrario, la eficacia de estas medidas para evitar la reincidencia de este tipo de delitos, han sido criticadas, pues no existe un consenso sobre real efecto que estas pueden generar en la sociedad y en las personas que se verían involucradas.

78. De esta forma, la medida no es idónea para alcanzar el objetivo propuesto, ya que no existe un nexo entre: la argumentación presentada por la Asamblea Nacional, con respecto al interés superior del niño; y, la forma en que esto prevendrá el cometimiento de delitos sexuales en contra de niñas, niños y adolescentes.

Una vez realizada esta primera aproximación del principio de idoneidad o adecuación, es necesario abordar el procedimiento a seguir para efectuar el examen en la intervención legislativa de los derechos. De acuerdo a Clérico, está compuesto de cuatro pasos: (1) La identificación o precisión del fin o los fines estatales legítimos, que en definitiva viene a ser la referencia a un estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr:

²²⁰ *Ibíd.*, 51.

²²¹ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 17 de septiembre de 2014.

(2) La individualización del medio implementado; (3) La identificación de los derechos que van a ser afectados; y (4) La relación de “fomento” entre medio y fin que tiene.²²²

Cuando se ha logrado especificar los tres primeros elementos, corresponde la aplicación del cuarto paso que determinará si la medida es idónea o no y por consiguiente deberá proseguir o no el examen de necesidad y ponderación de derechos, respectivamente. Clérico lo resume de la siguiente forma:

(REG) Cuando el medio establecido –que afecta derechos fundamentales– puede fomentar el fin (no i-)legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (estatal). (REG’) Cuando el medio establecido –que afecta derechos fundamentales– no puede fomentar el fin (no i-)legítimo, entonces la medida (estatal) es desproporcionada en sentido amplio.²²³

Ahora bien, la relación de fomento entre medio y fin puede ser de carácter cualitativo, cuantitativo o probabilístico. En el caso cualitativo la medida fomentará mejor el fin y será más eficaz; en el caso cuantitativo la medida beneficiará más; y, en el aspecto probabilístico fomentará la medida con alto grado de seguridad.²²⁴

Un ejemplo cualitativo puede ser una medida encaminada a favorecer a los grupos de atención prioritaria frente a una limitación a uno de los derechos de las personas que no pertenecen a este sector de la sociedad; un ejemplo cuantitativo es la declaratoria de utilidad pública de una propiedad privada para construir un hospital para beneficio de la comunidad; y, finalmente, en el caso probabilístico, puede ser la suspensión del derecho de tránsito en determinadas horas que tendría por objeto garantizar la seguridad ciudadana.

En síntesis, este primer criterio determinará si la medida de intervención legislativa se erige como un medio idóneo o adecuado para lograr el fin que ella se persigue. Se entenderá que la medida ha cumplido con ese propósito si se logra establecer un nexo de causalidad positiva entre la intervención legislativa al derecho y la creación de un estado de cosas en el que se mejore la realización del fin en comparación con el estado de las cosas antes de la intervención.²²⁵

²²² Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el acceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto, 129-130.

²²³ *Ibíd.*, 130.

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ Lopera, “El principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, 275.

3.2.2. Necesidad

Una vez que la medida de intervención legislativa se pueda considerar como idónea, corresponde justificar que el medio escogido entre otras medidas genera la menor restricción a los derechos involucrados.²²⁶ Básicamente este ejercicio se traduce en una comparación entre la medida elegida por el legislador y otras medidas alternativas que hubiera podido optar. La medida de intervención superará este examen si se logra demostrar que es la menos invasiva en los derechos que están en juego.²²⁷ Es necesario anotar que en el campo legislativo esta comparación se lo hará ante una ausencia de regulación o con proyectos de ley que propongan otras alternativas, una disposición vigente a ser reformada o un veto parcial por parte del Ejecutivo –si así corresponde–.

Alexy de manera general indica que el examen de necesidad no se trata de una [...] optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales”.²²⁸

Por su parte, Lopera Mesa define al principio de necesidad en la siguiente forma: “[...] mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego”.²²⁹ La eficiencia que describe Lopera Mesa no debe limitarse al menor sacrificio posible, sino que también a la suficiencia de la medida, ya que pueden existir otras menos lesivas, eficaces inclusive, pero ineficientes para los fines que persigue el legislador.

Un ejemplo que podemos destacar es la sanción para la persona que haya proferido injurias en contra de otra. Como fin legítimo se encuentra la protección del derecho a la honra y buen nombre y como medida de intervención una sanción de carácter penal (privación de la libertad); sin embargo, el ordenamiento jurídico puede presentar otras alternativas para sancionar esta conducta, como puede ser una sanción económica con el pago de una multa o una sanción civil a través de una indemnización por daño moral. Evidentemente en esta situación las medidas menos invasivas a los derechos serán la sanción administrativa o la sanción económica; no obstante, la importancia del derecho o bien jurídico a proteger con esas medidas pueden resultar insuficientes.

²²⁶ Cianciardo, “El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales”, 454.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 526 -7.

²²⁹ Lopera, “El principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, 278.

La situación expuesta ha sido advertida por la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No. 003-14-SIN-CC para resolver la demanda de inconstitucionalidad a la Ley Orgánica de Comunicación:

Un acto puede generar consecuencias en distintos ámbitos, según lo haya considerado el legislador; por ende, incurrir en una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico puede acarrear al infractor consecuencias en el ámbito administrativo, civil y penal. De forma general se ha considerado que las sanciones de carácter administrativo son menos rigurosas que las de carácter civil o penal [...].²³⁰

Ahora bien, la CorteIDH en la Sentencia *Castañeda Gutman Vs. México* ha indicado que una medida de intervención legislativa se justifica cuando es necesaria para una sociedad democrática y que: “A efectos de valorar la proporcionalidad de la medida [...], la Corte debe examinar las alternativas existentes para regular tal derecho, que sean igualmente idóneas a la regulación que se considera violatoria de la Convención [...]”.²³¹

Con un alcance similar el Tribunal Constitucional de Perú en el párrafo 109 de la Sentencia para resolver el Expediente No. 0050-2004-AI/TC ha indicado lo siguiente: “El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado”.²³²

Finalmente, la Corte Constitucional de Ecuador en la Sentencia No. 003-14-SIN-CC se ha referido sobre el principio de necesidad en un sentido similar a los de la CorteIDH y del Tribunal Constitucional de Perú:

Una vez superado el examen de idoneidad, corresponde someter a la norma cuestionada al examen de necesidad, que implica la verificación de si la medida adoptada es la menos restrictiva para los derechos de las personas, sin perder su idoneidad. Una norma solamente podrá superar el examen de necesidad si se comprueba que no existe otra medida, que, siendo también idónea, sea menos lesiva para los derechos de las personas.²³³

En definitiva, podemos colegir que la aplicación del principio de necesidad por parte del legislador se efectúa a través de un examen de comparación entre la medida en elegida y otras medias hipotéticas –igual de idóneas– que hubiese podido adoptar; en

²³⁰ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 17 de septiembre de 2014.

²³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia *Castañeda Gutman vs. México*, de agosto de 2008, 56.

²³² Perú Tribunal Constitucional, Sentencia para resolver el Expediente No. 0050-2004-AI/TC, 3 de junio de 2005.

²³³ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 17 de septiembre de 2014.

consecuencia, la medida de intervención legislativa será necesaria si se logra justificar que es la menos restrictiva de los derechos en juego.²³⁴

El examen o juicio de necesidad al igual que el de idoneidad tiene su propia estructura y aplicación. En dicho sentido, este está compuesto por tres elementos y al menos dos comparaciones, los cuales deberá considerar el legislador en el debate parlamentario al momento de determinar si la medida de intervención legislativa seleccionada en un primer momento es la menos lesiva o más benigna en comparaciones de otras que igual serán idóneas y adecuadas.

La estructura es de la siguiente forma: (1) Relación entre medida de intervención legislativa principal con el fin; (2) Identificación de uno o más medios alternativos que sean adecuados para conseguir el fin perseguido; y, (3) La comparación de doble vía: a) Los medios alternativos se comparan con la medida de intervención principal en relación con el fin buscado y b) La comparación entre la medida de intervención y los medios alternativos en relación con la intensidad de la afectación del derecho, es decir, la medida que menos límite o sea menos gravosa.²³⁵

Para comprender de una mejor manera la aplicación del examen de necesidad lo explicaremos desde un escenario en el cual la medida de intervención es la menos lesiva respecto de otras alternativas que buscan el mismo fin y otra en la que existen medios alternativos que son idóneos y que restringen en menor medida el derecho afectado.

En el primer escenario, Clérico lo sintetiza en la siguiente forma:

Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o 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 principios iusfundamentales u otros constitucionales (o cargan en igual o mayor medida a la persona afectada), que a través del medio establecido, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva. El examen de proporcionalidad en sentido estricto debe ser llevado a cabo.²³⁶

Mientras que, en el segundo escenario, en el cual la principal medida de intervención legislativa genera una mayor afectación respecto a las medidas alternativas y, por lo tanto, puede reputarse como desproporcionada en sentido amplio, se lo puede comprender bajo este esquema:

Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos

²³⁴ Cianciardo, “El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales”, 454.

²³⁵ Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el acceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, 146-7.

²³⁶ *Ibíd.*, 147.

restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada) que, a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio.²³⁷

En el supuesto que la medida de intervención legislativa supere el principio de necesidad, lo que corresponde es examinarla bajo la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación; de no ser así, se puede considerar como una medida inconstitucional al ser desproporcionada.

Un ejemplo en el cual la Corte Constitucional evaluó la necesidad de la medida adoptada por el legislador fue en la objeción por inconstitucionalidad a la Ley REVAAS, ya que para esta alta Magistratura un Registro de Violadores, Agresores y Abusadores Sexuales de niñas, niños y adolescentes no permite prevenir el cometimiento de estos delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva de estos grupos de atención prioritaria; en tal virtud, la Corte indicó como medios alternativos políticas públicas que son menos lesivas a los derechos de las personas sentenciadas, toda vez que sería un acto discriminatorio y contrario a la Constitución de la República. Señaló lo siguiente:

En cuanto a la necesidad, con el propósito de cumplir el objetivo constitucionalmente válido señalado en el párrafo 73 supra, existen medidas alternativas, tales como: la creación de protocolos de prevención, el fortalecimiento de la política pública de rehabilitación social, la implementación de políticas educativas, entre otras. Por ende, la creación del REVAAS no es necesaria, en tanto no es el único instrumento y existen otras posibilidades para proteger.²³⁸

Finalmente, en el procedimiento de formación legislativa el examen de las medidas y la comparación con otras alternativas se lo podrá realizar en el marco del debate en las comisiones como en el Pleno de la Asamblea Nacional, ya que se pueden comparar proyectos de ley que tienen un mismo objeto, observaciones y propuestas que se generan en las diferentes intervenciones del primer y segundo debate e inclusive en las objeciones presidenciales. El caso más paradigmático serán las reformas a las leyes, en las cuales la medida de intervención legislativa deberá ser comparada con la medida vigente.

3.2.3. Ponderación en abstracto

Para que una medida de intervención legislativa sea constitucional en un sentido material no bastará que sea idónea y necesaria, sino que deberá demostrarse en el debate parlamentario que cuan “[...] mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ Ecuador Corte Constitucional, Dictamen No. 5-19-OP/19, 4 de diciembre de 2019.

de los principios, tanto mayor deberá ser el grado o la importancia de la satisfacción de otro”.²³⁹ Esta premisa ha sido denominada como “Ley de la ponderación”, la cual ha sido replicada en su integralidad por el legislador en el artículo 3 numeral 3 de la LOGJCC; y, aplicada por la Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia No. 002-09-SAN-CC –incluso con la fórmula de peso de Alexy.²⁴⁰

Ahora bien, Prieto Sanchís reconoce de forma expresa y categórica que el legislador sí está facultado para ponderar derechos y que no es una atribución reservada exclusivamente a la justicia constitucional. El profesor español indica lo siguiente:

No es que el legislador no pueda ponderar. Al contrario, nadie puede negar que serían deseables leyes ponderadas, es decir, leyes que supieran conjugar del mejor modo posible todos los principios constitucionales; y, en un sentido amplio, la ley irremediamente pondera cuando su regulación privilegia o acentúa la tutela de un principio en detrimento de otro, es decir, cuando contribuye a “cerrar” lo que está “abierto” en el plano constitucional.²⁴¹

De esta primera aproximación podemos colegir que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa y política mediante ley resolverá los posibles conflictos de derechos que se pueden presentar en el mundo jurídico al estar su contenido *prima facie* “abierto en un plano constitucional” y que merece ser “cerrado” a través de una medida de intervención legislativa que determine su contenido.

²³⁹ Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 351.

²⁴⁰ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, 2 de abril de 2009. En ese punto, cabe preguntar ¿La estructura de la ponderación de Alexy con su fórmula del peso podría ser aplicada en la intervención legislativa de los derechos por parte de la Asamblea Nacional del Ecuador?. Al respecto, considero que la ponderación con sus tres elementos: Ley de la ponderación, fórmula del peso y cargas argumentales no podría ser utilizado en su totalidad, principalmente en lo que tiene que ver con el segundo elemento, por las siguientes razones: Primero, una de las características materiales de la ley es la generalidad, universalidad y abstracción, conforme lo prescribe el artículo 132 de la Constitución de la República; por lo tanto, establecer pesos a la intervención y a la importancia del derecho en concreto, resulta absurdo, más aún, cuando el legislador no puede saber la realidad de los 17 millones de personas que habitan el Ecuador a los cuales se les aplicará la ley. Este mismo razonamiento objetaría la variable de apreciaciones empíricas. Segundo, establecer un peso abstracto con valores numéricos de los derechos por parte del legislador ecuatoriano ha sido proscrito por la doctrina, la constitución y la jurisprudencia. En el caso de la doctrina Alexy ha señalado que si el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo, entonces esta variable puede eliminarse de la ponderación. La relación de esta premisa con nuestro texto constitucional se evidencia con lo prescrito en el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República que caracteriza a los derechos como inalienables, irrenunciables, indivisibles y de igual jerarquía. Finalmente, ya en un contexto práctico, es impensable que en los proyectos de ley, en los informes para primer y segundo debate o en las mesas legislativas o en el Pleno de la Asamblea Nacional, cualquier legislador, el ponente de una ley o el Presidente de la Legislatura, pueda aplicar la fórmula del peso para resolver una colisión de derechos; más aún, si esto responde a un contexto político, de conveniencia y de oportunidad, en los que otros elementos axiológicos, retóricos, presupuestarios, jurimétricos y fácticos, argumentarán y justificarán esa medida legislativa.

²⁴¹ Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, 105.

