

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**El Principio de Proporcionalidad y su aplicación en el  
juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de  
sentencias.**

**AUTORA:**

Rosales Ramírez, Katherine Dora

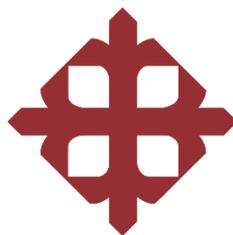
**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de  
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del  
Ecuador**

**TUTORA:**

Palencia Núñez, Mónica Rosa Irene, Dra.

Guayaquil, Ecuador

28 de agosto del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Rosales Ramírez, Katherine Dora**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

**TUTORA**

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

**DRA. PALENCIA NÚÑEZ, MÓNICA ROSA IRENE**

**DIRECTOR DE LA CARRERA**

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

**MSG. LYNCH DE NATH, MARIA ISABEL**

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, Rosales Ramírez, Katherine Dora**

**DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación, **El Principio de Proporcionalidad y su aplicación en el juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de sentencias**, previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2020

**AUTORA**

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

**Rosales Ramírez, Katherine Dora**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**AUTORIZACIÓN**

Yo, **Rosales Ramírez, Katherine Dora**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **El Principio de Proporcionalidad y su aplicación en el juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de sentencias**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2020

**AUTORA:**

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

Rosales Ramírez, Katherine Dora

## REPORTE URKUND

**URKUND**

**Documento** [ULTIMO TRABAJO DE TITULACION COMPLETO DRA PALENCIA CITAS.doc](#) (D78246161)

**Presentado** 2020-08-27 11:39 (-05:00)

**Presentado por** Maritza Ginette Reynoso Gaute (maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec)

**Recibido** maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com

**Mensaje** RV: REVISIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN SISTEMA URKUND KATHERINE ROSALES RAMIREZ MENCION 2020 [Mostrar el mensaje completo](#)

2% de estas 21 páginas, se componen de texto presente en 3 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

+	Categoría	Enlace/nombre de archivo	-
+	>	<a href="http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1319/1596#footnote-014-backli...">http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1319/1596#footnote-014-backli...</a>	-
+		<a href="https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6129169.pdf">https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6129169.pdf</a>	-
+		<a href="https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&amp;pid=S0718-34372016000100012...">https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&amp;pid=S0718-34372016000100012...</a>	-
+	Fuentes alternativas		
+	Fuentes no usadas		

1 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir

---

**Palencia Núñez, Mónica Rosa Irene**

**Docente-Tutor**

---

**Rosales Ramírez, Katherine Dora**

**Estudiante**

## AGRADECIMIENTO

A Dios, por ser mi motor de lucha, mi iluminación y mi fiel compañero. Demostrándome una vez más que junto a Él todo lo puedo, sin Él nada.

A mis Padres, por creer en mí, por ser mi apoyo incondicional y siempre estar presentes en cada etapa de mi vida, de mi carrera, alentándome y recordándome que la recompensa estaba ahí esperándome y que la lucha valía la pena.

A mis hermanos, mis sobrinos, familia y amistades que me alentaban a insistir, persistir, resistir y nunca desistir.

A mi tutora, la Doctora Mónica Palencia, por haberme otorgado su tiempo y permitirme nutrirme de sus tan valiosos conocimientos y su guía en general para poder cumplir con mi propósito; mi admiración, respeto, cariño y total agradecimiento recordando siempre su frase “que en los detalles se encuentra a Dios” y un excelente abogado siempre tiene que tener presente aquello.

A la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, mi alma mater, que me acogió y me brindó, calidad académica y una formación integral.

## DEDICATORIA

A mis Padres,  
Patricia y Emilio, por recordarme siempre que este era mi camino, por su amor, apoyo y comprensión, por ser mi ejemplo de superación.

A mis hermanos,  
Manfred y Gerald, por alentarme a ser mejor como persona y como profesional.

A mis sobrinos,  
Matthew, Luciana y Joaquín, por ser mi fuente de inspiración, ser mi motor de alegría.

A mi familia, amigos por acompañarme de una u otra forma en la obtención de este logro.

¡¡Este triunfo va para ustedes!!



