

UNIVERSIDAD DEL AZUAY
UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO METODO DE
INTERPRETACION CONSTITUCIONAL”**

**TESINA PREVIO A LA OBTENCION
DEL TITULO DE ESPECIALISTA
SUPERIOR EN DERECHO PROCESAL**

AUTOR:

DR. JORGE HERNAN CAÑAR LOJANO.

DIRECTOR:

DR. SIMON VALDIVIESO VINTIMILLA

CUENCA-ECUADOR

2010

Las ideas, conceptos y criterios vertidos en este trabajo son de exclusiva responsabilidad del autor.

Hernán Cañar Lojano.

RESUMEN:

El juez al interpretar busca el sentido razonable de la disposición constitucional. En el principio de proporcionalidad, método interpretativo constitucional, las decisiones del poder público deben ser proporcionales, caso contrario son inconstitucionales. Lo integran tres subprincipios: *Idoneidad*, toda intervención en derechos fundamentales debe adecuarse a obtener un fin constitucionalmente legítimo. *Necesidad*, toda intervención debe ser la más benigna con el derecho intervenido. *Proporcionalidad*, exige que las intervenciones en el derecho reporten ventajas, capaces de justificar desventajas originadas al titular del derecho afectado. Cuando más conexiones tenga un derecho con la dignidad humana, mayor será su peso en la ponderación.

ABSTRACT:

To interpret Judge seeks the reasonable meaning of the constitutional order. In the principle of proportionality, constitutional interpretive method, public power decisions must be proportional, otherwise unconstitutional. Is composed of three sub-principles: Adequacy, any intervention in fundamental rights must be tailored to obtain a legitimate constitutional order. Necessity, any intervention should be inoffensive to the right intervened. Proportionality, requires that interventions in the right give advantages, capable of justifying disadvantages caused to the rightholder. When more connections has a right to human dignity, the greater its weight in the balance.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
EL ESTADO CONSTITUCIONAL	3
1.- El Estado Positivista.	4
2. El Estado Constitucional de Derechos.	5
2.1 Contar con una Constitución Rígida.	8
2.2 La Garantía Jurisdiccional de la Constitución.	9
2.2.1 El Sistema Estadounidense.	9
2.2.2 El Sistema Frances.	9
2.2.3 El Tercer Sistema.	10
2.3 La Fuerza Vinculante de la Constitución y la Aplicación Directa de sus Normas.	10
2.4 La Interpretación Conforme de las Leyes.	11
CAPITULO SEGUNDO	
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	14
1. Generalidades.	14
2. Los Derechos Fundamentales.	15
3. Las normas principios y las normas reglas.	18
4. El Principio de Proporcionalidad.	19
4.1 Antecedentes.	23
4.2 El Principio de Proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales.	24
CAPITULO TERCERO	
LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD	26
1. Subprincipio de Idoneidad.	26
1.1 Tener un fin constitucionalmente legítimo.	26

1. 2 Ser idónea para favorecer su obtención.	27
2. Subprincipio de Necesidad.	28
3. El Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.	29
CONCLUSIONES	33
BIBLIOGRAFIA	36

INTRODUCCION

Desde el 20 de octubre de 2008 nuestro país escribió el inicio de una nueva era en cuanto a su sistema normativo y al ejercicio y protección de los derechos fundamentales. Nueva era que implica un desafío en la visión del derecho tradicionalmente centrado casi exclusivamente en el imperio de la *ley*. Con acierto se ha dicho que el juez en nuestro sistema ha venido siendo un “ser pasivo que incesantemente recrea el culto a la ley en sus sentencias, infaliblemente presididas por el mandato legal escueto y claro y, por supuesto, suficiente para resolver y apaciguar las controversias de la vida social.”¹

Sin embargo, no era probable que dicho juez pudiera resistir el embate de la realidad si continuaba buscando, rígida y vanamente, en los códigos las respuestas que escapaban a lo descrito en sus artículos.

Efectivamente, con la vigencia de la nueva Constitución, la Corte Constitucional se convirtió en el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Es por eso que podemos afirmar que el desarrollo y consolidación de los derechos fundamentales contenidos en Nuestra Carta Magna, que van de la mano con la creación y nacimiento del precedente, implica necesariamente el comprender las técnicas, los métodos, de interpretación constitucional, y entre ellos, centrándonos nosotros, en aquel al que la doctrina denomina como “*principio de proporcionalidad*”, principio que se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces conocer es de qué manera y con qué parámetros se pueden limitar los derechos utilizando éste principio. De ahí la necesidad de su estudio y la

¹ CIFUENTES, Eduardo. Presentación de la segunda edición de la obra de Diego Eduardo López Medina: El Derecho de los Jueces. pág. xii. Legis. Quinta reimpresión- Colombia. 2008.

justificación de éste trabajo que pretende dar de manera sucinta una aproximación al tema planteado.

Lo que más abajo desarrollamos no es fruto de nuestro propio intelecto, por el contrario, constituye ante todo un trabajo de recopilación de las ideas expuestas por los profesores del derecho constitucional en las obras citadas en la bibliografía, las que hemos usado para esta tarea. Hemos preferido a los autores sudamericanos, entre ellos sobre todo a Carlos Bernal Pulido, magnífico en el tratamiento y desarrollo del tema fundamental propuesto; y, de nuestro país, aquellas de Ramiro Ávila Santamaría y de Jorge Zavala Egas, de quienes hemos tenido la satisfacción de ser sus alumnos y por quienes no podemos ocultar nuestra admiración y respeto.

Esta introducción no estaría completa si no mencionáramos a Simón, juez, maestro y amigo, en el que encuentra aplicación cierta aquello por lo que con ahínco estudiamos y luchamos: la realización de los derechos humanos.

CAPITULO PRIMERO

EL ESTADO CONSTITUCIONAL

No cabe duda que en nuestro país uno de los investigadores que aborda el constitucionalismo con mayor conocimiento de causa es el profesor Ramiro Ávila Santamaría, quien al tratar sobre la institucionalidad indica que ésta debe entenderse “como un conjunto complejo e interrelacionado de tres elementos: (1) una ideología que sustenta y justifica un sistema normativo que, a su vez, crea una organicidad, que lo llamaremos genéricamente “saber”, (2) un sistema normativo, al cual denominaremos “Derecho”, y que responde directamente a un “saber”, y (3) la institucionalidad propiamente dicha, que es la estructura que se genera con el objeto de aplicar el Derecho, a la cual denominaremos genéricamente “órganos”.²

Definición la citada, en nuestro entender, que en esencia recoge la teoría marxista del derecho: el derecho, la ley, es la expresión de la ideología de la clase dominante en una época y en una sociedad determinada, la que se aplica a través de sus instituciones que constituyen la superestructura de esa sociedad.