En el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Constitucional de Chile en la Sentencia No. 3729-2017 de 28 de agosto de 2017 para resolver el requerimiento de inconstitucionalidad al proyecto de “Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, también reconoció que el legislador al momento de despenalizar el aborto en casos de gravedad o dramatismo ponderó los derechos de la madre frente a los derechos del que está por nacer:

En este sentido, el análisis de este proyecto de ley implica examinar que hay una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente. En este caso el legislador opta por maximizar la protección del derecho constitucional a la vida de la madre o de la mujer, como es la despenalización en circunstancias excepcionales por su gravedad y dramatismo.²⁴²

Siguiendo con el ejemplo de la despenalización del aborto, Prieto Sanchís presenta este conflicto de derechos en abstracto de la siguiente forma: “[...] una norma que prohíbe el aborto y otra que permite el aborto terapéutico se hallan en una posición de conflicto abstracto, puesto que la especie de los abortos terapéuticos forma parte del género de los abortos [...]”.²⁴³ En el caso ecuatoriano se presentó esta situación en el 2019 cuando el legislador propuso en las reformas al Código Orgánico Integral Penal incluir como una de las causas de exclusión de la antijuridicidad el aborto en casos de violación, ya que en la legislación vigente está permitido exclusivamente para las mujeres que han sido violadas y tienen una discapacidad mental, lo cual podría contradecir el principio de igualdad formal y material, toda vez, que discriminaría a las mujeres que han sido violentadas pero no poseen la condición antes señalada. Finalmente, el debate se dio pero no existieron la mayoría absoluta de votos afirmativos en el Pleno de la Asamblea Nacional y la reforma al COIP sobre este tema no fue aprobada.

Como podemos evidenciar, la ponderación que realiza el legislador no es para los casos concretos en los que los derechos de Pedro, María o Juan se encuentran comprometidos; sino, que será en la dimensión abstracta de los derechos, ya que una de las características materiales de la ley es la generalidad y la abstracción, conforme lo advertimos en el Capítulo primero de este trabajo. Esto guarda conformidad además con el artículo 132 de la Constitución de la República que prescribe que “La Asamblea Nacional aprobará como leyes normas generales de interés común” y con el inciso

²⁴² Chile Tribunal Constitucional, Sentencia No. 3729-19, 28 de agosto de 2017.

²⁴³ Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, 105.

segundo del artículo 1 del Código Civil: “Son leyes las normas generalmente obligatorios de interés común”.

Ahora bien, a manera de contextualización es preciso señalar que la ponderación judicial ha recibido un sinnúmero de objeciones, específicamente sobre el activismo de ciertos jueces y tribunales que han desconocido el Derecho preexistente y han creado nuevas reglas jurídicas a partir de principios constitucionales que serán invocados en sus sentencias, lo cual ha desvalorizado la función legislativa de los órganos parlamentarios y ha depreciado el papel democrático de estos.²⁴⁴ Jürgen Habermas sobre esto, indica que la consideración de los derechos con valores a ser ponderados transforma a los operadores judiciales en negociadores de valores, erigiéndose en una instancia que se extralimita e invade las competencias del legislador.²⁴⁵

Otra crítica que se ha planteado dentro del foro es sobre el alcance que puede tener el control de proporcionalidad por parte de las Cortes o Tribunales Constitucionales, específicamente del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Medina Guerrero expone esta dificultad señalando que el órgano de control constitucional puede de manera abstracta analizar la aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad sin mayor dificultad, pero en el caso del último subprincipio puede alterar la libertad de configuración normativa del legislador, ya que este será el encargado de establecer la opción política, económica, social y cultural ponderada que responda al interés general. En los siguientes términos se refiere el profesor español:

[...] se ha afirmado que, mientras los principios de adecuación y necesidad son metodológicamente correctos al permitir que los límites sean controlables racionalmente de acuerdo con unos intereses generalizables, la ponderación de los intereses públicos y privados inherentes al principio de proporcionalidad en sentido estricto es, por naturaleza difícilmente controlable jurídicamente, por lo que dicha tarea debe confiarse por entero al proceso político.” [...] En efecto, tradicionalmente se ha puesto el acento en las dificultades que encierra llevar a cabo un control de proporcionalidad de las leyes y, al tiempo, eludir el riesgo de que el juez constitucional se interfiera en el ámbito funcional que corresponde al poder legislativo.²⁴⁶

Estas objeciones a la ponderación judicial legitimarían *prima facie* la ponderación que es realizada en sede legislativa por el fundamento político y democrático que goza el

²⁴⁴ Humberto Ávila, “Neo-constitucionalismo: Entre la Ciencia del Derecho”, en *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, coord. David Ortiz y Katty Aquize (Lima: Ara Editores, 2013), 134.

²⁴⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Editorial Trotta, 2008), 329-332.

²⁴⁶ Manuel Medina Guerrero, “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos” en *Cuadernos de Derecho Público fundamentales* (España: Instituto Nacional de Administración Pública, 1998), 128-9.

legislador; no obstante, la ponderación de derechos en abstracto también presentará sus dificultades, las cuales serán expuestas en el siguiente subcapítulo en el marco de los riesgos y cuestionamientos que se pueden efectuar a esta.

Realizadas estas consideraciones, lo que corresponde en este momento es determinar el alcance de la ponderación de derechos en abstracto por parte del legislador como mecanismo que permita prevenir la constitucionalidad de las medidas de intervención legislativa.

Pues bien, una vez que el legislador ha identificado que la medida de intervención legislativa es idónea y necesaria, deberá argumentar de manera racional que la no satisfacción o restricción de un derecho está justificada con la importancia de la satisfacción de otro, que en resumidas cuentas es la “Ley de la ponderación”. En consecuencia, el legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa y política, deberá: (1) Establecer el alcance de la no satisfacción o de afectación de uno de los derechos; (2) Definir la importancia y beneficios de la implementación de la medida de intervención legislativa que favorece a cierto derecho; y, (3) Ponderar a través de los debates, intervenciones, comisiones generales, entre otros, que la medida legislativa que aprobará la Asamblea Nacional favorece la consecución de determinado derecho, frente a la limitación o restricción del derecho en contrario, siendo un ejercicio de argumentación y deliberación parlamentaria.

Para ejemplificar este procedimiento señalaremos que P1 es un derecho que entra en contraposición con P2, que M1 es una medida de intervención legislativa que tiene por objeto beneficiar el ejercicio de P1 pero que limita a P2. Al ser P1 y P2 mandatos de optimización deben ser realizados en la mayor medida de lo posible. El legislador con la medida M1 que ha superado el examen de idoneidad y necesidad, deberá indicar que esta genera un beneficio para P1 con la misma importancia que el perjuicio que se causa a P2. En ese orden de cosas, la adopción de la medida de intervención legislativa M1 supone una relación razonable entre las ventajas que signifique P1 y las desventajas para P2; y, por lo tanto, una medida que goza de presunción de constitucionalidad por no afectar el derecho más allá de lo constitucionalmente permitido y por justificarse la consecución de un fin constitucional legítimo.

En el caso que esta relación no se logre demostrar, se generan dos escenarios, uno jurídico y otro político: el primero, que la medida de intervención legislativa se considere desproporcionada y, por lo tanto, inconstitucional; y el segundo, ya en el ámbito político,

es probable que esa medida legislativa al generar dudas o previsiones negativas sea negada o archivada.

La ponderación legislativa –como señala Medina Guerrero– se dará como consecuencia del proceso político, por lo que, mucho dependerá de la correlación de fuerzas políticas o de las bancadas legislativas en la sede parlamentaria; por ende, el alcance de la intervención legislativa no será el misma en una Asamblea o Congreso conformado mayormente con partidos políticos de derecha que uno conformado por partidos políticos de izquierda.²⁴⁷

Ahora bien, el resultado de la ponderación legislativa tiene tres efectos o consecuencias a tomar en cuenta:

Primero, la ponderación normativamente permite pasar del nivel de los principios al de las reglas, toda vez que se creará una nueva regla que establecerá el contenido del derecho en la ley para su efectivo ejercicio y realización.

Segundo, la ponderación que realiza el legislador tendrá como resultado el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los derechos en conflicto, la cual supone una relación valorativa generada en el marco del proceso político, cuyo efecto será el desplazamiento de un derecho y la aplicación de otro para efectos de la regulación legislativa.²⁴⁸ En ese sentido, podemos señalar que ningún sistema normativo será neutral,²⁴⁹ ya que en la regulación del contenido de los derechos en una instancia parlamentaria en la que confluyen todas las culturas, sectores sociales, ideología política, creencias, entre otros, evidentemente entrarán en juego valores y principios para consideración de quienes están llamados a configurar el contenido de los derechos a través de su intervención legislativa como representantes de los ciudadanos. Complementando lo dicho, Araujo Rentería indica lo siguiente: [...] una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los principios en conflicto mayor *peso*, es decir, mayor valor del otro. El principio dotado de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicado; el principio axiológicamente inferior sucumbe [...].²⁵⁰

El ejemplo más claro de esta relación valorativa de derechos lo podemos ver en la dosimetría de las penas en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), ya que la

²⁴⁷ Medina Guerrero, “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos”, 128- 9.

²⁴⁸ José Juan Moreso, “Guastini sobre la ponderación” en *Revista Isonomía*, No. 14, (México, Instituto Tecnológico de México, 2002), 231.

²⁴⁹ Salgado, *Introducción al derecho*, 31 -2.

²⁵⁰ Jaime Araujo Rentería, “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 12, (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006), 865.

graduación de las sanciones tendrá relación con el bien jurídico protegido que ha sido violentado, así tenemos que la sanción por un homicidio será mayor respecto a una estafa o un robo, toda vez que la protección que merece el derecho a la vida es más importante que la del derecho al patrimonio o propiedad.

Y como tercer efecto tenemos que la ponderación legislativa será en abstracto por la eficacia *erga omnes* que produce la ley y por la estabilidad que tiene hasta que el acto normativo sea reformado, derogado o interpretado, a diferencia de una ponderación en concreto en la cual la jerarquía del derecho será móvil, ya que P1 desplazará a P2, pero en un caso análogo P2 puede desplazar a P1, determinando que no sea previsible la misma solución para los casos concretos que se presenten a futuro.²⁵¹ Esta jerarquización de forma abstracta no quiere decir que el legislador ha superado la colisión o contradicción que puedan tener los principios de manera definitiva respecto de todos los supuestos que se pueden derivar del contenido *prima facie* de los derechos, mucho cuidado, ya que los mismos derechos, inclusive, se verán enfrentados en otras situaciones que requieran de regulación legislativa. La garantía de estabilidad presupone que el resultado de la ponderación que está prescrito en la ley no se agota en una sola aplicación, sino en la infinidad de casos en los cuales la conducta, hecho o acto se subsuma a la regla jurídica prescrita por el legislador.

En ese sentido, podemos señalar que en el procedimiento de formación de la ley los legisladores presentarán razones políticas y jurídicas que apoyarán una intervención legislativa que regula el contenido del derecho, pero que entrarán en deliberación junto a otras razones que cuestionan a esa acción y que pueden ser resueltas con el balance de las ventajas y desventajas que pueden causar para los derechos en cuestión, siendo en definitiva un ejercicio ponderativo que permite prevenir la constitucionalidad de las medidas de intervención legislativa que regulan los derechos.

3.3. Riesgos y retos de la ponderación en abstracto

La ponderación de derechos en abstracto tiene varios aspectos positivos, como prevenir la constitucionalidad de la ley a través de su adecuación formal y material con

²⁵¹ Moreso, “Guastini sobre la ponderación”, 231 -2. Una jerarquía móvil es una relación de valor inestable, mudable, que solo será aplicable a un caso concreto, pero que podría invertirse con otro caso en el cual existan los mismos derechos en conflicto.

los derechos y principios constitucionales, pero también supone riesgos y retos que deberá enfrentar el legislador y que se detallan a continuación:

Como primer riesgo o cuestionamiento debemos indicar que en el foro jurídico hay una posición anticonflictivista de los derechos, la cual objeta los mecanismos (ponderación) que jerarquizan los derechos –en abstracto o en concreto–, ya que esto supondría la existencia de derechos de primera y de segunda categoría. Los anticonflictivistas advierten que bajo la justificación de dar mayor cobertura o protección a un derecho a través del desplazamiento, sacrificio, afectación o limitación al contenido de otro se pueden legitimar verdaderas violaciones constitucionales.²⁵² Sobre lo expuesto, Cianciardo signa lo siguiente:

[...] tanto la jerarquización como la ponderación conducen a una relativización de las vertientes negativa y positiva de los derechos fundamentales. En efecto, al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego, de un lado, se eclipsa su rol de límites del poder, y, de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover su vigencia efectiva.²⁵³

La propuesta de este sector para establecer el contenido de los derechos y evitar colisiones y sacrificios innecesarios es la de la *armonización*, la cual presupone la unidad y coherencia de la constitución bajo la aplicación de una interpretación sistemática y teleológica de sus preceptos.²⁵⁴

Si bien resulta interesante y válida esta preocupación, debemos indicar que la ponderación de derechos, conforme la estructura y aplicación desarrollada en este trabajo, justamente procura evitar esos excesos y arbitrariedades; no obstante, la aplicación de estos mecanismos clásicos de interpretación pueden resultar insuficientes en los casos más complejos que el legislador deba enfrentar, como por ejemplo: la despenalización del aborto en casos de violación, el uso recreativo del *cannabis*, el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la eutanasia, la adopción por parte de otros tipos de familia que no sean la tradicional, entre otros, que evidentemente tendrán como escenario dos derechos en contraposición y como columna vertebral la consecución de un proceso social, político y democrático.

²⁵² Luis Castillo Córdova, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?” en Cuestiones constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 12, enero – junio 2005 (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2005), 107.

²⁵³ Juan Cianciardo, *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales* (Pamplona, EUNSA, 2000), 120.

²⁵⁴ Castillo Córdova, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, 114-115.

Como segundo riesgo que se podría presentar es el de la afectación al núcleo esencial de los derechos por parte del legislador al momento de ponderarlos, tomando en cuenta que en la Teoría absoluta de los derechos habrá un contenido esencial inmóvil y permanente del derecho y otro contenido disponible para regulación por parte del legislador; mientras que en la Teoría relativa el núcleo esencial es consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad que se fundamentará con la ponderación de aquellos principios o derechos que justifican su limitación, por lo tanto, no habrá un núcleo del derecho permanente. Ahora bien, en la primera Teoría para garantizar el núcleo esencial se requiere que el derecho esté previamente delimitado conceptualmente, de esta forma se podrá saber cuál es el contenido esencial y cuál es el contenido no esencial en el que el legislador intervendrá a través de la ley.²⁵⁵ En cierta forma adscribir la Teoría absoluta de los derechos genera límites vinculantes y claros para el legislador, principalmente, cuando el constituyente ha establecido un contenido de carácter negativo, como por ejemplo: la prohibición de la pena de muerte, inhabilidades para ejercer el derecho al sufragio pasivo, la inviolabilidad de domicilio, entre otros; no obstante, el problema no estará del todo resuelto en los derechos que no cuenten con estos presupuestos, más aún, si el contenido del derecho se caracteriza por su indeterminación y, por otra parte, en el caso que la regulación legislativa corresponda a derechos de prestación sería imposible establecer mínimos y máximos del contenido a ser regulado.