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

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

**Mgs. José Miguel, García Baquerizo**  
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

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

**Abg. Maritza Ginette, Reynoso Gaute**  
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

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

OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Facultad:** Jurisprudencia

**Carrera:** Derecho

**Periodo:** UTE A 2020

**Fecha:**

### ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado ***El Principio de Proporcionalidad y su aplicación en el juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de sentencias*** elaborado por la/el estudiante ***Katherine Dora Rosales Ramirez***, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de ***(10) ()***, lo cual lo califica como ***APTO(A) PARA LA SUSTENTACIÓN.***

---

**DRA. PALENCIA NÚÑEZ, MÓNICA ROSA IRENE**

**TUTORA**

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I .....	3
1.1    EVOLUCIÓN DEL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	3
1.2    OBJETO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	6
1.3    PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	8
1.4    TEST DE PROPORCIONALIDAD. ....	9
1.5    CRITICAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DESDE LA PONDERACIÓN.....	10
CAPÍTULO II .....	13
2.1    ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR. ....	13
2.2    PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO .....	13
2.3    ¿CUÁL ES EL CRITERIO QUE DEBE APLICAR LA O EL JUZGADOR PARA PUNIR UNA CONDUCTA? .....	15
2.4    ANÁLISIS CASUÍSTICO.....	16
2.4.1    LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ¿EXISTEN PERFILES DEFINIDOS PARA SU APLICACIÓN?.....	16
CONCLUSIONES.....	22
SUGERENCIAS.....	24
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	25

## RESUMEN

El principio de proporcionalidad constituye un concepto basado en la necesidad que percibe la doctrina constitucional de que exista racionalidad en las intervenciones del poder público, en el ámbito de la esfera de los derechos, inclusive, en su no satisfacción, por limitaciones legítimamente autorizadas. Su influencia tiene un impacto importante en el proceso de toma de decisiones; en la aplicación de justicia. Es además polisémico, destacando en él un enfoque como axioma y otro como técnica de interpretación, principalmente. El presente estudio, tiene el carácter de exploratorio y da cuenta de lo encontrado tanto en la aplicación como en la ausencia, en el Ecuador.

Como señala Carbonell “el principio de proporcionalidad constituye un maximizador de los derechos fundamentales del ser humano en coherencia con las posibilidades fácticas y jurídicas. Es un mandato de optimización” (2008, p.1).

En este estudio, se evidencian las faltas o ausencias de su consideración, marcándose asimismo la incoherencia entre variables que han sido utilizadas en los casos estudiados en el ámbito de la justicia en el Ecuador, para la determinación de una pena o sanción. Esto es, el lector o lectora, encontrará la descripción de hechos, así como la reflexión sobre los mismos en torno al llamado “principio de proporcionalidad”, resaltando sus diversos usos.

A base de lo explorado se podrá concluir la no existencia de una separación en las posibilidades de su utilización, pues como técnica, sin duda, soporta rigor a base de actuar como principio/axioma. Lo anterior producto de la revisión exhaustiva efectuada en el Ecuador y de la búsqueda de las bases doctrinarias para inferencias, dadas por el desarrollo histórico del contenido y límites de tal principio: el mismo que, bajo fórmula neoconstitucionalista y por ende garantista, implica como subprincipio a la llamada técnica de ponderación.

Palabras claves: Proporcionalidad, principios del derecho, vulneración de derechos, efectos, límites del principio, control constitucional.

## ABSTRACT

The principle of proportionality is a concept based on the need, perceived by the constitutional doctrine, of rational interventions done by the governing authorities on the sphere of the exercise of rights and even in its lack of fulfillment by legitimate limitations. Its influence has an important impact in the decision making process of the application of justice. It is also a polysemic concept, highlighting in it, an approach as an axiom and also as an interpretative technique, mainly. This study is of an exploratory nature and accounts for what has been found both in the application and the absence of it in Ecuador.

As Carbonell states “the principle of proportionality constitutes a maximizer of fundamental rights in coherence with factual and legal possibilities. It is a mandate of optimization.” (2018, p. 1)

This study gives evidence of the lack or absence of its consideration, noting also the incoherence between variables considered in the cases mentioned, in the sanction’s determination. This means the reader will find the description of facts with the accompanying reflection on them under the analysis of this principle, considering its many uses.