Es así como en el desarrollo de ese conjunto al que el profesor Ávila denomina “Institucionalidad”, el Estado ha encontrado algunas formas de expresar ese “Saber=Ideología” por medio de distintos sistemas normativos cada uno de ellos en menor o mayor grado protectores o no de los derechos de las personas. En éste sentido, el presente capítulo, abordará sucintamente el análisis de lo que los doctrinarios denominan Estado Positivista y, por otra parte, Estado Constitucional de Derechos.

²Ávila Santamaría, Ramiro. Neoconstitucionalismo y Sociedad. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Imprenta: V&M Gráficas. Quito, Ecuador, 2008. 1ra. edición: agosto 2008.

1.- El Estado Positivista:

Sostiene el profesor Jorge Zavala Egas que “hasta la Constitución de 1998 el Ecuador se regía bajo una concepción ideológica de un estado liberal de derecho, vale decir en el que el poder público actúa conforme a la ley, donde desaparece la voluntad del gobernante como manifestación y sede de la soberanía y, en su lugar, se entroniza un gobierno de la ley, que es la expresión de la voluntad del pueblo, el soberano.”³ Estamos, pues, frente al denominado Estado Positivista, caracterizado por el reino de la ley, expresado diríamos nosotros por su principio rector: el de legalidad, consecuencia del monopolio estatal en la producción jurídica.

No nos son ajenas aun las enseñanzas recibidas en las aulas universitarias, en la que se concebía a la ley como la norma general y abstracta, abstracción que supuestamente garantizaba el alejamiento de los casos particulares como supuesta garantía de una justicia para todos y de la voluntaria sujeción de todos a ella, como con claridad sostiene Zavala Egas en su obra citada. El Estado Positivista, entonces, sostenía la legitimación de la ley en la autoridad de su fuente de producción, “no interesa...la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos.”⁴

Los derechos fundamentales dentro de esta concepción liberal-positivista son derechos de libertad del individuo frente al Estado, pues “... a cada individuo pertenece de manera inherente un ámbito de libertad, en razón de su dignidad como miembro del género humano, y que el poder público encuentra vedadas sus posibilidades de acción a lo largo de este espacio. Los derechos fundamentales cumplen, en este sentido, la función de defensa de la libertad negativa del individuo frente a las intromisiones del

³ ZAVALA Egas, Jorge. Apuntes sobre Neoconstitucionalismo. Sin editorial. Pág. 15. 2009.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Neoconstitucionalismo. pág. 17. Editorial Trotta. Cuarta Edición. Madrid. 2009.

Estado.”⁵ Es, por tanto, del libre albedrío de la persona elegir, sin intervención del Estado, a donde ir, que pensar, que decir, que escribir, etc.

Siendo, en este sistema, la ley en sentido formal la que caracterizaba al Estado, las constituciones “terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera, de manera que no constituirían un límite a la legislación”⁶.

De lo expuesto podríamos concluir manifestando, siguiendo el criterio de Jorge Zavala Egas en la obra citada, que el Estado Positivista se caracteriza básicamente por:

1. El reconocimiento del carácter normativo superior de la ley.
2. La aplicación de la Constitución, esto es, su concreción normativa a través de la ley.
3. La jurisprudencia interpretativa de la ley, vía recurso de casación, era la fuente primaria del derecho.

2. El Estado Constitucional de Derechos:

Dice el profesor Eduardo Cifuentes, criticando al positivismo, que este sistema nos trajo la entronización del “legislador omnisciente, proveedor de soluciones a todos los conflictos y situaciones que se presenten” y, algo más, algo que cotidianamente palpamos aquellos que en el día a día del ejercicio profesional enfrentamos los bemoles de las más diversas decisiones judiciales, las de “...un juez pasivo que incesantemente recrea el culto de la ley en sus sentencias, infaliblemente presididas por el mandato

⁵ BERNAL Pulido, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Pág. 260. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera Edición. Madrid. 2007

⁶ GASCON Avellán, María. La argumentación en el derecho. Citada por Jorge Zavala Egas en Apuntes sobre Neoconstitucionalismo. Pág. 15.

legal escueto y claro y, por supuesto, suficiente para resolver y apaciguar las controversias de la vida social.”⁷

Estos paradigmas, hoy ya caducos, son los que han sido superados con el constitucionalismo contemporáneo llamado también neoconstitucionalismo⁸. En verdad “la creciente complejidad y la explosión de los múltiples conflictos de la vida social, política y económica, prontamente se encargaron de minar la presunta capacidad ilimitada de respuesta atribuida a la ley y sembraron dudas sobre su neutralidad.”⁹ Nos atreveríamos a decir incluso que en el Estado Constitucional de Derechos “el derecho se ha liberado del monopolio de la ley”.

Es del todo evidente que la teoría jurídica que expone el constitucionalismo difiere grandemente del positivismo legalista. Sus teóricos, entre ellos Robert Alexy, Zagrebelsky, Gustiani, Prieto Sanchis, Miguel Carbonell, Bernal Pulido, y en nuestro país Ramiro Ávila Santamaría, Jorge Zavala Egas, entre muchos otros, palabras más palabras menos, concluyen conceptualizando al Estado Constitucional de Derechos como aquel que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al poder arbitrario.

Enseña el maestro Luis Prieto Sanchis¹⁰ que el Estado Constitucional de Derechos es el resultado de dos tradiciones constitucionales: la americana y la francesa. En la tradición americana la Constitución se presenta como “regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y

⁷ CIFUENTES, Eduardo. Presentación de la segunda edición de la obra de Diego Eduardo López Medina: El Derecho de los Jueces. pág. xii. Legis. Quinta reimpresión- Colombia. 2008.

⁸ No debemos dejar de recordar que el neoconstitucionalismo es la expresión ideológica de cierto tipo de Estado de Derecho, que se traduce en una determinada forma de organización política, en éste caso el del Estado Constitucional de Derechos.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Neoconstitucionalismo. pág. 124. Editorial Trotta. Cuarta Edición. Madrid. 2009.

relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico”¹¹. La Constitución se presenta como jurídicamente superior a las demás normas y es garantizada en su vigencia por los jueces a quienes se les concibe como un poder neutro, ubicado al margen del debate político de dicha sociedad. En el esquema americano - dice Prieto Sanchis - el constitucionalismo se resuelve en judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de dicha organización política. En éste caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda, y, en parte también, hasta donde puede mandar, como bien afirma el maestro español citado.

En la tradición francesa, la Constitución es la expresión de un proyecto político, pues “...no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc.”¹² Condicionamiento contenido en su articulado, es decir en normas plasmadas en su texto. En este caso la Constitución busca señalar la pauta sobre qué debe mandarse, sobre cual ha de ser la política a seguir en una materia determinada.