Como tercer riesgo o cuestionamiento que se presenta sobre la ponderación en abstracto es que el legislador *so pretexto* de resolver la colisión que existe entre dos principios constitucionales pretenda establecer mediante ley una jerarquía inmutable de derechos, lo cual podría suponer la arrogación de funciones de constituyente originario, indicando de manera aislada qué derecho prevalece respecto de otro y cuyo resultado deba ser aplicado cuando estos mismos derechos se encuentren en conflicto en otro escenario que merezca regulación legislativa.

Al respecto, Prieto Sanchís señala lo siguiente:

Ahora bien, lo que a mi juicio no puede hacer el legislador es eliminar el conflicto entre principios mediante una norma general, diciendo algo así como que siempre triunfará uno de ellos, pues eliminar la colisión con ese carácter de generalidad requeriría postergar en abstracto un principio en beneficio de otro y, con ello, establecer por vía legislativa una

²⁵⁵ Francisco Bastida y otros. *Teoría General de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Editorial Tecnos, 2004), 122.

jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente.²⁵⁶

De acuerdo a lo expuesto en el subcapítulo anterior, el resultado de la ponderación en abstracto no presupone que el conflicto de derechos esté superada de forma definitiva y para todos los supuestos que se derivan del contenido *prima facie*; por lo tanto, el legislador desde ningún punto de vista fungirá como constituyente, ya que solo ha resuelto apenas una de las situaciones que pueden presentar conflicto los derechos en cuestión.

Como cuarto riesgo y que es consecuencia del tercero, los efectos jurídicos que genera una ponderación en abstracto es la estabilidad conforme a una de las características materiales de la ley, a diferencia de una ponderación en concreto que es móvil y que se adaptará a las propias características de cada caso. Sobre este tema, Clérico señala que efectivamente existen ventajas en la ponderación de los derechos, pero, una aceptación tajante sobre su estabilidad fundamentada en el principio de seguridad jurídica puede causar un fenómeno que se denomina como *petrificación*, ya que no admitirá nuevos resultados ponderativos divergentes.²⁵⁷

La estabilidad en abstracto desde ningún punto de vista debe ser entendida como una camisa de fuerza que obligue al legislador a aplicar una fórmula estándar para resolver la colisión de derechos, ya que los cambios sociales, políticos, económicos, entre otros, pueden incidir en que la ley sea reformada, derogada o sustituida, determinando que el derecho que fue desplazado en un inicio sea ahora el que se imponga frente al otro.²⁵⁸ Un ejemplo de aquello veremos en el Capítulo tercero de esta tesis cuando se exponga la eliminación de la caución en los procesos de recusación en la reforma de 2019 al Código Orgánico General de Procesos.

Ahora bien, ya en el ámbito de los retos que deberá asumir el legislador, al menos advierto los siguientes para efectos de lograr una ponderación en abstracto:

Es evidente que la estructura y aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación en el ámbito legislativo es distinta a la judicial según lo expuesto en este trabajo, ya que en el procedimiento de formación legislativa previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Función Legislativa no existe una fase o etapa en la cual el legislador deba realizar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

²⁵⁶ Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, 105 -6.

²⁵⁷ Laura Clérico, “Sobre ‘casos’ y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias? en *Revista Isonomía*, No. 37, (México, Instituto Tecnológico de México, 2012), 132 y ss.

²⁵⁸ Moreso, “Guastini sobre la ponderación”, 231 -2.

estricto, tomando en cuenta que esto dependerá de cómo el legislador en las mesas legislativas o en el Pleno vaya formando su voluntad jurídica y política. En dicho sentido, por ejemplo, el legislador podrá señalar en la exposición de motivos del proyecto de ley cuál será el fin perseguido y la medida idónea o adecuada para lograrlo, ya en el debate dentro de las comisiones los legisladores confrontarán ideas, propuestas y reformas para determinar si una medida de intervención legislativa es necesaria frente a otras y finalmente ponderará en el primer debate para archivar un proyecto de ley, en el segundo debate para aprobar un proyecto de ley o inclusive ante un veto presidencial para allanarse a los textos alternativos del Ejecutivo o ratificarse en los aprobados en segundo debate. Lo que pretendo con esta sugerencia es evitar que la ponderación en abstracto se convierta en un procedimiento paralegislativo o un criterio formalista que merme la esencia política del legislador.

Un segundo reto que me parece importante es el de la participación ciudadana en la construcción de los proyectos de ley, específicamente en los que tienen que ver con los derechos colectivos de las comunidades, pueblos o nacionalidades, ya que una ponderación no podría ser solo desde una visión occidental o blanco mestiza, sino que deberá tomar en cuenta la opinión, criterios, perspectivas y la *cosmovisión* de los directamente involucrados.²⁵⁹ Este aspecto lo fundamento en tres elementos que prescribe nuestra Constitución: primero, nuestro país es un Estado de derechos (Artículo 1); segundo, la adopción de una medida legislativa que pueda afectar derechos colectivos requiere de consulta prelegislativa (Artículo 57 numeral 17); y tercero, como parte de la garantía normativa se encuentra la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales para garantizar “[...] la dignidad del ser humano *o de las comunidades, pueblos o nacionalidades*” (Artículo 84). Un ejemplo de esta participación en la actividad ponderativa de derechos se podría evidenciar en la consulta prelegislativa, ya que los miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades presentarán propuestas alternativas que generen una menor restricción para los derechos y que sean igual de idóneas que la medida de intervención del proyecto de ley (principio de necesidad); así también, en las propuestas de iniciativa popular normativa en cuya exposición de motivos

²⁵⁹ Raúl Llasag Fernández, “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 12, (Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006), 749 y ss.; y, André Benavides, “Los pueblos indígenas desde el ordenamiento jurídico ecuatoriano” en *Debate constitucional* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011), 79-97.

se justificarán las razones para restringir el contenido de un derecho frente a la satisfacción de otro y los fines para hacerlo (principio de idoneidad).

Como tercer reto es necesario tener en cuenta en la ponderación en abstracto la titularidad de los derechos de quienes serían afectados o beneficiados de una medida de intervención legislativa, ya que el legislador deberá guardar mucho cuidado cuando se trate de los derechos de los grupos de atención prioritaria, como son los casos de los adultos mayores, jóvenes, personas en situación de movilidad humana, mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad y usuarios y consumidores. El ejemplo más claro que se puede acreditar en nuestra Constitución es el de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que el artículo 44 ha establecido que los derechos de este grupo etario prevalecen sobre los de las demás personas. En el tercer capítulo de esta tesis se expondrá la reforma al Código Orgánico Integral Penal en la cual prevalecieron los derechos de la niñez y adolescencia respecto de los adultos y se tomó en cuenta el elemento señalado.

Los riesgos, cuestionamientos y retos expuestos en este subcapítulo tienen por objeto despejar –en cierta forma– las dudas que se puedan presentar en torno a la ponderación en abstracto por parte del legislador democrático; así también, establecer algunos lineamientos que evidentemente abrirán el debate para mejorar u objetar esta propuesta; y por supuesto, sugerir algunos aspectos que deberá tomar en cuenta el legislador al momento de ponderar derechos.

Capítulo tercero

Procedimiento de formación legislativa y ponderación de derechos en abstracto por parte de la Asamblea Nacional

1. El procedimiento legislativo y el principio democrático: consideraciones generales

El principio democrático ha sido reconocido como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, ya que de este se derivarán las relaciones jurídico-políticas que se pueden presentar entre ciudadano y Estado.²⁶⁰ El ejemplo más claro en el cual se pueden presenciar estas relaciones son en los órganos legislativos o parlamentarios, al ser las máximas instancias de representación política de los Estados. En el caso ecuatoriano este principio es uno de los elementos constitutivos del Estado conforme lo prescribe el artículo 1 de nuestra Constitución; tal es así, que el constituyente de Montecristi ha definido al Ecuador como un Estado democrático en el que la soberanía radica en el pueblo, “[...] cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. Es por ello, que el artículo 126 de la Constitución de la República ha establecido que los legisladores ejercerán en el marco de sus atribuciones “[...] una función pública al servicio del país, actuarán con sentido nacional, serán responsables políticamente ante la sociedad de sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones, y estarán obligados a rendir cuentas de sus mandantes”.

La vinculación del principio democrático con la Asamblea Nacional se ejercitará mediante la ley como expresión de esa voluntad popular.²⁶¹ Ya sea en un sentido material o formal. Pero esa expresión soberana en la ley no es automática, sino que requiere de un mecanismo que permita canalizar las demandas, exigencias, preocupaciones y problemas que tiene la ciudadanía en el marco del alcance y los límites de la Constitución, siendo en este caso el procedimiento legislativo o de formación de la ley.

La importancia de este procedimiento tiene un lugar privilegiado en nuestro Estado de Derecho, ya que el constituyente lo ha regulado de forma expresa en el texto constitucional y ha determinado que su violación e inobservancia puede generar la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley. Complementando esta idea, Biglino

²⁶⁰ Paloma Biglino Campos, “Los vicios en el procedimiento legislativo” (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 64.

²⁶¹ *Ibíd.*, 65.

Campos ha indicado que “[...] si durante el procedimiento legislativo se infringiese el principio democrático, aún en su formulación más general, se producirá la vulneración de una norma constitucional, lo que podría producir la invalidez de la ley elaborada”.²⁶²

Ahora bien, el procedimiento legislativo puede entenderse como la sucesión de actos jurídicos necesarios para la promulgación de una ley o, todas las fases que han de cumplirse para que un texto llegue a tener la categoría normativa de ley.²⁶³ Para Atienza, citado por Rivas Ordóñez, el procedimiento legislativo o la producción de leyes es una serie de interacciones que tienen lugar entre diferentes actores: emisores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores.²⁶⁴ Es decir, que no bastará solo el cumplimiento de las reglas previstas por la Constitución para expedir, reformar, derogar o interpretar una ley, sino que requiere de la interacción entre los diferentes actores que participarán en la formación de la ley, ya que existirá de por medio una voluntad democrática deliberativa.

De acuerdo con el artículo 137 de la Constitución de la República los ciudadanos podrán comparecer a la Asamblea Nacional para exponer sus argumentos a favor o en contra de determinada propuesta legislativa. En consecuencia, el principio democrático ejercitado en la Función Legislativa también asume como otro de sus pilares fundamentales el pluralismo político, el cual exige que, a pesar de que prevalezca la decisión de la mayoría, se permita a la minoría el derecho a participar y a manifestar su opinión, para influir en el debate parlamentario.²⁶⁵

Este procedimiento la doctrina y la experiencia parlamentaria de los países lo ha dividido en tres fases: (1) Iniciativa, en la cual los sujetos determinados por la constitución como titulares de la iniciativa legislativa podrán presentar proyectos de ley;²⁶⁶ (2) Constitutiva, que es la fase central del procedimiento parlamentario en la que se tramitarán las iniciativas desde su inicio hasta su aprobación, es decir, el debate

²⁶² *Ibíd.*, 65.

²⁶³ Piedad García- Escudero, “Procedimiento legislativo” en *Manual de Técnica Legislativa* (Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2017), 73.

²⁶⁴ Libia Rivas Ordóñez, “Técnica legislativa y control constitucional” en *II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa* (Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2016), 88.

²⁶⁵ Biglino Campos, “Los vicios en el procedimiento legislativo”, 71.

²⁶⁶ De acuerdo con el artículo 134 de la Constitución los sujetos que tienen la potestad para presentar proyectos de ley son: (1) Asambleístas con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el 5% de los miembros de la Asamblea Nacional; (2) Presidente de la República; (3) Otras Funciones del Estado en sus ámbitos de competencia; (4) Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que corresponda; y, (5) Los ciudadanos y ciudadanas que estén en goce de los derechos políticos y las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de al menos el 0,25% de los ciudadanos inscritos en el registro electoral.

parlamentario propiamente dicho; y, (3) Integrativa de eficacia, que básicamente son aquellos actos necesarios para la vigencia de ley: sanción, promulgación y publicación.²⁶⁷

Respecto a la fase de iniciativa, es recomendable que los proyectos de ley que regulen el ejercicio de los derechos indiquen en la exposición de motivos el fundamento constitucional; los titulares de los derechos o grupo poblacional al cual va dirigido el proyecto de ley, por ejemplo, una ley laboral tendrá como destinatarios a los trabajadores; se identifiquen los derechos que se pretenden regular; el alcance y estructura del articulado, lo cual permitirá relacionar la medida de intervención legislativa con el derecho; y, la situación vigente y los resultados que se pretenden lograr con la ley.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con fase constitutiva quiero hacer énfasis al trabajo que realizarán las Comisiones Especializadas, ya que al ser instancias técnicas y políticas tendrán dos finalidades por cumplir: (1) En el ámbito político serán el vehículo mediante el cual la ciudadanía, la academia y la sociedad civil se relacionarán con la Asamblea Nacional a efectos de presentar sus observaciones, propuestas y sugerencias en torno al proyecto de ley, además, que el producto del trabajo de la comisión (Informes) será una primera manifestación de la voluntad política de la Asamblea Nacional para aprobar, negar, modificar o archivar un proyecto de ley; y, (2) En el ámbito técnico, la Comisión analizará la constitucionalidad, la conveniencia y la oportunidad del proyecto de ley, toda vez que la Comisión deberá presentar al Pleno de la Asamblea Nacional un informe y el texto del articulado con motivo de llevar a cabo el debate parlamentario que definirá la aprobación o negación de un proyecto de ley con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus integrantes,²⁶⁸ el cual podría tener como resultado una intervención en el contenido de un derecho.

Con esta breve contextualización del principio democrático y su relación con el procedimiento de formación legislativa, en las próximas páginas analizaremos la reserva de ley, como ámbito en el cual el legislador regulará el contenido de los derechos y que en la actualidad genera más dudas que certezas, tanto a nivel constitucional como jurisprudencial.

2. Reserva de ley: ámbito de regulación de los derechos y problemática actual

²⁶⁷ García-Escudero, “Procedimiento legislativo”, 73.

²⁶⁸ García-Escudero, “Procedimiento legislativo”, 84-90.