Throughout this study, it will be possible to reach the conclusion that there is no irreconcilable separation in its possibilities of use, since as a technique, without a doubt, it supports rigor based on acting as a principle. The aforementioned is the product of an exhaustive review carried out in Ecuador and of the exploration of the doctrinal bases for inferences, given by the historical development of the content and limits of such principle: the same one that, under a neo-constitutional formula implies as a sub-principle to the so called weighing technique.

Keywords: Proportionality, principles of law, violation of rights, effects, limits of proportionality principle, constitutional control.

## INTRODUCCIÓN

Vivimos tiempos de post modernidad con fragilidades de origen múltiple, de entre las cuales destaca la referida a la incertidumbre. Afianzar la legitimidad democrática de las decisiones del poder público, en aras de garantizar el efectivo respeto a los derechos del ciudadano, es esencial para la seguridad jurídica; legitimidad fundamental, en aras de la certeza mínima, como lo destacara Quintana (2015).

Es por lo anterior que el presente estudio buscar aportar a la visión localizada de lo que acontece en el Ecuador, al destacar las bases teóricas del “principio de proporcionalidad”, ubicando en precedentes significativos la visión interpretativa de la Corte Constitucional en lo relativo al llamado “test de proporcionalidad”.

Por *sindéresis* hacia la comprensión del tema en el Ecuador, se resalta la evolución y el contenido del principio de proporcionalidad, en la jurisprudencia nacional, considerando que, a partir del 2008, el Ecuador es un estado *garantista*, tal como lo prescribe el artículo 84 de la CRE, puesto que reconoce que existe un *derecho sobre el derecho*, tanto formal como material, que lo constituyen los derechos fundamentales y como tal, son expresión jurídica de los valores centrales de la persona, como lo manifiesta el doctor Jorge Zavala Egas. (Egas, 2010).

Se busca determinar las pautas del actuar del juez, obedeciendo las estructuras definidas entre principios y reglas, para tener en claro cuándo se aplica el juicio de proporcionalidad en el caso de conflictos de derechos, a partir de reconocer las diversas situaciones que se pueden presentar cuando dos principios entran en colisión. Tal reconocimiento facilita el que quede garantizado el resultado, por predecible y de posible verificación en su corrección, al existir criterios que avalen desde la racionalidad del Derecho, el resultado (Prieto, 2013).

El principio de proporcionalidad obliga, por tanto, al legislador, pero cobra importancia cuando los jueces realizan su ardua tarea. Queda entonces como

cuestionamiento esencial y rector de la exploración, el siguiente: ¿se aplica correctamente el test de proporcionalidad al momento de existir colisión de derechos?

## **CAPÍTULO I**

### **1.1 EVOLUCIÓN DEL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Una base esencial de este principio radica en la comparación, de tal manera que sea el resultado de una conducta crítica en la actuación de quien lo aplica. La pertinencia de dicha comparación radica en el hecho de relacionar los medios con los fines perseguidos, de manera tal que entre ellos exista una relación coherente, suficiente, aceptable y pertinente. “La correlación entre medio y fin fue puesta sobre la palestra como una forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica”, lo señala Bernal (2014), y su postura no tiene, aparentemente, contradictores. Estos primeros aportes y desarrollos tuvieron un impacto importante en la cultura “jurídica romana”, siendo ahí precisamente donde este principio alcanzó gran importancia en el terreno del derecho privado.

La proporcionalidad da cuerpo al principio en el Derecho Público, a mitad del siglo XVIII, “cuando éste ya no es visto solo como consecuencia o propiedad del resultado de una actividad crítica, sino como axioma que funciona como principio rector en la toma de decisiones del medio a utilizar con respecto a un fin; así fueron creados los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado” (Carbonell, 2008, p.1).

Este principio ha ido evolucionando de manera constante y se ha expandido en todos los campos correspondientes al Derecho, regulando las relaciones que existen entre el poder público y las personas. Por citar un ejemplo se puede señalar su influencia en temas específicos del ámbito penal, como son el de “aplicación de la pena” o relativo a la “prisión preventiva”, en los cuales ha tenido importante impacto. La proporcionalidad es garantía en temas de

prisión preventiva, para mantenerla como cautelar, y que no llegue a ser punitiva, afirma Angulo Gaona (2020).