El neocostitucionalismo expresado en el Estado Constitucional de Derechos, reúne elementos de estos dos sistemas: ambicioso programa normativo (sistema francés) y garantía jurisdiccional con una correlativa desconfianza ante el legislador (sistema americano). “En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”¹³.

¹¹ *Ibídem*.

¹² *Ibídem*.

¹³ *Ibídem*. Pág. 127.

Para que un ordenamiento jurídico sea considerado como un Estado Constitucional de Derechos, los estudiosos han indicado, debe reunir ciertas condiciones:

2.1 Contar con una Constitución Rígida.

El profesor italiano Riccardo Guastini enseña que “Una Constitución es rígida si y sólo si, en primer lugar es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación “ordinaria”, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de la leyes)”¹⁴. Los principios constitucionales reconocidos en su texto o que se derivan implícitos del mismo, no pueden de ninguna forma ser modificados, ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.

Esta característica podemos encontrarla en nuestra Constitución, en su Título III, Garantías Constitucionales, Capítulo I, Garantías normativas, artículo ochenta y cuatro, que dice:

*“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.**”¹⁵*

De lo resaltado en negrillas podemos concluir que, en el caso ecuatoriano la misma Constitución y cualquier reforma que se pretenda realizar a la misma,

¹⁴ GUASTINI, Riccardo. La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico. pág. 50. Editorial Trotta. Cuarta Edición. Madrid. 2009.

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2009. Lo resaltado es mío.

está subordinada a los derechos fundamentales recogidos en la misma, es decir a los derechos humanos. Contamos pues con una Constitución rígida.

2.2 La Garantía Jurisdiccional de la Constitución:

Esta característica hace relación al control necesario de las leyes en su conformidad con la Constitución, control asignado a un órgano jurisdiccional o semi-jurisdiccional. Para este fin se distinguen básicamente tres sistemas: El estadounidense, el francés y aquel seguido por países como Alemania, Italia, España, etc., en el que podríamos también encasillar al Ecuador.

2.2.1 El Sistema Estadounidense:

En este sistema el control de constitucionalidad se realiza *a posteriori* y de acuerdo al caso concreto sometido justamente a control. Corre a cargo de cada juez de acuerdo a su competencia jurisdiccional. Implica que una ley aunque inconstitucional entre en vigor y sea parte del ordenamiento jurisdiccional, hasta que sea declarada inconstitucional por un juez. Dicha declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efectos *erga homes* sino únicamente *inter partes*, pero claro está, debido al sistema de precedentes reinante en dicho país, como consecuencia de esa sentencia *inter partes*, la ley inconstitucional deja de tener aplicación en la práctica, por lo que tácitamente pasa a convertirse en sus efectos en una decisión de efectos generales.

2.2.2 El Sistema Frances:

A diferencia del anterior, en éste sistema, el control sobre la constitucionalidad de una ley se lo realiza *a priori* y sin que aquella haya incidido aun sobre un caso concreto sino manteniéndose aun en abstracto. Dicho control esta a cargo generalmente de un Tribunal Constitucional, órgano independiente de la función judicial. Impide este control *a priori* que

una ley inconstitucional entre en vigencia. Riccardo Guastini sostiene que este control en abstracto no siempre garantiza un adecuado control de constitucionalidad por cuanto "...los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser determinados plenamente si no es atendiendo a su impacto sobre casos concretos"¹⁶.

2.2.3 El Tercer Sistema:

Es un control que se lo realiza *a posteriori* y sobre un caso concreto sometido a conocimiento. Es ejercido por un Tribunal Constitucional independiente de la función judicial. No impide la entrada en vigencia de una ley inconstitucional pero los efectos de la declaratoria en dicho sentido son *erga homes*. Como dice Guastini: La ley es anulada en definitiva y ya no puede ser aplicada por juez alguno. Nuestro país ha seguido fundamentalmente este sistema en el cual, al estilo colombiano, el órgano de control ha sido denominado Corte Constitucional.

2.3 La Fuerza Vinculante de la Constitución y la Aplicación Directa de sus Normas:

Rompiendo el concepto tradicional de considerar a las disposiciones constitucionales como meros enunciados o como un listado o catálogo de derechos que para su aplicación o concreción necesitan indispensablemente de una ley que los desarrolle y determine las pautas de su aplicación, el Estado Constitucional de Derechos introduce el mandato de que toda norma constitucional es una norma jurídica genuina y por tanto de inmediata aplicación, ante cualquier juez o autoridad pública, sin necesidad de ley que la desarrolle. Se reconoce entonces el carácter normativo de la Constitución. Esta característica primordial la recoge nuestra Carta Magna en su artículo once que indica:

"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

¹⁶ GUASTINI, Riccardo. *Ibidem*. Pág. 52.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.¹⁷

2.4 La Interpretación Conforme de las Leyes:

Esta característica hace relación a la técnica aplicada en un ordenamiento jurídico respecto de la interpretación de la ley. En otras palabras, podríamos decir, es la hermenéutica que utilizan los operadores de justicia, jueces, al aplicar una ley en un caso determinado, si otorgándole un significado conforme a las normas y al espíritu de la Carta Magna u otro distinto que se aparte de ella.

La interpretación del ordenamiento jurídico secundario realizada en armonía con la Constitución es la denominada interpretación conforme. El efecto de esta interpretación, dice el profesor Guastini a quien hemos seguido en ésta parte, es el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional. En el ordenamiento ecuatoriano la interpretación conforme la encontramos en el artículo once numeral cinco de la Constitución y en los artículos veintiocho y veintinueve del Código Orgánico de la Función Judicial. Así:

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador. Ob. Citada.

De la Constitución de la República:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”¹⁸

Del Código Orgánico de la Función Judicial:

“Art. 28.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.”

“Art. 29.- INTERPRETACIÓN DE NORMAS PROCESALES.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

¹⁸ *Ibídem.*

*Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.*¹⁹

De lo expuesto hasta aquí dejamos establecido que el Ecuador actual ha asumido como ordenamiento jurídico el de un Estado Constitucional de Derechos y, anticipándonos ya en lo que será materia de capítulos siguientes, podríamos decir que desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, a éste Estado caracterizan los siguientes aspectos:

a.- Es un Estado en el que el derecho es más de principios que de reglas.

b.- En el que en la interpretación del derecho debe estar predominantemente gobernada por la utilización del método de ponderación (parte del principio de proporcionalidad) que el de la subsunción.

c.- En el que existe “una plenitud constitucional que llena al detalle el ordenamiento jurídico, dejando menos ámbito a la ley.”²⁰

d.- En donde al juez se le ha investido del poder suficiente “para la determinación de los derechos en lugar de la antigua exclusividad del legislador para desarrollarlos”²¹.