Grosso modo la reserva de ley constituye un límite a la libertad de configuración normativa y política del legislador ya que esta tendrá por objeto: (1) Evitar que determinadas materias que por su trascendencia e importancia queden al arbitrio o discrecionalidad de las mayorías coyunturales o de turno en el Parlamento, por lo que establecerá un quórum diferente de aprobación;²⁶⁹ (2) Reconocer la competencia para regular ciertos temas que no son delegables o ejercitables por otros órganos constitucionales con potestad normativa, como son los casos del Presidente de la República con su facultad reglamentaria, los Concejos Municipales a través de las ordenanzas, los Ministerios con los acuerdos ministeriales, entre otros;²⁷⁰ y, (3) Garantizar la vigencia del orden democrático a través de la legitimidad que gozan los órganos parlamentarios que representan a los ciudadanos.²⁷¹

Complementando esta primera aproximación de la reserva de ley, es preciso citar la definición que Aroca trae al respecto:

[...] son mandatos constitucionales expresos, por medio de los cuales se establece que la regulación de cierto ámbito de la vida en comunidad, o de la realidad social, está en cabeza exclusiva del órgano colegiado encargado de producir leyes [...]; en otras palabras: hay ciertos ámbitos especiales en la vida social, ciertas situaciones fácticas que, por su especial relevancia y connotación, deben ser tenidas en cuenta por el Estado [...].²⁷²

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú se ha referido en la Sentencia para resolver el Expediente No. 2668-2004-AA/TC de 24 de noviembre de 2004 sobre el alcance de la reserva de ley en los siguientes términos:

[...] la sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen garantías normativas con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio.²⁷³

Ahora bien, las materias o temas que gozan de reserva de ley, ya sea mediante ley orgánica o ley ordinaria, dependerán de la experiencia constitucional de cada país. La diferencia que pueden presentarse entre leyes orgánicas y leyes ordinarias son de carácter formal y material.

²⁶⁹ Oyarte, *Derecho Constitucional*, 541.

²⁷⁰ Castillo Córdova, *Los derechos constitucionales*, 411-2.

²⁷¹ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 002-14-SIN-CC, 14 de agosto de 2014.

²⁷² Carlos Aroca, *Principio de reserva de ley en materia tributaria: análisis normativo y jurisprudencial* (Bogotá: Curcio Penen, 2005), 16.

²⁷³ Perú Tribunal Constitucional, Sentencia para resolver el Expediente No. 2668-2004-AA/TC, 24 de noviembre de 2004.

En el primer caso, las leyes orgánicas por regla general requieren un quórum de aprobación, reforma o derogatoria mayor que el de las leyes ordinarias, así tenemos, que en España y Colombia se necesita de una mayoría absoluta de votos, mientras que en Guatemala se requiere de una mayoría calificada de dos tercios de los miembros del Parlamento.²⁷⁴ Otra característica que tienen las leyes orgánicas es que en la mayoría de casos existirá un control previo de constitucionalidad, como son los casos de Francia, Chile y Guatemala, a efectos de evitar una inconstitucionalidad por la forma, principalmente por la denominación de la ley como orgánica.²⁷⁵

En el segundo caso, como diferencia material, debemos advertir que los temas reservados para las leyes orgánicas funcionarán como una suerte de norma de clausura en las cuales el legislador deberá observar qué aspectos son susceptibles de ser regulados en ley orgánica y cuáles no, bajo las prevenciones de ser declaradas inconstitucionales. Siguiendo a Oyarte, podemos colegir que existe una reserva legal mínima que es de las leyes ordinarias y una reserva legal máxima que es de las leyes orgánicas, por la complejidad de las materias que deberán ser tramitadas por el legislador. La diferencia que advierte el profesor ecuatoriano entre unas y otras es la siguiente: “[...] la reserva legal ordinaria es mínima, es decir, las materias que deben ser reguladas por esta clase de preceptos se señalan de modo ejemplificativo en la Constitución, mientras que las reservadas a preceptos orgánicos se determinan de modo taxativo en el Código Político”.²⁷⁶

En el caso ecuatoriano, el artículo 132 establecerá los casos en los que se requiere de ley, siendo estos: (1) Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; (2) Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes; (3) Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados; (4) Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados; (5) Modificar la división político-administrativa del país; y, (6) Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

²⁷⁴ Constitución Española, Artículo 81; Constitución Política de Colombia, Artículo 151; y, Constitución Política de Guatemala, Artículo 175.

²⁷⁵ Oyarte, *Derecho Constitucional*, 545.

²⁷⁶ *Ibíd.*, 561.

No obstante, el artículo 133 determinará los temas que necesitan de una ley orgánica (reserva legal máxima), siendo los siguientes: (1) Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución; (2) Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; (3) Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados; y, (4) Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

Es preciso señalar que este mismo artículo, en sus dos últimos incisos prescribirá que las leyes orgánicas se aprobarán mediante mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional y que los demás temas no considerados se tratarán como leyes ordinarias sin especificar el quórum de aprobación.

Un problema que se ha presentado a nivel académico y jurisprudencial es el posible conflicto que puede existir entre el numeral 1 del artículo 132 y el numeral 1 del artículo 133 respecto a la regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, toda vez, que este primer artículo estaría abriendo la puerta para que a través de ley ordinaria y ley orgánica pueda el legislador regular derechos y garantías constitucionales; al respecto, el profesor Oyarte indica lo siguiente: “[...] la regulación de derechos y garantías constitucionales es un caso especial, pues el constituyente reservó esta materia tanto para leyes orgánicas como para las leyes ordinarias [...];²⁷⁷ y que ha sido confirmado por la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia No. 002-14-SIN-CC de 14 de agosto de 2014:

[...] el principio de reserva legal se busca asegurar la protección de los derechos y garantías constitucionales encargando la regulación de su ejercicio a una norma de carácter general emanada del órgano legislativo, constitucionalmente previsto y democráticamente elegido. No obstante, eso no significa que todos los derechos constitucionales deban ser desarrollados por el legislador mediante una ley orgánica, en razón que tal afirmación comportaría desconocer el hecho de que todas las leyes sin excepción alguna regulan en distintos grados el ejercicio de los derechos constitucionales. Así, para citar algunos ejemplos, el Código de Trabajo desarrolla el contenido del derecho constitucional al trabajo de la misma forma como el Código Civil regula parcialmente los derechos constitucionales a la propiedad o a la libertad de contratación, lo que no implica que tales normas tengan el carácter de orgánicas.²⁷⁸

El aspecto señalado, podría considerarse como un error del constituyente de Montecristi ya que en la Constitución Política del Ecuador de 1998 se dispuso en el

²⁷⁷ *Ibíd.*, 559.

²⁷⁸ Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 002-14-SIN-CC, 14 de agosto de 2014.

artículo 141 numeral 1 que se requerirá de ley para “Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, mientras que en el artículo 142 numeral 3 prescribió que será ley orgánica “Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos de su protección”, aunque la Corte Constitucional en el dictamen antes referido, manifestó que no existe tal error.

Sin embargo, es necesario anotar que la Corte Constitucional mediante Dictamen No. 4-19-RC/19 de 21 de agosto de 2019, para resolver la propuesta de reforma parcial a la Constitución de la República del Ecuador, la cual tiene por objeto suprimir el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, reorganizar la Asamblea Nacional en un órgano legislativo bicameral y dotar de mayor independencia a la Fiscalía General del Estado, indicó que la regulación de los derechos y garantías constitucional a través del legislador ordinario restringe una garantía normativa y, por lo tanto, solo podría ser viable a través de ley orgánica.²⁷⁹ El Dictamen reza lo siguiente:

Por consiguiente, dejar la regulación de los derechos fundamentales y sus garantías y, dentro de ella, las limitaciones para su ejercicio, al legislador ordinario restringe una garantía normativa; por lo que el procedimiento de reforma de la Constitución no es apto para expedir la norma relativa a este problema jurídico.

Ahora bien, para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, el legislador deberá contribuir en su configuración, ya sea desarrollándolos o regulando su ejercicio, lo cual podría, inclusive, “[...] establecer limitaciones que juzgue necesarias para hacer compatible entre sí el goce de los distintos derechos o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos”.²⁸⁰ Limitaciones que tienen también un fundamento político de por medio, ya que el legislador deberá analizar las opciones políticas dominantes e incluso los medios disponibles para cumplir con su objetivo.²⁸¹

Conforme lo señala Rubio Llorente, el legislador para regular el ejercicio de los derechos ha de moverse dentro de un doble límite. Por un lado, la licitud constitucional en razón a los fines que con ellas se pretenda asegurar; y, por otro, el que viene de la “elasticidad” del derecho afectado, al cual no se le podrá restringir más allá de su contenido esencial.²⁸²

El alcance de la reserva de ley en el caso ecuatoriano es de trascendental importancia para los fines que perseguimos en esta investigación, ya que este constituye

²⁷⁹ Ecuador Corte Constitucional, Dictamen No. 4-19-RC/19, 21 de agosto de 2019.

²⁸⁰ Rubio Llorente, *La forma del poder*, 1032.

²⁸¹ *Ibíd.*, 1033.

²⁸² *Ibíd.*,

a todas luces un límite y un escenario en el cual deberá actuar el legislador cuando requiera ponderar derechos, siendo necesario de una ley orgánica conforme lo ha prescrito el artículo 133 numeral 2 de la Constitución de la República y nuestra Corte Constitucional; sin embargo, es preciso anotar que en la práctica parlamentaria se presentarán dos dificultades:

Primero, tanto la presentación, trámite y aprobación de una ley ordinaria y una ley orgánica es el mismo, por lo tanto, no existe un procedimiento especial y un quórum calificado de votación como ocurre en otros países; en consecuencia, la diferenciación que realizó el constituyente no deja de ser meramente enunciativo si los efectos van a ser los mismos.

Y segundo, limitar el ejercicio y regulación de los derechos al “legislador orgánico” puede resultar contraproducente, tomando en consideración lo ya advertido por la Corte Constitucional en 2014 y el profesor Oyarte, ya que eso significaría desconocer que las leyes independientemente de su categoría normativa también regulan en diferentes grados el ejercicio de los derechos.

En consecuencia, por las razones expuestas desde el ámbito parlamentario y práctico, el único requisito para regular el ejercicio de derechos y garantías constitucionales sería la reserva de ley en *stricto sensu*. Acto normativo en el cual el legislador deberá ponderar los derechos a efectos de superar la colisión y determinar su contenido definitivo. Al ser transversales los derechos en nuestro ordenamiento jurídico, la aplicación de la ponderación lo podríamos ver en materia administrativa, procesal, penal, civil, laboral, monetaria, tributaria, etcétera.

3. La democracia deliberativa como discurso argumentativo que fundamenta la ponderación de derechos en la Asamblea Nacional

La ponderación de derechos conforme ha sido expuesto en los capítulos precedentes ha sido una actividad preferentemente judicial en la cual los jueces han resuelto la colisión de derechos. En dichas causas los operadores jurídicos han utilizado modelos y técnicas argumentativas para motivar su decisión a través del análisis y valoración de los fundamentos de hecho y derecho, la práctica de pruebas, la celebración de audiencias y el uso de otras herramientas jurídicas y procesales. Este proceso argumentativo de manera general podríamos decir que es “[...] la exteriorización de la

justificación razonada que permite llegar a una conclusión”, conforme lo ha indicado la CorteIDH para resolver el caso *Chaparro Álvarez vs. Ecuador*.²⁸³

Este razonamiento jurídico tiene dos acepciones según Guastini: (1) Proceso mental con el cual se llega a una conclusión o decisión; o, (2) Como un discurso a través del cual se argumenta o se justifica tal conclusión o decisión.²⁸⁴

Para efectos de este trabajo nos quedaremos con su segunda acepción, es decir, la argumentación como discurso, que vendrían a ser una secuencia de enunciados, en los que uno desempeña la función de tesis o conclusión y los restantes tienen la función de premisas, argumentos o razones a favor de aquella.²⁸⁵

En este punto cabe preguntarnos ¿Cómo funciona la argumentación dentro de la actividad legislativa para ponderar derechos?

Como sabemos, el procedimiento de formación legislativa no es una entelequia o un mero formalismo que permite expedir leyes, sino que requiere del debate en sede parlamentaria para que los diferentes actores políticos, sociales y técnicos expresen sus razones a favor o en contra de determinada propuesta normativa, erigiéndose cada una de estas posturas tanto en las mesas legislativas como en el Pleno de la Asamblea Nacional en argumentos o razones que permitan tomar una decisión para aprobar, negar o archivar un proyecto de ley.

Este ejercicio argumentativo viene a ser un mecanismo de democracia deliberativa, ya que “[...] todos los implicados por una decisión política deben tomar parte en su adopción a través de un intercambio de razones y argumentos que sean convincentes y públicamente justificables ante otros ciudadanos”.²⁸⁶ Este tipo de deliberación ha sido considerada como una acción política que está vinculada a los derechos políticos y de participación de los ciudadanos y como un mecanismo de control democrático del poder público.²⁸⁷ Monsiváis Carrillo, señala además que “[...] la deliberación es un medio para configurar las leyes, decisiones y políticas que sean auditables por parte de la ciudadanía y justificables ante ella”,²⁸⁸ es decir, lo que ocurre en la Asamblea Nacional ecuatoriana.

²⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Chaparro Álvarez vs. Ecuador de 21 de noviembre de 2007, 24.

²⁸⁴ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 225.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ Alejandro Monsiváis Carrillo, “Hablar de Política. Democracia deliberativa y participación discursiva en México”, en *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, Vol. XL, No. 233 (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2015), 29.

²⁸⁷ *Ibid.*, 30-2.

²⁸⁸ *Ibid.*, 32.

Complementando lo expuesto, el profesor Córdova Vinueza desde un ámbito democrático y político señala lo siguiente:

En un sistema democrático no todo puede solventarse con la fuerza mayoritaria de los votos y, menos todavía, con la imposición de la voz proclamada en aplausos de las autoridades gubernamentales; por más poderosas que sean éstas las minorías. En sintonía de aquello, el derecho a dialogar y debatir ayuda a encontrar decisiones más reflexivas en torno a los desacuerdos que existen en toda colectividad con miras a evitar que la forma de zanjarlos recurra a perjuicios, desinformación y agresividad.²⁸⁹

El criterio antes referido, obliga que desde la Asamblea Nacional como máxima instancia de representación popular sea el vehículo para que la ciudadanía y legisladores dialoguen a efectos de determinar la decisión jurídica y política que se adoptará en una ley, y más aún, si lo que se encuentra de por medio es la regulación o limitación del ejercicio de un derecho constitucional.

Ahora bien, Escudero Soliz al referirse sobre la argumentación en un contexto parlamentario o legislativo indica que en sentido general es un proceso para convencer dando las mejores razones y, que no consiste en emitir afirmaciones sin más, sino, que se necesitarán de criterios, como la credibilidad, solidez y veracidad.²⁹⁰

El profesor ecuatoriano advierte que los enfoques estructurales y metódicos en cuanto argumentos de la Asamblea Nacional se pueden resumir en: (1) Delibera sobre los derechos y las necesidades de la población; (2) Es susceptible de interpretar a la Constitución desde los intereses de los grupos, las creencias políticas e incluso desde las preferencias personales; (3) Basa su decisión en desacuerdos sobre la Constitución; y, (4) Están expuesto al voto popular.²⁹¹

Este discurso argumentativo en el marco de la ponderación de derechos por parte del legislador democrático se verá reflejado en la exposición de motivos y considerandos de los proyectos de ley, informes para primer y segundo debate, comisiones generales, debate parlamentario en las comisiones y en el Pleno de la Asamblea Nacional, opinión pública en los medios de comunicación tradicionales y no tradicionales y, en definitiva, en cualquier espacio público y político en los cuales la ciudadanía y los legisladores puedan expresar su opinión respecto a determinado proyecto de ley que puede tener una medida de intervención legislativa que pueda afectar o favorecer a un derecho.