¹⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2009

²⁰ ZAVALA Egas, Jorge. Obra citada. Pág. 17.

²¹ *Ibíd.*

CAPITULO SEGUNDO

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. Generalidades:

Dice el profesor Oscar José Dueñas Ruiz que la “hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar los diferentes elementos o textos”²². Sostiene que aun no se ha definido si es que la hermenéutica es una ciencia, un arte o un método.

Por otra parte aclara que interpretar es el proceso y que la interpretación es el resultado de dicho proceso. “Interpretar es un proceso técnico para alcanzar una comprensión de validez universal por la que es posible adquirir conocimiento.”²³ La interpretación jurídica, que es la que nos interesa, apela a la hermenéutica. La interpretación jurídica, sería según Dueñas Ruiz, “...asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico; y, determinar el significado de una expresión jurídica dudosa.”²⁴

Ahora bien, en el campo de la interpretación jurídica, se hace presente la interpretación auténtica, que es aquella que proviene de la propia autoridad que ha expedido la norma. Tradicionalmente se ha considerado a este tipo de interpretación como de dominio exclusivo del legislador, concediendo incluso a dicha interpretación el carácter de generalmente obligatorio, como lo reconoce en el caso ecuatoriano el numeral seis del artículo ciento veinte de la Constitución. En esta parte vale recordar que la Constitución de 1998, en el numeral cuatro del artículo ciento treinta, incluso reconocía al

²² DUEÑAS Ruiz, Oscar José. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Pág. 48. Editorial Universidad del Rosario. Cuarta Edición. Colombia. 2007.

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.* pág. 50.

legislador la facultad de interpretar a la Constitución de manera generalmente obligatoria, facultad ésta que la actual concede en exclusividad a la Corte Constitucional.

La interpretación judicial, por su lado, es aquella que es realizada por los jueces. Se parte del principio de legalidad, sin olvidar que los jueces tienen el deber de aplicar sobre cualquier otra norma la Constitución. Por eso, indica Dueñas, sólo en la medida que la labor hermenéutica del juez se ajuste a los dictados constitucionales, puede afirmarse que respeta el principio de legalidad.

Concluyendo esta sucinta introducción a este capítulo, consideramos que el juez, ya constitucional ya ordinario, en la interpretación, ya del principio o ya de la regla, debe buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional. Razonabilidad que “...hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad.”²⁵

En este sentido el presente capítulo tratará de uno de los métodos de interpretación²⁶ de los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad.

2. Los Derechos Fundamentales.

Para adentrarnos en el principio interpretativo propuesto, que da nombre al presente trabajo, es necesario partir de una visualización, aun que sea muy general, de lo que son los *derechos fundamentales*. El profesor español

²⁵ Ibídem. Pág. 58.

²⁶Entre los principios de interpretación constitucional encontramos al de unidad constitucional, concordancia práctica, efecto integrador, funcionalidad, eficacia, razonabilidad, presunción. Sobre este tema, práctico y sucinto es el trabajo del Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, “Interpretación Constitucional”, en Temas Constitucionales, Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador. Nro. 7. Quito-Ecuador. 2006.

Pérez Luño define a los derechos fundamentales como “...aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada.”²⁷

Estos derechos humanos son aquellos que miran a la dignidad humana. En este sentido ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “...el núcleo del sistema de derechos fundamentales es la “unidad de naturaleza y dignidad del ser humano”. No puede hablarse de derecho esencial (fundamental) si no se lo vincula con la causa y el fin de la persona que es su *dignidad*. En consecuencia, todo derecho que se encuentre condicionando la dignidad humana es fundamental. La persona es todo ser humano y ser persona es ser fin de sí mismo.”²⁸

Los derechos fundamentales, complementa Gregorio Peces-Barba Martínez, son aquellos derechos previos al Estado y a su Derecho. “Se trata de un concepto de derechos que se puede esgrimir frente al poder (incluso frente al poder democrático), que sobrevive a las leyes y a las sentencias contrarias”²⁹.

Más adelante este mismo autor, en su obra citada, indica que los derechos fundamentales pueden dividirse en personalísimos, de sociedad, comunicación y participación, derechos políticos y derechos de seguridad jurídica, y derechos económicos sociales y culturales.

En los derechos personalísimos lo que se toma en consideración y se protege es la persona en sí, con independencia de la vida social y de sus relaciones con los demás. Aquí encontramos la vida, la integridad física y

²⁷ Citado por Francisco Balaguer Callejón en Manual de Derecho Constitucional. Pág.33. Tecnos. Tercera edición. 2008. España.

²⁸ ZAVALA Egas, Jorge. Derecho Constitucional. Tomo I. Pág.132. Edino. 2000. Guayaquil-Ecuador.

²⁹ PECES-BARBA Martínez, Gregorio. “Lecciones de Derechos Fundamentales”. Dykinson. Madrid. 2004.

moral, la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor y a la propia imagen y el derecho a la objeción de conciencia.

Los derechos de sociedad, comunicación y participación, por su parte son los que protegen a la persona en el ámbito de la sociedad civil. “Se trata de derechos que facilitan la sociabilidad, condición esencial de la moralidad. Son por esta razón especialmente importantes por que es en la sociedad donde se despliegan las posibilidades humanas y la sede natural en la que vivimos nuestra moralidad privada.”³⁰ Encontramos aquí al derecho a la igualdad y a la no discriminación, la libertad de cultos, inviolabilidad del domicilio, el secreto de comunicaciones, la libertad de residencia y de circulación, la libertad de expresión y de información, el derecho a la creación literaria, científica, artística y técnica, la libertad de cátedra, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y manifestación y el derecho de asociación.

Los derechos políticos que tienen que ver con la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal y que comprenden el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

Los derechos de seguridad jurídica, tiene por objetivo la protección individual, pues a través de las garantías procesales, que benefician al individuo, producen la tranquilidad, la certeza y el saber a que atenerse en caso de juzgamiento. Peces-Barba, a quien hemos seguido en este subtítulo casi al detalle, en su obra citada indica que entre este derecho se ubica el derecho a la libertad y a la seguridad, las garantías en caso de detención, el derecho a la asistencia letrada y el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales.