²⁸⁹ Paúl Córdova Vinueza, *¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos constitucionales y jurisdiccionales* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones), 14.

²⁹⁰ Jhoel Escudero Soliz, "Dos enfoques diferentes de un mismo texto. La argumentación política y jurídica de la Constitución" en *II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa* (Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2016), 49.

²⁹¹ *Ibíd.*, 54.

A diferencia de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio y estricto en sede jurisdiccional que tiene un orden y secuencia, en el procedimiento de formación legislativa es indistinto en las diferentes fases que lo componen, justamente por la naturaleza política y pluralista del debate que se pueda presentar en las instancias y etapas legislativas.

Ejemplos de estos casos hay muchos, como la despenalización del aborto en casos de violación, la despenalización del delito de injurias, la eliminación de la caución en los procesos de recusación, la tipificación de infracciones y sanciones, límites al ejercicio de libertad de tránsito o exenciones tributarias a favor de determinado grupo poblacional.

Dicho esto, en el siguiente subcapítulo analizaremos tres leyes en las cuales el legislador ponderó derechos, todo esto para fundar un criterio referencial que permita garantizar un mejor trabajo desde la Asamblea Nacional en la configuración, regulación y limitación de los derechos en el Estado constitucional.

4. Ponderación en abstracto por parte de la Asamblea Nacional

4.1. Eliminación de la caución en los procesos de recusación: Reforma al Código Orgánico General de Procesos

- **Contextualización**

En el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015 fue publicado el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), cuerpo normativo cuyo objeto es regular la actividad procesal en las materias no penales, electorales y constitucionales. Este Código trajo varios cambios importantes en nuestro derecho adjetivo, ya que de manera definitiva el sistema procesal sería oral, conforme lo establece el numeral 6 del artículo 168 de la Constitución de la República.

En el Capítulo III del Título II que corresponde al Libro I se regula la excusa y la recusación, figuras imperativas en el debido proceso que permiten garantizar la sustanciación de las causas a través de un juzgador imparcial e independiente, ya que el juez que se excusa o se lo recusa puede tener un interés directo en el proceso que lo puede viciar con una resolución parcializada.

Para activar una recusación en contra de un juez que está conociendo un proceso era necesario presentar una demanda y rendir una caución de entre uno a tres salarios

básicos unificados del trabajador en general, caso contrario el juez no calificaría la demanda y la archivaría. El texto de 2015 prescribía lo siguiente:

Art. 27.- Caución. Presentada la demanda, dentro del término de tres días, la o el juzgador fijará una caución de entre uno y tres salarios básicos unificados del trabajador en general, que será consignada por la o el actor. Sin este requisito, la demanda no será calificada y se dispondrá su archivo. [...]

Ahora bien, en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 de 26 de junio de 2019 se publicó una la reforma integral al COGEP. Entre los cambios que trae esta normativa se encuentra una reforma al artículo 27 que elimina la caución en los procesos de recusación por vulnerar y limitar el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables reconocido en el artículo 75 de la Constitución de la República.

Esta reforma corresponde al proyecto de ley de 12 de enero de 2018 presentado por la Asambleísta Viviana Bonilla titulado “Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General del Procesos para Garantizar la Tutela Judicial Efectiva en los Procesos de Recusación”, el mismo que fue acumulado con otros proyectos de ley relativos al COGEP. En la exposición de motivos la legisladora señaló lo siguiente:

Podemos colegir de la disposición citada, que el espíritu del legislador al disponer la caución para que sea calificada la demanda de recusación fue la de evitar el abuso del derecho de acción, es decir, de acudir injustificadamente a la administración de justicia para retardar indebidamente el progreso de la litis [...] sin embargo, esta traba o limitante vulnera el acceso a la tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos y vulnera el principio de proporcionalidad al no existir un debido equilibrio entre la protección y restricción de un derecho, ya que existe una caución o afianzamiento de entre uno a tres salarios básicos unificados (USD 386 – 1158) [...].²⁹²

Tanto la proponente y el Ejecutivo –al presentar su objeción parcial por inconstitucionalidad hacia las reformas al COGEP– advirtieron que esta reforma podría eventualmente retardar indebidamente el progreso de la litis y verse afectados los principios de eficacia, celeridad y economía procesal previstos en el artículo 169 de la Constitución de la República.

Bajo este contexto procederemos analizar la ponderación de derechos que realizó el legislador a través del examen de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

²⁹² Viviana Bonilla Salcedo, Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General del Procesos para Garantizar la Tutela Judicial Efectiva en los Procesos de Recusación (Quito: 12 de enero de 2018), 3.

- **Idoneidad o adecuación**

Como podemos evidenciar existe una colisión de derechos entre la tutela judicial efectiva y los principios de eficacia, celeridad y economía procesal de los justiciables en los procesos de recusación regulados por el COGEP.

Conforme al procedimiento expuesto en el segundo capítulo de este trabajo, identificaremos los cuatro elementos que debe tener una medida de intervención legislativa para reputarse como idónea:

- *Identificación del fin y el estado de las cosas:* De la revisión del proyecto de ley antes referido y los informes para primer y segundo debate de las reformas al COGEP,²⁹³ podemos indicar que el legislador pretendió con esta reforma garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos de recusación a través de la eliminación de la caución, lo cual permitiría que los usuarios del sistema de justicia puedan acceder a un juez imparcial sin obstáculo procesal alguno.

- *Individualización del medio implementado:* La medida de intervención legislativa será la eliminación de la caución de uno a tres salarios básicos unificados para que sea calificada la demanda de recusación y, por consiguiente, sustanciada y resuelta.

- *Identificación de los derechos que van a ser afectados:* De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley y la objeción por inconstitucionalidad presentada por el Ejecutivo los principios afectados serían los de eficacia, celeridad y economía procesal previstos en el artículo 169 de la Constitución de la República. Estos principios en 2015 determinaron que el artículo 27 del COGEP limite el abuso de la acción de recusación y la dilatación de los procesos principales a través de una caución.²⁹⁴

El Ejecutivo en su objeción indicó lo siguiente: “Suprimir la caución, que evidentemente tiende a evitar el abuso de la recusación y cumplir con la garantía contemplada en el artículo 169 de la Constitución, violenta además el debido proceso y la seguridad jurídica (76 y 82 CR), motivo por el cual las propuestas efectuadas son inconstitucionales”.²⁹⁵

²⁹³ Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos* (Quito: 18 de junio de 2018), 7-8; y, Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos* (Quito: 7 de agosto de 2018), 13.

²⁹⁴ Presidencia de la República, *Objeción Parcial por inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos* (Quito: 14 de noviembre de 2018), p. 24.

²⁹⁵ *Ibidem*. El Ejecutivo no fundamentó las razones por las cuales esta reforma vulneraría la seguridad jurídica, así tampoco, el derecho o garantía específica del debido proceso.

- *Relación de fomento entre medio y fin*: Esta relación la podemos evidenciar en la exposición de motivos del proyecto de ley referido que signa lo siguiente: “En dicho contexto, eliminar la caución [...] en materia de recusación garantiza el acceso y la tutela judicial efectiva de los ciudadanos sin limitarla a trabas procesales que muchas veces no son superables”. Por los argumentos antes indicados, podemos decir que la eliminación de la caución en los procesos de recusación es una medida idónea frente a la limitación de los principios previstos en el artículo 169 de la Constitución de la República.

- **Necesidad**

Una vez que la medida de intervención legislativa ha superado el examen de idoneidad, corresponde justificar que el medio escogido entre otras medidas genera la menor restricción a los derechos involucrados. Este ejercicio se efectúa en una comparación entre la medida elegida por el legislador y otras medidas alternativas que hubiera podido optar. En este caso, al ser una reforma, se comparará con el texto vigente y otras propuestas alternativas que se puedan presentar dentro del procedimiento de formación legislativa. Para el efecto, realizaremos el examen de necesidad conforme a los elementos que fueron expuestos en el segundo capítulo de esta investigación:

- *Relación entre la medida de intervención legislativa con el fin*: Como ha sido señalado la medida de intervención legislativa es la eliminación de la caución en los procesos de recusación y garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva, generando una limitación a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal en el caso que esta reforma dilate el curso regular de los procesos.

- *Identificación de las medidas alternativas*: De la revisión del informe para primer y segundo debate, los legisladores han manifestado su voluntad inequívoca de eliminar la caución en los procesos de caución. Los cambios o propuestas alternativas han sido de carácter formal para mejorar el texto normativo y en torno al cobro de costas procesales y el monto de una multa al final del proceso cuando el juez haya determinado que la acción pretendía dilatar la sustanciación del proceso principal.²⁹⁶

²⁹⁶ Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos* (Quito: 18 de junio de 2018), 7-8; y, Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos* (Quito: 7 de agosto de 2018), 13.

Ahora bien, al ser una ley reformativa, el legislador comparó la propuesta con la medida de intervención legislativa de 2015. Esta sería la medida alternativa.

- *Comparación entre la medida de intervención legislativa con las medidas alternativas:* El legislador al comparar la propuesta reformativa con el texto de 2015 determinó que la eliminación de la caución para regular los procesos de recusación y el establecer el cobro de costas procesales y una multa para evitar el abuso de la acción es menos restrictiva que la regulación de 2015 que puso en riesgo la tutela judicial efectiva *so pretexto* de garantizar la eficacia, celeridad y economía procesal al rendir una caución.

En consecuencia, esta medida de intervención legislativa es necesaria al garantizar la tutela judicial efectiva frente al artículo 27 de 2015 que se fundó en los principios procesales previstos en el artículo 169 de la Constitución de la República.

- **Ponderación en abstracto:**

Finalmente, aplicaremos la ley de la ponderación en un contexto legislativo para determinar que cuan mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un derecho, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia en la satisfacción del otro.

Comenzaremos advirtiendo que P1 (tutela judicial efectiva) es un derecho que entra en contraposición con P2 (eficacia, celeridad y economía procesal), que M1 (eliminación de la caución) es una medida de intervención legislativa que tiene por objeto beneficiar el ejercicio de P1, pero que limita a P2.

Como hemos identificado, el legislador con M1 ha superado el examen de idoneidad y necesidad, por lo tanto cabe justificar si M1 genera un beneficio para P1 con la misma importancia que el perjuicio que se causa a P2. En consecuencia, la adopción de la medida de intervención legislativa M1 supondrá una relación razonable entre las ventajas que signifique P1 y las desventajas para P2; y, por lo tanto, una medida constitucional.

Entre las ventajas o beneficios para el derecho a la tutela judicial efectiva a través de esta reforma al artículo 27 del COGEP se ha indicado lo siguiente:

(1) En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por la Asambleísta Bonilla se ha señalado que esta reforma garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva; además, que procura una igualdad formal entre los justiciables y mejora la gestión de la administración de justicia del país. Para evitar el abuso indica que se puede fortalecer el régimen de costas procesales frente a la limitación que dispuso el legislador de 2015:

[...] eliminar la caución y fortalecer el régimen de costas procesales por el abuso, malicia, temeridad en materia de recusación garantiza el acceso y la tutela judicial efectiva de los ciudadanos sin limitarla a trabas procesales que muchas veces no son superables, [...], procura una igualdad formal entre los justiciables y mejora la gestión de la Administración de justicia en el país.²⁹⁷

(2) En el informe para primer debate elaborado por la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional se cita la jurisprudencia de la Corte Constitucional y se indica que la propuesta también guarda compatibilidad con los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establecen que los Estados no deben imponer trabas a las personas que acudan a jueces o tribunales, menos aún, si no son razonables.²⁹⁸ Por lo tanto, podemos vislumbrar como esta reforma adecúa el ordenamiento interno a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

(3) La Asambleísta Verónica Arias, integrante de la Comisión antes referida, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia No. 006-17-SCN-CCD, publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 19 de 14 de noviembre de 2017, ha señalado que la recusación permite que los justiciables accedan a un juez imparcial y ratifica que el rol del juzgador en el Estado constitucional es el de ser un garante de la democracia.²⁹⁹

(4) El 18 de julio de 2018 compareció a la Comisión de Justicia y Estructura del Estado el Dr. Carlos de Tomaso, profesor universitario, para exponer sus criterios en torno a las reformas al Código Orgánico General de Procesos.³⁰⁰ En dicha exposición manifestó su apoyo a la reforma; incluso, realizó un test de proporcionalidad comparándola con la caución en los procesos para impugnar actos de determinación tributaria e indicó que la caución no superaría el examen de necesidad.

(5) En el informe para segundo debate los integrantes de la Comisión señalaron que esta reforma a los artículos 27 y 28 del COGEP garantiza la tutela judicial efectiva, e incluso, manifestaron que habían ponderado: “[...] razón por la cual, los asambleístas miembros de la Comisión vieron necesario ponderar, modular y adecuar los artículos 27

²⁹⁷ Viviana Bonilla Salcedo, Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos para Garantizar la Tutela Judicial Efectiva en los Procesos de Recusación (Quito: 12 de enero de 2018), 5.

²⁹⁸ Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos* (Quito: 18 de junio de 2018), 7-8

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos* (Quito: 7 de agosto de 2018), 10.

y 28 del COGEP, con la finalidad de que permita el goce de los derechos y garantías del debido proceso establecidas en la Constitución y demás normativa vigente”.³⁰¹

Ahora bien, como desventajas que puede causar esta propuesta a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, tenemos que:

(1) En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por la Asambleísta Bonilla reconoce que puede existir un abuso de la acción de recusación; no obstante, indica que se debe fortalecer el régimen de costas procesales para limitar esa posibilidad.³⁰²

(2) Por otra parte, en la objeción por inconstitucionalidad parcial de la Presidencia de la República a la reforma al artículo 27 del COGEP se advierte que esta medida podría generar una dilatación de los procesos y abuso de las demandas de recusación.³⁰³

(3) El Ejecutivo también indicó que en los “casos escandalosos” se podría abusar de la figura de recusación y generar un estado de indefensión.³⁰⁴

(4) El Ejecutivo en su objeción por inconstitucionalidad señaló sin mayor fundamento y explicación alguna que la reforma afectaría también el debido proceso y la seguridad jurídica, sin especificar el derecho o la garantía del debido proceso que se vulneraría.

Es preciso indicar que en la Sesión No. 539 de 16 de octubre de 2018 del Pleno de la Asamblea Nacional, para resolver en segundo y definitivo debate el proyecto de reformas al COGEP, obtuvo 111 votos afirmativos, 0 negativos, 1 abstención y 0 blancos; y, la Corte Constitucional en el Dictamen No. 003-19-DOP para resolver la objeción por inconstitucionalidad a este proyecto de ley indicó que la reforma no es inconstitucional y que garantiza el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.³⁰⁵ Finalmente los artículos 27 y el 28 prescriben a partir de 2019 lo siguiente:

Art. 27.- Admisión y traslado. - Presentada la demanda, dentro del término de tres días, la o el juzgador admitirá a trámite y dará traslado en el mismo término a la o el juez recusado para que la conteste en audiencia.

³⁰¹ Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos* (Quito: 7 de agosto de 2018), 13.

³⁰² Viviana Bonilla Salcedo, *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General del Procesos para Garantizar la Tutela Judicial Efectiva en los Procesos de Recusación* (Quito: 12 de enero de 2018), 3-5.

³⁰³ Presidencia de la República, *Objeción Parcial por inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos* (Quito: 14 de noviembre de 2018), p. 24.

³⁰⁴ *Ibíd.*

³⁰⁵ Ecuador. Corte Constitucional, *Dictamen No. 003-19-DOP-CC*, 14 de marzo de 2019.

Art. 28.- Audiencia.- La audiencia se realizará en el término de cinco días y conforme las reglas previstas en este Código.

Al final de esta la o el juez resolverá la recusación. Si la o el juzgador resuelve que la demanda de recusación tuvo por objeto retardar indebidamente el progreso de la litis, se impondrá la multa de un salario básico unificado del trabajador en general, en contra de la o el defensor, sin perjuicio de la condena de costas en caso de haberla.

Por lo antes expuesto, podemos evidenciar cómo el legislador ponderó dos derechos en contradicción e hizo primar el derecho a la tutela judicial efectiva frente a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal. Además, se demostró que la caución de 2015 era una medida de intervención legislativa que limitó a los justiciables el acceso a un juez imparcial, ya que muchas veces estos no podían rendir el valor y por la falta de recursos debían proseguir sus procesos con jueces parcializados. Finalmente, debemos indicar que la medida adoptada en 2019 limita de manera muy leve los principios del artículo 169 de la Constitución, ya que también se prescribió como medida disuasiva el pago de una multa y las costas procesales a quien abuse de la acción con el fin de dilatar el curso de la litis.

4.2. Eliminación del impuesto verde: Ley Derogatoria al Impuesto Ambiental por Contaminación Vehicular

- **Contextualización**

En el Registro Oficial No. 583 de 24 de noviembre de 2011 se publicó la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado, en la cual se estableció, entre otros, el Impuesto Ambiental a la Contaminación Vehicular, más conocido como “Impuesto Verde”. Este impuesto tuvo por objeto gravar la contaminación producida por el uso de vehículos motorizados de transporte terrestre con un cilindraje mayor a 1.500 centímetros cúbicos y de acuerdo con su antigüedad.³⁰⁶

Ya en la ejecución de este impuesto, se determinó que este incumplía varios de los principios tributarios (no confiscatoriedad) y ambientales (el que contamina paga), toda vez que la fórmula empleada no se compadecía con la efectiva emisión de CO₂ por

³⁰⁶ La base imponible se determinaba con la multiplicación del cilindraje expresado en centímetros cúbicos con las tarifas que iban desde USD 0,08 a 0,35; y, posteriormente, el producto de esta operación era multiplicado con un factor de ajuste que era un porcentaje relacionado con el nivel de contaminación ambiental provocado por los vehículos, en relación con los años de antigüedad o tecnología del motor, que iba desde los 5 años con un porcentaje en el factor del 5% al 20%, y en el caso de los vehículos híbridos - 20%.

parte de los vehículos, sino en función de su cilindraje y antigüedad; es decir, que un vehículo con un cilindraje alto y una antigüedad considerable que estaba parqueado todo el año pagaba más impuestos que un vehículo nuevo y con menor cilindraje que podía estar circulando todos los días del año. Incluso, en algunos casos, se llegó a demostrar que el impuesto era mayor al avalúo del vehículo y que existían exoneraciones para taxis, buses y transporte pesado que por su propia actividad contaminaban más que los vehículos particulares.

El impuesto no cumplía su finalidad que era el de garantizar el derecho a un ambiente sano y limitaba el derecho de propiedad de los contribuyentes al ser un impuesto confiscatorio que no guardaba relación con la capacidad tributaria del propietario, por lo que se presentaron dos proyectos de ley para derogar este impuesto. Uno por parte del Presidente de la República, Lenin Moreno Garcés y otro en conjunto por los asambleístas Homero Castanier y Fabricio Villamar. Estos textos se unificaron y finalmente fueron aprobados por el Pleno de la Asamblea Nacional y publicados en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 19 de 16 de agosto de 2019.

En este acto normativo podemos evidenciar que los derechos en colisión serán el de propiedad y el derecho a un ambiente sano, los cuales están reconocidos en los numerales 26 y 27 del artículo 66 de la Constitución de la República. Procederemos analizar la ponderación de derechos que realizó el legislador a través del examen de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

- **Idoneidad o adecuación**

Conforme al procedimiento propuesto en el segundo capítulo de este trabajo, identificaremos los cuatro elementos que debe tener una medida de intervención legislativa para reputarse como idónea:

- *Identificación del fin y el estado de las cosas*: La Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa de la Asamblea Nacional en el informe para segundo debate señaló que este tributo es: “[...] un impuesto confiscatorio, que no grava a [...] los que más contaminan, que no es disuasivo y que grava el patrimonio y no a quien contamina el ambiente.”³⁰⁷

³⁰⁷ Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa de la Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado* (Quito: 29 de mayo de 2019), 22.

Respecto a relación de confiscatoriedad y afectación al derecho a la propiedad, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 021-15-SIN-CC ha indicado lo siguiente:

[...] el principio de no confiscatoriedad debe evaluarse desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo. Es cualitativo, cuando se restringe la propiedad de manera ilegítima, por ejemplo cuando nace un tributo en inobservancia al principio de legalidad, en cuyo caso el cobro del tributo no tenía razón de ser. Por otro lado, es cuantitativo cuando la carga tributaria es tan onerosa para el contribuyente que le obliga a sustraer de su patrimonio un porcentaje sustancial, desconociéndose por un lado su capacidad contributiva y por otro, limitando al contribuyente la posibilidad de ahorro y de bienestar económico.³⁰⁸

De la revisión de los proyectos de ley antes referidos y los informes para primer y segundo debate, podemos indicar que el legislador pretendió con esta reforma garantizar el derecho a la propiedad de los contribuyentes mediante la eliminación de un impuesto que era contrario a los principios tributarios.

- *Individualización del medio implementado*: Eliminación del denominado impuesto verde a través de una reforma a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado.

- *Identificación de los derechos que van a ser afectados*: El derecho a un ambiente sano será el derecho afectado con la eliminación del impuesto verde. Para sostener esta afirmación citaremos la exposición de motivos del proyecto de Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado presentado por el ex Presidente de la República, Rafael Correa de 24 de octubre de 2011, quien justificaba este impuesto bajo las siguientes consideraciones: “Con esto, se lograría dos objetivos y principios constitucionales esenciales, por un lado, el Estado frente a la obligación que tiene con sus ciudadanos de reconocerles el derecho a vivir en un ambiente sano [...] y, por otro la responsabilidad y deberes de los ecuatorianos a [...] preservar un ambiente sano”.³⁰⁹

- *Relación de fomento entre medio y fin*: La eliminación del impuesto verde a través de una reforma a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado garantiza el derecho a la propiedad de los contribuyentes frente a un tributo que no cumple con los principios tributarios y que en su aplicación se ha demostrado que es confiscatorio; además, que no es parte de una verdadera política ambiental, sino, que cumple un fin netamente recaudatorio.

³⁰⁸Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 021-15-SIN-CC, 1 de julio de 2015.

³⁰⁹Rafael Correa Delgado, Proyecto de Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado (Quito: 24 de octubre de 2011), 2.

Efectuado este examen, podemos indicar que la medida es idónea al buscar el fin pretendido, que es el de garantizar el derecho a la propiedad frente a impuestos que afectan la capacidad contributiva del administrado.

- **Necesidad**

Una vez que la medida de intervención legislativa ha superado el examen de idoneidad, corresponde justificar si el medio escogido entre otras medidas genera la menor restricción a los derechos involucrados. Este ejercicio se efectúa en una comparación entre la medida propuesta por el legislador y otras medidas alternativas que hubiera podido optar. En este caso, al ser una reforma, se comparará con el texto de 2011 que creó este impuesto y otras propuestas alternativas que se puedan presentar dentro del procedimiento de formación legislativa.

Para el efecto, realizaremos el examen de necesidad conforme a los elementos que ya han sido expuestos:

- *Relación entre la medida de intervención legislativa con el fin:* Como ha sido señalado en el examen de idoneidad, la medida de intervención legislativa es la eliminación del denominado impuesto verde y la protección del derecho a la propiedad. Medida legislativa que afectaría el derecho al ambiente sano.

- *Identificación de las medidas alternativas:* En la Sesión No. 601 de 18 de junio de 2019 que corresponde al primer debate de la Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado, la Asambleísta Marcela Aguiñaga manifestó su rechazo a la eliminación del impuesto verde, ya que este permitiría generar conductas social y ambientalmente responsables por parte de los ciudadanos que ayudarían a disminuir la polución en el aire. Sin perjuicio de aquello, indicó que el impuesto debía ser revisado ya que se adaptaba para la realidad de 2011 y para los 5 años subsiguientes, y que en las actuales circunstancias del país debe replantearse la fórmula de cálculo en función del factor de ajuste.³¹⁰

Por otra parte, en la Sesión No. 606 de 9 de julio de 2019 que corresponde al segundo debate de la Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado, el legislador Carlos Viteri expresó su rechazo a la eliminación

³¹⁰ Marcela Aguiñaga, video de YouTube, a partir de la Sesión No. 601 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=kRX4NSRr7gc>.

de este impuesto ya que se vulnerarían varios derechos constitucionales, como el del ambiente sano, e insistió en la necesidad de mejorar el régimen de este impuesto.³¹¹

En este escenario, la comparación se realizará entre la medida de intervención legislativa principal (eliminación del impuesto) con el texto vigente a la fecha y las alternativas presentadas por otros legislador.

- *Comparación entre la medida de intervención legislativa con las medidas alternativas:* De la revisión de los informes para primer y segundo debate, los asambleístas consideraron que es necesaria una supresión de este impuesto y que la protección ambiental se lo podría realizar a través de la formulación y ejecución de políticas públicas que no supongan el cobro de impuestos hacia los ciudadanos,³¹² por lo que, una reformulación de este impuesto no sería la medida menos gravosa si lo que se pretende es garantizar el derecho a la propiedad de los contribuyentes y el derecho al ambiente sano pero con políticas públicas bien formuladas y ejecutadas desde el Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados.³¹³

En ese orden de cosas, podemos decir que la eliminación del impuesto es una medida también necesaria frente a las otras alternativas presentadas.

- **Ponderación en abstracto**

El último paso del examen de proporcionalidad corresponde a la ponderación. Aplicaremos la ley de la ponderación en un contexto legislativo para determinar que cuan mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un derecho, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia en la satisfacción del otro.

P1 (derecho a la propiedad) es un derecho que entra en contraposición con P2 (derecho al ambiente sano), que M1 (eliminación del impuesto verde) es una medida de intervención legislativa que tiene por objeto beneficiar el ejercicio de P1, pero que limita a P2.

³¹¹ Carlos Viteri, video de YouTube, a partir de la Sesión No. 606 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=iggqBbwY29M&t=15s>

³¹² Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa de la Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado* (Quito: 29 de mayo de 2019), 20 -25; y, Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa de la Asamblea Nacional, *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado* (Quito: 3 de julio de 2019), 23 -27.

³¹² *Ibíd.*

³¹³ *Ibíd.*

Como hemos señalado, el legislador con M1 ha superado el examen de idoneidad y necesidad, por lo tanto cabe justificar si M1 genera un beneficio para P1 con la misma importancia que el perjuicio que se causa a P2. Por lo tanto, la adopción de la medida de intervención legislativa M1 supondrá una relación razonable entre las ventajas que signifique para P1 y las desventajas para P2.

Entre las ventajas o beneficios de la eliminación de este impuesto a favor del derecho a la propiedad se ha indicado lo siguiente:

(1) En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por los Asambleístas Castanier y Villamar se manifiesta que la eliminación de este proyecto evita la afectación de la capacidad económica del contribuyente al no ser un tributo proporcional, progresivo y que grava un bien que todos los años se deprecia. En consecuencia, se expulsaría del mundo jurídico y del sistema tributario un impuesto que ha mermado el patrimonio de los ciudadanos y, por ende, el derecho de propiedad.³¹⁴

(2) En el informe para primer debate consta la apreciación de la Defensoría del Pueblo en torno al impuesto verde indicando que este es contrario al principio ambiental “Quien contamina paga”, ya que el impuesto no grava a la contaminación como tal, sino al cilindraje y antigüedad de los vehículos. Por ende, la finalidad ambiental del impuesto no se cumpliría.³¹⁵

(3) La Defensoría del Pueblo también indicó que los recursos deberían destinarse a la política ambiental, sin embargo, en la forma como está regulado el impuesto en la ley no se sabe con certeza cuál es su destino final. Además, esta entidad advirtió que el impuesto limitaba el acceso a otro tipo de derechos económicos, sociales y culturales, como el trabajo, salud, educación, vivienda, entre otros.³¹⁶

(4) El impuesto verde establecía exoneraciones a favor de los dueños de taxis unidades de transporte público (buses) y vehículos relacionados con la actividad productiva como es el caso del transporte pesado; por lo tanto, era una medida que generaba desigualdad frente a los contribuyentes que más contaminaban en razón de su actividad económica.³¹⁷

³¹⁴ Homero Castanier y Fabricio Villamar, Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado (Quito: 24 de enero de 2019), 5.

³¹⁵ Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa de la Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado* (Quito: 29 de mayo de 2019), 18.

³¹⁶ *Ibíd.*, 19.

³¹⁷ *Ibíd.*, 22.

Ahora bien, frente a las desventajas que puede causar esta propuesta al derecho al ambiente sano, tenemos que:

(1) La eliminación de impuesto verde no desincentiva el uso de vehículos de transporte terrestre que generan contaminación al ambiente, por lo tanto, los propietarios no renovarían su parque automotor. Sin embargo, los taxis, buses y transporte pesado estaban exonerados de dicho impuesto y por su cilindraje, antigüedad y uso eran los que más contaminaban,³¹⁸ por lo que también contravenía el inciso segundo del artículo 300 de la Constitución de la República que prescribe que la política tributaria promoverá conductas ecológicas, sociales y económica responsables.