I, para concluir en esta sucinta referencia a los derechos fundamentales, los derechos económicos sociales y culturales miran a proteger los beneficios

³⁰ *Ibíd.* Pág. 284.

de los que se goza (propiedad), o pretenden crear otros nuevos (educación, sanidad, seguridad social, vivienda).³¹

3. Las normas principios y las normas reglas:

Realizado ese breve acercamiento a lo que debemos entender por *derechos fundamentales* debemos conocer cómo es que el juzgador, ya ordinario ya constitucional, debe interpretarlos en caso de conflicto. No debemos olvidar que nuestra Constitución a dichos derechos, los incluye en su parte dogmática³², sin que los allí numerados sean los únicos, pues sabemos que no quedan excluidos los demás derechos que se deriven de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Debemos recordar en esta parte lo dicho en éste trabajo sobre el carácter normativo de la Constitución.³³ Las normas pueden expresarse como **reglas** o como **principios**. Las normas son la generalidad, los *principios* o las *reglas*, son la especie. Los *principios* y las *reglas* "...como normas de derecho positivo, tienen como efecto crear derechos subjetivos a los destinatarios de los mismos."³⁴ Las **reglas** se estructuran con un supuesto de hecho y una consecuencia llamada sanción. Por ejemplo, el que matare (supuesto de hecho), sufrirá una pena (consecuencia o sanción). El que contratare con un demente (supuesto de hecho) viciará de nulidad su acto (consecuencia o sanción). En cambio, los **principios** no se estructuran con un supuesto de hecho y con una consecuencia o sanción, el principio se estructura solo con un enunciado o precepto. Por ejemplo, el derecho a la libertad, a la intimidad, a la tutela judicial efectiva, etc. Para el caso de las

³¹ Ibídem. Pág. 287.

³² Capítulos II al VIII.

³³ Supra 2.3 Capítulo I.

³⁴ ZAVALA Egas, Jorge. Constitución. Acciones de Protección y Ponderación. Pág. 26. Sin Editorial. 2009.

normas reglas el juez aplica para su interpretación el método de subsunción, es decir si el proceso arroja la prueba del supuesto de hecho lo subsume en la norma e impone la consecuencia o sanción. Para el caso de las **normas principios** debe utilizar otros métodos entre ellos, la proporcionalidad, tema éste que trataremos justamente en el presente capítulo.

Sobre lo dicho la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia 0001-09-SCN-CC de 14 de mayo de 2009, ha dicho que en caso de conflicto entre principios a fin de determinar en el caso concreto cual de ellos prevalece sobre el otro, estas "...circunstancias se definirán a la luz de la Constitución y a través de los métodos de interpretación constitucional, como **la proporcionalidad** que a su vez se remite a tres subprincipios: la idoneidad, la razonabilidad y la ponderación, a fin de realizar una decisión constitucionalmente justa"³⁵.

4. El Principio de Proporcionalidad.

Indica el profesor Ramiro Ávila Santamaría que, "las decisiones del poder público, sean estas leyes, actos administrativos y sentencias, cuando limitan derechos humanos tienen que ser proporcionales. Si éstas no son proporcionales, entonces son decisiones inconstitucionales.

La proporcionalidad es un principio a través del cuál se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos"³⁶.

Se puede considerar a este principio, entonces, como una garantía interpretativa a los derechos humanos, la que debe ser aplicada por todos los poderes públicos. Por ejemplo, dice el profesor Ávila, el legislativo debe

³⁵ Sentencia Nro. 0001-09-SCN-CC- Caso Nro. 0002-08-CN. 14 de mayo de 2009. Lo resaltado en negrilla es mío.

³⁶ ÁVILA Santamaría, Ramiro. ¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?, Foro 8. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional. Pág. 56. Quito. 2007.

crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe, que normalmente es la libertad. El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad de la sanción, por ejemplo, la destitución del profesor que no asiste a rendir la prueba de evaluación, será proporcional al fin que persigue dicha evaluación? El judicial, en términos constitucionales, en casos concretos, debe verificar que esas leyes y esas medidas administrativas sean proporcionales.

En este mismo sentido, en la doctrina europea, autores de la talla de Robert Alexy sostienen que el más importante principio del derecho constitucional es el de *proporcionalidad*. A este principio acudimos cuando derechos fundamentales se encuentran en colisión, en los casos en los que sea imposible emplear medios distintos para imponer límites o dicho caso admita distintas intensidades en el grado de su aplicación. “A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción - se refiere al derecho fundamental - o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedio de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial.”³⁷

Evidentemente que el principio de proporcionalidad se muestra ambiguo. “Además de tener múltiples significados, no impide la posibilidad de que la valoración de los hechos y del derecho no sea subjetiva. Por ello, los

³⁷ VILLAVERDE Menéndez, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”. En “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional.” Pág. 182. Editor. Miguel Carbonell. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito 2008.

estándares del principio de proporcionalidad, en un caso concreto, requieren de una interpretación adecuada, que se conoce como ponderación, y de un método verificable, que se conoce como argumentación jurídica.”³⁸

Sobre la ponderación nos referiremos líneas más abajo; sobre la argumentación jurídica dada su complejidad y extensión, que ameritarían trabajo aparte, nos referiremos limitadamente, anticipando que por la argumentación jurídica se evidencian las elecciones morales del juzgador al escoger normas y llegar a las soluciones de los casos³⁹.

El principio de proporcionalidad comprende además a tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, conocida también como ponderación.

Dejemos en esta parte que sea el maestro Alexy quien con toda claridad exponga sobre los subprincipios aludidos⁴⁰: “Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios...el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación.

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera:

“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 otro”

³⁸ ÁVILA Santamaría. Ramiro. Obra citada. Pág. 57.

³⁹ Sobre éste tema ver “Teoría de la argumentación jurídica.”, Robert Alexy. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Primera reimpresión de la segunda edición. Madrid. 2008.

⁴⁰ Sobre este tema nos detendremos un poco más en el capítulo siguiente.

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.”⁴¹

Para Alexy entonces la proporcionalidad indica una regla: “Cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”, es decir, dice Jorge Zavala Egas, “...significa que de acuerdo a esta regla, el sacrificio impuesto a un principio en beneficio de otro, solo se justifica en la medida que sea en el mínimo necesario para no impedir la satisfacción del otro principio considerado como más importante en esas circunstancias concretas.

El por qué la proporcionalidad debe ser la regla que determine el resultado del juicio sobre la prevalencia de un principio a costa del sacrificio de otro, se responde que ello obedece a que no hay obligación alguna de sacrificar un derecho subjetivo si no es en beneficio del imperio de un criterio de justicia material, pero no más allá del estrictamente necesario, esto es, se justifica restringir el derecho subjetivo en forma *proporcionada* para que ese criterio de justicia material se concrete.”⁴²

Consideramos haber dejado claro lo que debemos entender por proporcionalidad, iniciaremos ahora una breve mirada a sus antecedentes.

⁴¹ ALEXY, Robert. “La Formula del Peso”. En “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional.” Pág. 16. Editor. Miguel Carbonell. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito 2008.