(2) Varios legisladores que participaron en el primer y segundo debate indicaron que se puede afectar el financiamiento de la política pública en materia ambiental; no obstante, en el informe para segundo debate se pudo colegir que los ingresos recaudados por motivo de este impuesto no eran destinados a financiar políticas ambientales, sino para otros fines. En ese sentido, la Defensoría Pública sugirió un examen especial por parte de la Contraloría General del Estado para saber el uso de esos recursos.³¹⁹

De lo expuesto, podemos señalar que los argumentos que justifican la eliminación del impuesto verde para garantizar el derecho a la propiedad de los contribuyentes han establecido la preponderancia de este derecho frente al derecho a un ambiente sano que se lograría con la vigencia de este impuesto.

En el proceso de formación legislativa de este proyecto de ley se pudo evidenciar cómo los derechos pueden colisionar en un ámbito tributario, lo cual pudo justificar que la medida de intervención legislativa (eliminación de impuesto) en contra del derecho al ambiente sano sea idónea, adecuada y proporcional en sentido estricto. El impuesto en la forma como estaba planteado sí afectaba los derechos patrimoniales de los contribuyentes al mantener una fórmula de cálculo que no se ajustaba a la realidad y capacidad económica de los propietarios de los autos, así también, las exoneraciones causaban desigualdad entre los contribuyentes y en el ámbito ambiental no cumplía con el principio “quien contamina paga” y los recursos recaudados tampoco con su finalidad.

Finalmente, el 15 de agosto de 2019 en segundo debate el texto fue aprobado con 89 votos afirmativos, 1 negativo, 22 abstenciones y 0 blancos. En ese sentido, incluso a

³¹⁸ *Ibíd.*,

³¹⁹ Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa de la Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado* (Quito: 29 de mayo de 2019), 18.

nivel político, podemos evidenciar que el impuesto que procuraba garantizar el derecho al ambiente sano no tuvo respaldo en el Parlamento y las abstenciones advierten que el impuesto debía ser reformulado, mas no derogado en su totalidad.

La Ley que fue publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 19 de 16 de agosto de 2019, prescribe lo siguiente en su primer artículo:

Artículo 1.- Deróguese el Capítulo I “IMPUESTO AMBIENTAL A LA CONTAMINACIÓN VEHICULAR”, del Título innumerado “IMPUESTOS AMBIENTALES” y sus once artículos innumerados, agregados a continuación del Título Tercero denominado “Impuestos a los Consumos Especiales” de la Ley de Régimen Tributario Interno.

4.3. Inhabilidad laboral para las personas que han cometido delitos sexuales en contra de niñas, niños y adolescentes: Reforma al Código Orgánico Integral Penal

- **Contextualización**

El 24 de diciembre de 2019 se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 107 la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal (COIP). En esta ley reformativa la Asamblea Nacional realizó cambios importantes en la parte dogmática, sustantiva, adjetiva y ejecutiva del mentado Código. Uno de los ejes de esta reforma fue la protección de niñas, niños y adolescentes (NNA); en consecuencia, el legislador endureció las penas privativas de la libertad en los delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva cuando las víctimas sean estos grupos etarios e incluyó de manera obligatoria en el segundo inciso del artículo 65 la inhabilidad laboral para ejercer empleo, profesión, oficio o cargo público que tenga directa relación con estos, como son los casos de escuelas, colegios, academias, entre otros.

Es preciso indicar que antes de la reforma de 2019 el artículo 65 ya establecía como pena la inhabilidad laboral por el tiempo previsto en cada tipo penal, como eran los delitos de producción de medicamentos falsificados (Artículo 217), delitos contra la información pública reservada (Artículo 233), prevaricato de jueces (Artículo 268), defraudación tributaria (Artículo 298), obstaculización de proceso electoral (Artículo 330), entre otros; sin embargo, en la tipificación de los delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva no constaba el tiempo de dicha inhabilidad, por lo tanto, los docentes, personal administrativo, instructores o cualquier persona que tenga un trabajo

relacionado con NNA podía acceder libremente a estas plazas ocupacionales en las cuales muchas veces cometieron esos ilícitos.

El legislador a efectos de garantizar el derecho al desarrollo integral de NNA previsto en el artículo 44 de la Constitución de la República procedió a tipificar de manera obligatoria esta inhabilidad para quienes quieran trabajar en oficios o empleos relacionados con estos, limitando, por ende, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 33 de la Constitución para los infractores que han violentado la integridad sexual y reproductiva de NNA.

- **Idoneidad o adecuación**

Conforme al procedimiento propuesto en el segundo capítulo de este trabajo, identificaremos los cuatro elementos que debe tener una medida de intervención legislativa para ser idónea:

- *Identificación del fin y el estado de las cosas:* De la revisión de los informes para primer y segundo debate de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal podemos indicar que el derecho a proteger es el desarrollo integral de NNA mediante la prevención en los espacios educativos, culturales, deportivos, entre otros, en los que puedan tener acceso laboral las personas que hayan cometido delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva de NNA.³²⁰

- *Individualización del medio implementado:* Reforma al artículo 65 del COIP para establecer como pena no privativa de la libertad la inhabilidad para ejercer profesión, oficio, empleo o cargo público hacia la persona que haya cometido algún delito en contra de la integridad sexual y reproductiva de NNA por el mismo tiempo de la pena privativa de libertad una vez cumplida esta, siempre que implique una relación laboral directa con este grupo de atención prioritaria.

- *Identificación de los derechos que van a ser afectados:* Al ser una inhabilidad de carácter laboral el derecho que será afectado es el de trabajo, reconocido en el artículo 33 de la Constitución de la República.

³²⁰ Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal* (Quito: 19 de diciembre de 2018), 32-4; y, Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal* (Quito: 8 de mayo de 2019), 38-9.

- *Relación de fomento entre medio y fin:* La inhabilidad laboral dictada en contra de las personas que han cometido delitos sexuales en contra de NNA permitirá garantizar el derecho al desarrollo integral de estos grupos etarios a través de mecanismos preventivos que limiten el acceso y exposición de los infractores en espacios que frecuentan los NNA. En consecuencia, podemos señalar la medida de intervención legislativa es idónea.

- **Necesidad**

Una vez que la medida de intervención legislativa ha superado el examen de idoneidad, se debe determinar si el medio escogido entre otras medidas genera la menor restricción a los derechos involucrados. Este ejercicio se efectúa en una comparación entre la medida propuesta por el legislador y otras medidas alternativas que hubiera podido optar. En este caso, al ser una reforma, se comparará con la regulación vigente, específicamente el artículo 65 que no contemplaba como pena no privativa de la libertad la inhabilidad laboral para las personas que han cometido delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva de NNA.

Para el efecto, realizaremos el examen de necesidad conforme a los elementos que fueron expuestos anteriormente:

- *Relación entre la medida de intervención legislativa con el fin:* Conforme ha sido advertido en el examen de idoneidad, la medida de intervención legislativa será la inhabilidad laboral para las personas que han cometido delitos sexuales en contra de NNA y el fin será la protección y garantía del derecho al desarrollo integral de NNA.

- *Identificación de los medidas alternativas:* De la revisión del informe para primer y segundo debate, así como, de la objeción parcial realizada por el Ejecutivo, no existen propuestas alternativas a la inhabilidad *stricto sensu*, solo cambios formales y de redacción a esta reforma al COIP.³²¹ Sin embargo, en el trámite del proyecto de esta ley reformativa, el legislador Pedro Curichumbi presentó el 5 de febrero de 2019 un proyecto de ley en cual dispone en el COIP la prisión perpetua y la castración química hacia los infractores sexuales de violación, lo cual evidentemente limitaría bajo cualquier concepto un acceso a los NNA al estar privados de la libertad de por vida ³²²

³²¹ *Ibíd*

³²² Pedro Curichumbi, *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal* (Quito: 5 de febrero de 2019), 7.

- *Comparación entre la medida de intervención legislativa con las medidas alternativas:* En el contexto de las medidas alternativas señaladas previamente, podríamos indicar que el legislador ante la insuficiencia del texto vigente y la propuesta de prisión perpetua y castración química, la inhabilidad laboral para proteger el desarrollo de la integridad de NNA es idónea, necesaria y menos gravosa para el derecho al trabajo de los infractores, toda vez que esta inhabilidad no limita a que la persona sancionada puede trabajar en otras áreas laborales en las que no exista relación directa con NNA.

- **Ponderación en abstracto**

El último paso del examen de proporcionalidad corresponde a la ponderación. Aplicaremos la ley de la ponderación en un contexto legislativo para determinar que cuan mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un derecho, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia en la satisfacción del otro.

P1 (derecho al desarrollo integral de NNA) es un derecho que entra en contraposición con P2 (derecho al trabajo), que M1 (inhabilidad laboral) es una medida de intervención legislativa que tiene por objeto beneficiar el ejercicio de P1, pero que limita a P2.

Como hemos señalado, el legislador con M1 ha superado el examen de idoneidad y necesidad, por lo tanto cabe justificar si M1 genera un beneficio para P1 con la misma importancia que el perjuicio que se causa a P2. Por lo tanto, la adopción de la medida de intervención legislativa M1 supondrá una relación razonable entre las ventajas que signifique para P1 y las desventajas para P2.

Entre las ventajas o beneficios de la eliminación de este impuesto a favor del derecho a al desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes se ha indicado lo siguiente:

(1) En la Sesión No. 565 de 3 enero 2019 que corresponde al primer debate de la ley reformativa al COIP, el Asambleísta Henry Cucalón indicó que la reforma al artículo 65 del COIP permite garantizar los derechos de los NNA a través de la inhabilidad laboral para las personas que hayan cometido un delito sexual en contra de este grupo de atención prioritaria. Señala que es inadmisibles que un profesor que haya violado a un niño pueda trabajar en un centro educativo.³²³

³²³ Henry Cucalón, video de YouTube, a partir de la Sesión No. 565 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=w5dWuOgI5yo&t=251s> .

(2) La Asambleísta Kharla Chávez en la Sesión No. 605 de 4 de julio de 2019, señaló que la Ley REVAAS permite viabilizar la reforma al artículo 65 del COIP y advirtió que: “[...] si efectuamos un test de ponderación o proporcionalidad los derechos de nuestros niños y adolescentes están por encima de los derechos de las demás personas. No lo digo yo, lo dice el artículo 44 de la Constitución”.³²⁴

Por otra parte, la misma legisladora en la Sesión No. 622 de 1 de octubre de 2019 del Pleno de la Asamblea Nacional señaló que entre los años 2014 y 2018 se han presentado 4854 denuncias por abuso sexual en contra de NNA, de las cuales 3.300 corresponden al sector educativo y a partir de esa cifra: 1200 denuncias hacia docentes y autoridades, 74 en contra de personal administrativo y de limpieza y 374 hacia otros estudiantes.³²⁵

(3) En el informe para primer debate la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional reconoce la necesidad de endurecer las penas privativas y no privativas de libertad en los delitos sexuales con motivo de garantizar el bienestar y una protección especial hacia los NNA. Se fundamenta en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, Declaración de Ginebra de 1924, Declaración de 1959 sobre los derechos de los niños, entre otros.

Ahora bien, frente a las desventajas que puede causar esta propuesta al derecho al trabajo, tenemos que:

(1) Se va a restringir el derecho al trabajo de una persona que se encuentra cumpliendo una sentencia penal ejecutoriada a pesar de que se encuentre en libertad; sin embargo, la inhabilidad laboral no limita a acceder a otros oficios o empleos.

(2) Eventualmente se puede considerar un acto discriminatorio en razón de su pasado judicial por haber cometido delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva de NNA; no obstante, el artículo 44 de la Constitución de la República y, conforme lo advirtió la asambleísta Chávez, el interés superior del niño y los derechos de este grupo de atención prioritaria están sobre los derechos de las demás personas. Por lo tanto, no se puede decir que existe una anulación o menoscabo de un derecho de manera arbitraria o irracional.

³²⁴ Kharla Chávez, video de YouTube, a partir de la Sesión No. 605 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=FPDSBbKm97c>

³²⁵ Kharla Chávez, video de YouTube, a partir de la Sesión No. 622 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=v6pFC7bXL5o&t=54s>

(3) Finalmente, en la objeción parcial por inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal presentada por el Ejecutivo, no se señaló ningún tipo de inconstitucionalidad al respecto.³²⁶

El texto aprobado por la Asamblea Nacional en segundo y definitivo debate de 17 de septiembre de 2019 tuvo 87 votos afirmativos, 0 negativos, 43 abstenciones y 0 blancos. El artículo 65 del COIP reformado establece lo siguiente:

Art. 65.-Inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio, empleo o cargo público.- Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, oficio, empleo o cargo público de la persona sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo, oficio o cargo público, por el tiempo determinado en cada tipo penal.

Las o los juzgadores, además de las penas privativas de libertad previstas en cada caso, impondrán, de manera obligatoria, la inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio, empleo o cargo público a la persona que haya cometido algún delito contra la integridad sexual y reproductiva, en el que las víctimas sean niñas, niños o adolescentes, por el mismo tiempo de la pena privativa de libertad una vez cumplida esta, siempre que el ejercicio de dicha profesión, oficio, empleo o cargo público ponga a la persona en contacto directo con este grupo de atención prioritaria.

Hemos podido evidenciar que esta medida de intervención legislativa hacia el derecho al trabajo de las personas que tienen una sentencia penal condenatoria por haber cometido delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto y, por lo tanto, constitucional, ya que busca una mayor protección de este grupo de atención prioritaria; además, que no impide a esa persona a acceder a otro tipo de empleos.

³²⁶ Presidencia de la República, Objeción Parcial por inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal (Quito: 18 de noviembre de 2018).

Conclusiones

1. El legislador en el Estado constitucional será un auténtico garante de los derechos y de los principios constitucionales a través de la ley, ya que regulará su contenido estableciendo la forma, medios y condiciones para su ejercicio y protección; resolverá los conflictos que se puedan presentar, logrando de esta manera su efectiva consecución y armonía; y, canalizará el proceso político y democrático en torno a estos y la participación de los ciudadanos.

2. En el Estado constitucional el legislador goza de libertad de configuración normativa y política para regular el contenido de los derechos conforme a los dictados de conveniencia y oportunidad; sin embargo, esa libertad no será irrestricta, ya que el legislador deberá respetar los límites formales y materiales de la Constitución.

3. Conforme lo establecen los numerales 4 y 8 del artículo 11 de la Constitución de la República el legislador puede restringir el contenido de un derecho siempre y cuando no afecte su núcleo esencial y existan fines constitucionales legítimos que lo justifiquen, caso contrario será inconstitucional. El mecanismo que permite evaluar aquello es la ponderación de derechos abstracto como último criterio del examen de proporcionalidad de la medida de intervención legislativa que deberá previamente reputarse como idónea y necesaria.