⁴² ZAVALA Egas, Jorge. Obra citada. Pág. 87 y 88.

4.1 Antecedentes.

Se sostiene que el *principio de proporcionalidad* no es un concepto jurídico de última data, que haya nacido con el auge actual de la doctrina constitucionalista. Mas bien desde épocas remotas se lo usó ya en ciencias como las matemáticas y que incluso fue aplicado por la cultura jurídica romana. Pero es, sostiene Carlos Bernal Pulido⁴³, con la concepción contractualista donde se desprenden los dos presupuestos filosóficos-políticos más importantes del principio de proporcionalidad: 1.- Toda organización política debe reconocer la posibilidad del hombre para comportarse de acuerdo a su propio criterio. 2.- La potestad del Estado para intervenir en dicha libertad solo puede ejercerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás y de los intereses esenciales de la comunidad. De ahí la exigencia de que las intervenciones estatales fuesen *proporcionadas*.

Se mira ya esta exigencia, dice el profesor Bernal Pulido, en el alegato de Beccaria en favor a la proporcionalidad de las penas, pero encuentra desarrollo en el derecho administrativo prusiano, del cual se expandió, más tarde, al Derecho Constitucional alemán cuyo Tribunal Constitucional ha sido precursor en la aplicación de este principio en el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos en relación a los derechos fundamentales, siendo asumida también por los tribunales francés, italiano, portugués, austriaco, etc. Nuestra Constitución reconoce dicho principio en los artículos 76.6, 77.13, 83.16, 116, 164.

⁴³ BERNAL Pulido, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Pág. 45. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera Edición. Madrid. 2007

4.2 El Principio de Proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales.

La doctrina constitucional actual es unánime en considerar que el principio de proporcionalidad actúa en la etapa de control de constitucionalidad de las leyes, como un instrumento metodológico que mira a determinar si el contenido de los derechos fundamentales ha sido transgredido por la ley. Sin duda es deber de los jueces en materia constitucional el fundamentar sus decisiones dando respuesta a las alegaciones de las partes e interpretando los preceptos constitucionales legales. Indica Bernal Pulido que dicha fundamentación implican tres aspectos interdependientes entre sí: “las alegaciones de las partes, la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley,...las alegaciones de las partes se refieren al problema de si la ley demandada contradice la Constitución, y esto a su vez, no puede establecerse, sino después de que la Constitución y la ley hayan sido interpretadas”⁴⁴.

El juez en materia constitucional debe expresar razonamientos o argumentaciones con el objeto de generar el convencimiento de que las interpretaciones que realice de los principios constitucionales sometidos a su conocimiento son correctas o al menos admisibles, pues dichas decisiones deben estar previstas de un elevado nivel de precisión estructural y de claridad, y deben estar libres de toda contradicción⁴⁵. Es aquí en donde se manifiesta el principio de proporcionalidad “como criterio o argumento estructural”, mediante el cual los jueces organizan las razones u argumentos expuestos en sus decisiones y que determinan, en fin, el contenido de los derechos fundamentales en el caso concreto sometido a su consideración.

Debemos aclarar que en la determinación del contenido de los derechos fundamentales el principio de proporcionalidad no es exclusivo si no que se

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 542.

⁴⁵ Necesario es en esta parte referirse a la obra de Ulrich Klug, “*Lógica Jurídica*”, de lectura obligatoria para los operadores de justicia y sobre todo para la recepción crítica de las resoluciones que se expiden en los temas jurídico-constitucionales.

complementa con los métodos tradicionales de la interpretación jurídica desarrollados por Savigny (literal, teleológico, sistemático, histórico).

Por otra parte sostiene Bernal Pulido que el principio de proporcionalidad “contribuye a la realización de la fuerza normativa y de la máxima efectividad de los derechos fundamentales y de los demás bienes constitucionales que pueden entrar en colisión con ellos. Mediante dicho principio, tales derechos y tales bienes se articulan y adquieren una aplicación jurídica en la mayor medida posible.”⁴⁶

Para que en un caso determinado se pueda aplicar el principio de proporcionalidad se hacen necesarios dos presupuestos, interrelacionados a los que Bernal los denomina incluso como los dos caras de una misma moneda: a) la existencia de una norma o situación concreta que “pueda incluirse dentro del ámbito normativo de una disposición de derecho fundamental”⁴⁷ y que haya resultado afectada por la ley o acto objeto del control constitucional; y, b) “La atribución del carácter de intervención en un derecho fundamental a la ley que constituye el objeto del control constitucional.”⁴⁸ Toda ley, dice Bernal Pulido, que afecte de manera negativa a una norma o a una posición que pueda adscribirse al ámbito de protección de un derecho fundamental, debe ser considerada como una intervención en ese derecho.

Hemos procurado hasta aquí describir de manera básica los conceptos elementales vertidos por la doctrina sobre el principio de proporcionalidad, pasaremos, en el capítulo que sigue, a comentar los subprincipios que lo integran y que hacen viable su aplicación concreta a un caso en particular.

⁴⁶ BERNAL Pulido, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Pág. 613.

⁴⁷ *Ibídem*. Pág. 621.

⁴⁸ *Ibídem*. Pág. 663.

CAPITULO TERCERO

LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*, éste último conocido también como ponderación. Trataremos sobre ellos en las líneas siguientes.

1. Subprincipio de Idoneidad.

Se lo conoce también como subprincipio de adecuación. Hace relación a que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.”⁴⁹

La *idoneidad*, ayuda a precisar que la limitación de un derecho contribuye a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía; por ejemplo, la orden de evacuación, que priva del derecho de vivienda, es una medida idónea para precautelar la vida en un caso de desastre natural⁵⁰.

Toda intervención, entonces, en los derechos fundamentales debe reunir dos condiciones: 1) Tener un fin constitucionalmente legítimo. 2) Ser idónea para favorecer su obtención. Mirémoslos brevemente:

1.1 Tener un fin constitucionalmente legítimo.

Como se desprende de su denominación, la legitimidad perseguida debe ser apreciada desde la óptica constitucional. Por tanto la aplicación del subprincipio de idoneidad consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido por el legislador para fomentar su finalidad. Por lo

⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 693.

⁵⁰ Ejemplo traído por Ramiro Ávila Santamaría en el Foro, Pág. 56, obra citada ya en éste trabajo.

dicho es indispensable establecer de antemano, cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.⁵¹ Redundando, el fin de la intervención debe ser considerado legítimo, cuando no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución. O, en palabras de Bernal Pulido, a quien hemos seguido en esta parte, “Un fin solo puede ser catalogado como un fin ilegítimo, cuando está prohibido definitivamente por la Constitución. Cuando se presenta un caso dudoso acerca de la legitimidad del fin legislativo, porque existe una prohibición *prima facie* del fin, debe aplicarse la presunción de constitucionalidad de la ley.”⁵² De lo expuesto se deduce que el fin legislativo cuya legitimidad se duda debe presumirse legítimo hasta que, de ser el caso, sea contradicho luego de aplicarse el *principio de proporcionalidad en sentido* estricto al que analizaremos más adelante.