4. Para justificar si una medida de intervención legislativa es idónea, el legislador establecerá una relación causal positiva entre la intervención del derecho y la creación de un estado de cosas en el que se mejore la realización de otro derecho respecto a su estado anterior. Este ejercicio se lo efectuará –principalmente– en la exposición de motivos de los proyectos de ley y en el razonamiento de los informes para primer y segundo debate.

5. El examen de necesidad de una medida de intervención legislativa en el ámbito parlamentario se lo realizará sobre la base de los siguientes escenarios y comparándola con: la inexistencia de regulación legislativa, una disposición vigente a ser reformada, otros proyectos de ley, propuestas realizadas en el primer y segundo debate y los textos alternativos presentados por el Ejecutivo en su objeción presidencial.

6. Para determinar si la medida de intervención legislativa goza de presunción de constitucionalidad el legislador en el debate parlamentario ponderará en abstracto los beneficios y ventajas que trae para el ejercicio de un derecho frente a las desventajas o perjuicios que puede generar para otro. Si los beneficios son mayores que los perjuicios

la medida se reputará como constitucional y merece ser aprobada por el órgano legislativo, de lo contrario, procede la negación o archivo.

7. La denominación abstracta de la ponderación en sede legislativa se debe a una de las características materiales de la ley que es la abstracción, ya que sus efectos serán *erga omnes*, a diferencia de una ponderación en concreto cuyos efectos serán *inter partes*.

8. El carácter preventivo de la ponderación en abstracto deviene de su aplicación *ex ante*, toda vez que la presunción de constitucionalidad de la medida de intervención legislativa será evaluada antes que forme parte del ordenamiento jurídico. De esta forma, el legislador evitará que su producto normativo vulnere derechos por excesiva restricción o defectuosa regulación.

9. El resultado de la ponderación en abstracto tiene tres efectos o consecuencias: (1) Permite pasar normativamente del nivel de los principios al de las reglas, toda vez que se creará una nueva regla que fije el contenido del derecho para su efectivo ejercicio y realización; (2) El resultado de la ponderación establecerá una jerarquía axiológica entre los derechos, lo cual supone una relación valorativa generada en el marco del proceso político - legislativo; y, (3) Las características materiales de la ley establecerán que esta goce de estabilidad hasta que la ley sea reformada, sustituida o derogada, a diferencia de una ponderación en concreto en la cual la jerarquía será móvil.

10. Los eventuales riesgos y cuestionamiento que podría tener una ponderación en abstracto son: (1) El legislador ejerza facultades de constituyente al determinar una jerarquía inmutable; (2) Se establezca normativamente derechos de primera y segunda categoría; (3) *So pretexto* de regular los derechos de forma ponderada el legislador termine invadiendo el derecho más allá de lo constitucionalmente permitido; y, (4) La consecuencia de estabilidad inadmita nuevos resultados ponderativos divergentes.

11. La argumentación de la ponderación en abstracto será una manifestación de democracia deliberativa, ya que los actores políticos y sociales intercambiarán razones, posiciones y cuestionamientos en torno a la medida de intervención legislativa que regula el contenido del derecho, cuyo resultado se verá reflejado en el trámite parlamentario, conforme ha sido demostrado a través del análisis de tres proyectos de ley en esta tesis.

12. La ponderación de derechos en sede legislativa se lo puede hacer en el trámite de las leyes ordinarias y orgánicas, ya que en cada una de estas existen diferentes grados de ejercicio de los derechos; por lo tanto, el criterio de la Corte Constitucional expuesto en el Dictamen No. 4-19-RC/19 de 21 de agosto de 2019 limitándolo a las leyes orgánicas debe ser modificado, toda vez que existen leyes que sin ser orgánicas regulan derechos.

Bibliografía

1. Doctrina

- Alexy, Robert. *La doble naturaleza del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- . *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- . *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- . *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Araujo Rentería, Jaime. “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 12. Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- Aroca, Carlos. *Principio de reserva de ley en materia tributaria: análisis normativo y jurisprudencial*. Bogotá: Curcio Penen, 2005.
- Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel Derecho, 2004.
- Ávila, Humberto. “Neo-constitucionalismo: Entre la Ciencia del Derecho”. En *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, coord. David Ortiz y Katty Aquize. Lima: Ara Editores, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . “Debate sobre Neoconstitucionalismo”. En *IV Ciclo de Debates y Técnicas de Litigio en DD.HH.* Quito: Cevallos editora jurídica, 2012.
- . “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

- . “Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos”. En *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- Bacigalupo, Mariano. “La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal”. *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 38 (1993).
- Bastida, Francisco y otros. *Teoría General de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.
- Benavides, André. “Los pueblos indígenas desde el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. En *Debate constitucional*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011.
- . *Sentencias Interpretativas o manipulativas: La actividad paralegislativa de la Corte Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- . “Principio de proporcionalidad”. En *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, coord. David Ortiz y Katty Aquize. Lima: Ara Editores, 2013.
- Biglino Campos, Paloma. “Los vicios en el procedimiento legislativo”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Borja Cevallos, Rodrigo. *Sociedad, Cultura y Derecho*. Quito: Planeta, 2007.
- . “Ley”. *Enciclopedia de la política*, 18 de julio 2018. <http://www.encyclopediadelapolitica.org/ley/>.
- Calamandrei, Piero. *Sin legalidad no hay libertad*. Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- Caminal, Miquel. “La representación y el Parlamento” en *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Tecnos, 2001.
- Carbonell, Miguel. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2010.
- Cárdenas Gracia, Jaime. *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2017.

- Castillo Córdova, Luis. ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”. En *Cuestiones constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 12, enero – junio 2005. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2005.
- . *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. Lima: Palestra, 2005.
- . “Principio de proporcionalidad y habeas corpus” en *Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
- Cianciardo, Juan. *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*. Pamplona, EUNSA, 2000.
- . “El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales”. En *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, coord. David Ortiz y Katty Aquize. Lima: Ara Editores, 2013.
- Clérico, Laura. “El examen de proporcionalidad: entre el acceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).
- . “Sobre ‘casos’ y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias? En *Revista Isonomía*, No. 37. México, Instituto Tecnológico de México, 2012.
- Córdova Vinueza, Paúl. *¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos constitucionales y jurisdiccionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Covarrubias Cuevas, Ignacio. “La renuencia del Derecho Británico a la regla optimizadora en el test de proporcionalidad (Y la constatación del mismo resultado en el Tribunal Constitucional Chileno)”. En *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, coord. David Ortiz y Katty Aquize. Lima: Ara Editores, 2013.
- Dalla, Alberto. “Derechos políticos y garantías constitucionales”. En *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 2009.
- Escudero Soliz, Jhoel. “Dos enfoques diferentes de un mismo texto. La argumentación política y jurídica de la Constitución”. En *II Compendio de Derecho*

- Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa. Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2016.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- . “Derechos fundamentales y garantías”. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- . *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- . *Garantismo*. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1991.
- García-Escudero, Piedad. “Procedimiento legislativo”. En *Manual de Técnica Legislativa*. Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2017.
- García Morillo, Joaquín. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant, 1994.
- Gentile, Jorge Horacio. *Derecho Parlamentario*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008.
- Guastini, Riccardo. “A propósito de neoconstitucionalismo”. En *Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*. Lima: Ara Editores, 2013.
- . *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- . *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. “Piero Calamandrei: Pasión por la legalidad”. En *Sin legalidad no hay libertad*. Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- Llasag Fernández, Raúl. “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, No. 12. Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- López, Sebastián. “El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: Una aproximación al caso ecuatoriano”. *Estudios de Deusto*, No. 65/1 (2017).
- . “Ponderación Vs. Subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?”. En *Foro Revista de Derecho*, No. 23, coord. Claudia Storini. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2015.

- Lopera, Gloria. “El principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Lozada Prado, Ali. “Capítulo I. Argumentación, Estado Constitucional y Justicia”. En *Manual de argumentación constitucional. Propuesta de un método*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional – Corte Constitucional, 2015.
- Medina Guerrero, Manuel. “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos”. En *Cuadernos de Derecho Público fundamentales*. España: Instituto Nacional de Administración Pública.
- . *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- Monsiváis Carrillo, Alejandro. “Hablar de Política. Democracia deliberativa y participación discursiva en México”. En *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, Vol. XL, No. 233. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2015.
- Moreso, José Juan. “Alexy y la aritmética de la ponderación”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . “El encaje de las piezas del derecho”. En *Revista Isonomía*, No. 14. México, Instituto Tecnológico de México, 2001.
- . “Guastini sobre la ponderación”. En *Revista Isonomía*, No. 14. México, Instituto Tecnológico de México, 2002.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de personalidad*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2008.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de la Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- . “El juicio de ponderación constitucional”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- . Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico. Lima – Bogotá: Palestra – Temis, 2013.
- Rivas Ordoñez, Libia. “Técnica legislativa y control constitucional”. En II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa. Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2016.
- Rodríguez, Christian. *El principio de proporcionalidad por el legislador: ideas para una mejora ex ante de las leyes en Colombia*. Bogotá: Editorial Unimagdalena, 2017.
- Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Vol. II. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Introducción al Derecho*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.
- . *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2012.
- Sánchez Gil, Rubén. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana” En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Silva Portero, Carolina. “Las garantías de los derechos ¿intervención o reconstrucción” en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Storini, Claudia y Navas Alvear, Marco. *La acción de protección en Ecuador*. Realidad jurídica y social. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional-Corte Constitucional, 2014.
- Trujillo Vásquez, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.
- Vidal Marín, Tomas. “Técnica legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y en el Tribunal Constitucional”. En *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 31. Madrid: Departamento de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013.
- Vila Casado, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

2. Jurisprudencia constitucional

Ecuador Corte Constitucional para el período de Transición, Sentencia No. 002-09-SAN-CC. 2 de abril de 2009.

Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia No. 001-09-SCN-CC. 14 de mayo de 2009.

Ecuador Corte Constitucional para el período de Transición, Sentencia No. 005-09-SEE-CC. 8 de octubre de 2009

Ecuador Corte Constitucional para el período de Transición, Sentencia No. 003-10-SEP-CC. 13 de enero de 2010.

Ecuador Corte Constitucional para el período de Transición, Sentencia No. 004-12-SIN-CC. 29 de marzo de 2012.

Ecuador Corte Constitucional para el período de Transición, Sentencia No. 005-12-SIN-CC, 29 de marzo de 2012.

Ecuador Corte Constitucional para el período de Transición, Sentencia No. 010-12-SIN-CC. 17 de abril de 2012.

Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 048-13-SCN-CC. 4 de septiembre de 2013.

Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 012-13-SIN-CC. 11 de diciembre de 2013.

Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 001-14-SIN-CC. 21 de mayo de 2014.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-14-SIN-CC. 4 de agosto de 2014.

Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 003-14-SIN-CC. 17 de septiembre de 2014.

Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 011-15-SIN-CC. 8 de abril de 2015.

Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 006-15-SIN-CC. 27 de mayo de 2015.

Ecuador Corte Constitucional, Sentencia No. 021-15-SIN-CC. 1 de julio de 2015

Ecuador Corte Constitucional, Dictamen No. 003-19-DOP-CC. 14 de marzo de 2019.

Ecuador Corte Constitucional, Dictamen No. 4-19-RC/19. 21 de agosto de 2019.

Ecuador Corte Constitucional, Dictamen No. 5-19-OP/19. 4 de diciembre de 2019.

Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 282-13-JP/19, 4 de septiembre de 2019.

3. Jurisprudencia internacional y extranjera

Chile Tribunal Constitucional, Sentencia No. 3729-17. 28 de agosto de 2017.

Colombia Corte Constitucional, Sentencia No. C-736/02. 10 de septiembre de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Chaparro Álvarez vs. Ecuador. 21 de noviembre de 2007

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Castañeda Gutman vs. México.
6 de agosto de 2008

Colombia Corte Constitucional, Sentencia No. C-581/2001. 6 de junio de 2001

España Tribunal Constitucional, Sentencia No. 55/1996. 28 de marzo de 1996.

México Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia para resolver el auto de
revisión 2146/2005. 27 de febrero de 2007.

Perú Tribunal Constitucional, Sentencia para resolver el Expediente No. 0010-2002-
AI/TC. 3 de enero 2003.

Perú Tribunal Constitucional, Sentencia para resolver el Expediente No. 2668-2004-
AA/TC. 24 de noviembre de 2004.

Perú Tribunal Constitucional, Sentencia para resolver el Expediente No. 0050-2004-
AI/TC, 3 de junio de 2005.

4. Normativa

Ecuador. Código Civil. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

Ecuador. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.
Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.

Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de
mayo de 2015.

Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de
febrero de 2014.

Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, Suplemento,
28 de febrero de 2014.

Ecuador. Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

Ecuador. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro
Oficial 536, 18 de marzo de 2002.

Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro
Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009.

Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa. Registro Oficial 302, Suplemento, 27
de julio de 2009.

Ecuador. Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos. Registro
Oficial 517, Suplemento, 26 de junio de 2019.

Ecuador. Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 107, Suplemento, 24 de diciembre de 2019.

Ecuador. Ley Derogatoria al Impuesto Ambiental a la Contaminación Vehicular (Impuesto verde). Registro Oficial 19, Segundo Suplemento, 16 de agosto de 2019.

5. Proyectos de ley, documentos y discursos legislativos

Aguñaga, Marcela. Video de YouTube, a partir de la Sesión No. 601 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=kRX4NSRr7gc>.

Bonilla Salcedo, Viviana. Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General del Procesos para Garantizar la Tutela Judicial Efectiva en los Procesos de Recusación. Quito: 12 de enero de 2018.

Castanier, Homero y Villamar, Fabricio. Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado. Quito: 24 de enero de 2019.

Chávez, Kharla. Video de YouTube, a partir de la Sesión No. 605 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=FPDSBbKm97c>.

———. Kharla. video de YouTube, a partir de la Sesión No. 622 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=v6pFC7bXL5o&t=54s>

Comisión de Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa de la Asamblea Nacional. *Informe para primer debate del proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado*. Quito: 29 de mayo de 2019.

———. *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado*. Quito: 3 de julio de 2019.

Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional. *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos*. Quito: 18 de junio de 2018.

———. *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos*. Quito: 7 de agosto de 2018.

———. *Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: 19 de diciembre de 2018.

- . *Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos*. Quito: 8 de mayo de 2019.
- Correa Delgado, Rafael. Proyecto de Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado. Quito: 24 de octubre de 2011.
- Cucalón, Henry. Video de YouTube, a partir de la Sesión No. 565 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=w5dWuOgI5yo&t=251s>.
- Curichumbi, Pedro. *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: 5 de febrero de 2019.
- Presidencia de la República. *Objeción Parcial por inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos*. Quito: 14 de noviembre de 2018.
- . *Objeción Parcial por inconstitucionalidad al proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: 18 de noviembre de 2018.
- Viteri, Carlos. video de YouTube, a partir de la Sesión No. 606 del Pleno de la Asamblea Nacional, 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=iggqBbwY29M&t=15s>