1. 2 Ser idónea para favorecer su obtención.

Se sostiene que una medida legislativa de intervención en un derecho fundamental es idónea si el juez del tema constitucional, “considera en abstracto o en teoría, que es apto o puede contribuir de alguna forma para la obtención del objetivo que se propone.”⁵³

Así mismo, se lo considera idóneo a pesar de que únicamente haya logrado alcanzar de manera parcial los fines propuestos. Esta realización, aun que parcial, basta para que se pueda argumentar, razonadamente por supuesto, sobre la idoneidad de la medida legislativa intervencionista. Por el contrario, y para abundar, una norma legal carece de idoneidad, si desde su expedición, el legislador hubiera podido preveer su ineptitud para facilitar la

⁵¹ BERNAL Pulido, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Pág. 695.

⁵² *Ibidem*. Pág. 704.

⁵³ *Ibidem*. Pág. 729.

obtención de su finalidad conteniendo entonces una carga preliminar de afectación a un derecho fundamental.

2. Subprincipio de Necesidad.

Este subprincipio implica que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.”⁵⁴

Una decisión de intervención en un derecho fundamental mediante la cual se afecta por lo menos a una persona, debe ser ejecutada, si es posible compensar los perjuicios que se causa a los afectados con la ganancia que obtiene los favorecidos.

Este subprincipio, indica Carlos Bernal, implica una comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. Si no existen medios alternativos, resulta imposible efectuar dicha comparación. “El análisis de necesidad es una comparación entre medios, a diferencia del examen de idoneidad, en el que se observa la relación entre el medio legislativo y su finalidad.”⁵⁵

Los medios alternativos no pueden faltar pues sostiene la doctrina que existen tantos como la imaginación lograrse contener, es decir, ilimitados. Se los selecciona mirando a que al menos revistan un mínimo de idoneidad para procurar alcanzar el fin que la medida legislativa se propone.

El análisis del medio alternativo en cuando a ser más o menos benigno en afectar a un derecho fundamental, debe realizarse desde la perspectiva del individuo titular del derecho fundamental afectado. Pero se impone la

⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 740.

⁵⁵ *Ibíd.*

intervención legislativa sobre el medio alternativo si éste, que a priori aparece como más benigno, afecta a otros intereses de la comunidad, a derechos fundamentales de terceros o infringe el principio de igualdad.

Para concluir con éste tema y como el profesor colombiano Carlos Bernal Pulido enseña: “Una medida legislativa debe ser declarada inconstitucional por carecer de necesidad, sólo cuando aparezca de modo evidente, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el derecho fundamental.”⁵⁶

En fin, el subprincipio de *necesidad* contribuye al análisis entre varias medidas idóneas, y sugiere escoger la medida más favorable al derecho intervenido; por ejemplo, en el desastre natural, tengo varias medidas idóneas (por que logran el objetivo), tales como la evacuación de una ciudad o de una zona rural, a un lugar cercano o lejano, en carpas o en albergues, quizá la que menos afecte al derecho a la vivienda sea a un lugar cercano y en albergues⁵⁷.

3. El Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.

A éste subprincipio se lo conoce también como el nombre de *ponderación*. Con frecuencia se ha confundido al *principio de proporcionalidad* con la *ponderación*, creyéndolos sinónimos, error en el que en un inicio incluso hemos incurrido nosotros. Por *ponderación* generalmente se entiende a aquella forma de tomar decisiones consistentes en sopesar razones que juegan a favor o en contra de una determinada solución. Se lo entiende también como un método de interpretación aplicable a las *normas principios* y diferente a la subsunción que es el utilizado para la interpretación de las

⁵⁶ Ibidem. Pág. 763.

⁵⁷ Ejemplo traído por Ramiro Ávila Santamaría en el Foro, Pág. 56, obra citada ya en éste trabajo

*normas reglas*⁵⁸. Pero la identificación y ubicación precisa es aquella que explica que la *ponderación* es una parte del *principio de proporcionalidad*. El *principio de proporcionalidad*, como dejamos expuesto en este capítulo, está compuesto por tres subprincipios, a saber: *Idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*. Es a este último subprincipio que se identifica la *ponderación*, siendo por tanto sinónimo de éste. Por tanto, considerada así la *ponderación*, donde se aplica el *principio de proporcionalidad en sentido amplio*, se aplica *la ponderación*, y donde se aplica *la ponderación*, se aplica el *principio de proporcionalidad en sentido amplio*.

Dejado aclarado el tema sobre la denominación del subprincipio en estudio, intentaremos acercarnos a su denominación.

Dicen los doctrinarios que este subprincipio exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado. De lo dicho, conforme a la *ponderación*, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.⁵⁹ Es decir las ventajas que generaría la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que dicha intervención significa en los titulares del derecho fundamental intervenido.

El profesor Ramiro Ávila Santamaría sobre la *proporcionalidad en sentido estricto* dice que ésta valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado para conseguir el objetivo, entre los dos derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo) compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado); por ejemplo -continuando con el supuesto de la

⁵⁸ En éste sentido lo usa Jorge Zavala Egas en su obra citada.

⁵⁹BERNAL Pulido, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Pág. 763.

evacuación traído para graficar los subprincipios anteriores- si dicha evacuación produce la depresión, el desmembramiento familiar y hasta la muerte, quizá por el resultado convenga más no evacuar.⁶⁰

En cuanto a su estructura argumentativa el profesor Carlos Bernal Pulido nos muestra un esquema sobre la misma. Tema complejo en verdad por su abstracción conceptual y por la falta de extensión necesaria para su cabal comprensión, pero que ponemos en consideración en éste trabajo, al menos descriptivamente, para que quizá en su vinculación con un caso concreto específico, encuentre cabal aplicación y comprensión.

Enseña el profesor colombiano que el decurso argumentativo del subprincipio de *ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*, debe estructurarse en tres pasos:

1.- El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

2.- El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

3.- El tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.⁶¹

Podríamos concluir expresando que la ponderación consiste en una comparación entre el grado de la intensidad de la intervención en el derecho

⁶⁰ Ejemplo traído por Ramiro Ávila Santamaría en el Foro, Pág. 56, obra citada ya en éste trabajo.

⁶¹ BERNAL Pulido, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Pág. 765.

fundamental y el grado de la realización del principio constitucional que fundamenta la norma legal que se controla. El resultado de la ponderación, dice Carlos Bernal, consiste en una relación de “procedencia”, porque en ella se determina cual de los dos objetos normativos que concurren: el derecho fundamental o el principio constitucional, deben adquirir prioridad en el caso concreto. Esta prioridad no se establece de manera general sino que está vinculada a las condiciones específicas del caso concreto, por lo que variará de conformidad con los hechos del caso sujeto a ponderación⁶².

La regla argumentativa que define la ponderación es la llamada ley de la ponderación (a la que ya hicimos alusión en el Capítulo Segundo de éste trabajo y que para mayor claridad repetimos), ley establecida por Robert Alexy, ley que dice: “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.⁶³ O, también, cuanto mayor sea el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor tiene que ser el grado de intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa.

Para finalizar debemos siempre recordar que cuando más conexiones tenga un derecho fundamental con la dignidad humana, mayor será su peso en la ponderación.

⁶² Ibidem. Pág. 787.

⁶³ Ibidem.

CONCLUSIONES

El desarrollo del presente trabajo, junto con la investigación bibliográfica que acompañó al mismo, nos ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

El Estado, de acuerdo al desarrollo social, político y cultural, que ha alcanzado en una etapa histórica determinada, expresa justamente ese desarrollo en su forma de organización y por ende en su sistema sistemas normativos cada uno de ellos en menor o mayor grado protectores o no de los derechos de las personas.

En el mismo sentido aludido, el neoconstitucionalismo es la expresión ideológica de cierto tipo de Estado de Derecho, que se traduce en una determinada forma de organización política, en éste caso el del Estado Constitucional de Derechos. Estado Constitucional de Derechos al que podríamos definir como aquel que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al poder arbitrario.

Por su parte, se define a los derechos fundamentales como aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada. Estos derechos humanos son aquellos que miran a la dignidad humana, pues en el núcleo del sistema de derechos fundamentales es la “unidad de naturaleza y dignidad del ser humano”. No puede hablarse de derecho esencial (fundamental) si no se lo vincula con la causa y el fin de la persona que es su dignidad. En consecuencia, todo derecho que se encuentre condicionando la dignidad humana es fundamental. La persona es todo ser humano y ser persona es ser fin de sí mismo.

El juez, ya constitucional ya ordinario, en la interpretación, ya del principio o ya de la regla, debe buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional. Razonabilidad que

hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. En este sentido, existen varios métodos de interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales que contiene, tales como el de unidad constitucional, concordancia práctica, efecto integrador, funcionalidad, eficacia, razonabilidad, presunción; y, principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, como método de interpretación constitucional, hace relación a que las decisiones del poder público, sean estas leyes, actos administrativos y sentencias, cuando limitan derechos humanos tienen que ser proporcionales. Si éstas no son proporcionales, entonces son decisiones inconstitucionales.

La proporcionalidad es un principio a través del cuál se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos. Se puede considerar a este principio, entonces, como una garantía interpretativa a los derechos humanos, la que debe ser aplicada por todos los poderes públicos.

El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*, éste último conocido también como ponderación.

El subprincipio de *idoneidad*, al que se lo conoce también como subprincipio de adecuación, hace relación a que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

El subprincipio de *necesidad* implica que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

Finalmente, expondremos nuestras conclusiones sobre el *subprincipio proporcionalidad en sentido estricto*, al que se lo conoce también con el nombre de *ponderación* y con el que con frecuencia suele confundírsele, creyéndolos sinónimos. Por *ponderación* generalmente se entiende a aquella forma de tomar decisiones consistentes en sopesar razones que juegan a favor o en contra de una determinada solución. Se lo entiende también como un método de interpretación aplicable a las normas principios y diferente a la subsunción que es el utilizado para la interpretación de las normas reglas. La *ponderación* es una parte del principio de proporcionalidad siendo sinónimo del subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*.

La *proporcionalidad en sentido estricto* exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado. Por tanto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Es decir las ventajas que generaría la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que dicha intervención significa en los titulares del derecho fundamental intervenido. De tal forma que, con acierto se sostiene, cuando más conexiones tenga un derecho fundamental con la dignidad humana, mayor será su peso en la ponderación.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. "La Formula del Peso". En "El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional." Editor. Miguel Carbonell. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito 2008.

ALEXY, Robert. "Teoría de la Argumentación Jurídica". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Primera reimpresión de la Segunda Edición. Madrid. 2008.

ÁVILA Santamaría, Ramiro. Neoconstitucionalismo y Sociedad. SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Imprenta: V&M Gráficas. Quito, Ecuador, 2008. 1ra. edición: agosto 2008.

ÁVILA Santamaría, Ramiro. ¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? Foro 8. Universidad Andina Simón Bolívar.

BALAGUER Callejón, Francisco en Manual de Derecho Constitucional. Tecnos. Tercera edición. 2008. España.

BERNAL Pulido, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera Edición. Madrid. 2007

CIFUENTES, Eduardo. Presentación de la segunda edición de la obra de Diego Eduardo López Medina: El Derecho de los Jueces. Legis. Quinta reimpresión- Colombia. 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2009

Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2009.

DUEÑAS Ruiz, Oscar José. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Editorial

Universidad del Rosario. Cuarta Edición. Colombia. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Cuarta Edición. Madrid. 2009.

GUASTINI, Riccardo. La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico. Editorial Trotta. Cuarta Edición. Madrid. 2009.

KLUG Ulrich, “*Lógica Jurídica*”, Temis, Bogotá-Colombia. 2004.

LOPEZ Medina, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Legis. Quinta reimpresión- Colombia. 2008.

PECES-BARBA Martínez, Gregorio. “Lecciones de Derechos Fundamentales”. Dykinson. Madrid. 2004.

Revista de Derecho FORO. Nro. 8. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional. Quito. 2008.

RIVADENEIRA Silva, Ramiro “Interpretación Constitucional”, en Temas Constitucionales, Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador. Nro. 7. Quito-Ecuador. 2006.

SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Cuarta Edición. Madrid. 2009.

Sentencia Nro. 0001-09-SCN-CC- Caso Nro. 0002-08-CN. 14 de mayo de 2009.

VILLAVERDE Menéndez, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”. En “El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional.” Editor. Miguel Carbonell. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito 2008.

ZAVALA Egas, Jorge. Apuntes sobre Neoconstitucionalismo. Sin editorial. 2009.

ZAVALA Egas, Jorge. Constitución. Acciones de Protección y Ponderación. Sin Editorial. 2009.

ZAVALA Egas, Jorge. Derecho Constitucional. Tomo I. Edino. 2000. Guayaquil-Ecuador.