La proporcionalidad basada en un principio como guía de acción, parte de la necesidad de reconocer al ser humano como objeto de protección y a toda aflicción al mismo, solo justificada por una razón que, a su vez parta de confrontar su dignidad, con un reclamo social de restablecimiento de una norma fundamental al mantenimiento del orden en la convivencia humana.

La función práctica del principio motivo de este estudio es comprensible cuando se analizan sus fundamentos filosófico-prácticos. El primero de ellos corresponde a la autonomía, base de la dignidad, lo que implica que en toda asociación deba reconocerse la posibilidad del ser humano de comportarse bajo su criterio propio, considerando su poder de albedrío; empleando, en otros términos, libertad; ese espacio aunque sea mínimo de determinación consciente, cuando desde la neurociencia se nos deja en claro la influencia de las emociones en la toma de decisiones, como ha venido explicando Demetrio (2013, p.17-42).

El segundo de los fundamentos, relacionado con la posibilidad de justificar la intervención de la potestad estatal, coartando esa libertad siempre y cuando exista un fin que lo justifique: la necesidad social; esto es, cuando se busque satisfacer los requerimientos derivados de los derechos de otros, así como los de la comunidad. Solo reconociendo la dignidad, integridad y vulnerabilidad del ser, y que todo daño a él producido desde la potestad estatal de manejo oficial de la violencia, debe responder a un criterio de necesidad, de mínima intervención y de legitimación del medio al fin, es comprensible la función práctica del principio de proporcionalidad.

La construcción del principio constituyó un proceso de largo desarrollo, pasando de la utilización de la lógica para establecer el contenido del enunciado, hasta llegar al caso aislado. De acuerdo a Lopera, "la presencia del principio dentro del ámbito del Derecho Administrativo, marcó su construcción en la Alemania del siglo XIX, cuando se precisó la prohibición de

intervenciones excesivas de los poderes públicos en los espacios de acción individual, de manera tal que llegó a alcanzar el rango de principio constitucional de protección de los derechos fundamentales, constante en jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal” (Lopera, 2020 p.78).

Robert Alexy, filósofo de Oldemburgo, es considerado uno de los mayores exponentes en el desarrollo de este principio, siendo él precisamente quien creó una tesis que en términos generales implica lo siguiente:

“Los principios son normas que no se distinguen por su vigencia absoluta sino por su vigencia aproximativa; el objeto de los principios son tanto los derechos y las libertades fundamentales como los bienes jurídicos colectivos; el carácter de principio es reconocible por su colisión con otro principio y su calidad de ser cumplido en distinto grado; la colisión entre principios es solucionada mediante el método de principio de proporcionalidad; los principios son mandatos de optimización que se realizan en la mayor medida posible” (Alexy, 1993, p. 67).

Es lógico que por constituir un criterio para establecer prioridades, se convirtiera en instrumento de protección a los derechos humanos. Así, “(...) a partir del afianzamiento del Estado democrático, la utilización del principio de proporcionalidad se fue generalizando y ha venido a desempeñar un papel relevante no solamente en el área del Derecho penal o del Derecho administrativo como inicialmente surgió, sino, fundamentalmente, en el área del Derecho constitucional y de los derechos humanos” (Aguado, 1999, p. 112).

Por lo expuesto anteriormente, se destaca el importante rol que cumple este principio dentro del proceso de “fundamentación de las decisiones” no solo de los tribunales internos, sino también de los tribunales internacionales de derechos humanos, puesto que es considerado un “mandato de optimización” de la salvaguarda de derechos vinculados a la dignidad de los seres humanos.

Vale resaltar que los fundamentos en los cuales reposa este principio «fueron puestos en gran parte con el nacimiento del estado moderno como “estado de derecho”, por la corriente de pensamiento jurídico ilustrado, que los identifico con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo» (Ferrajoli, 2014).

## **1.2 OBJETO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La proporcionalidad como “axioma”. Bajo esta mirada es posible describirlo desde el quehacer del Estado como administrador de justicia, con la premisa de mantener como justificado, solo la indispensable aflicción a la autonomía del ser, en la relación medio-fin, actuando como rector de la actividad del Estado en la toma decisiones, especialmente de las punitivas, o de las precautelatorias de aseguramiento de la punición posible (imposición de pena, orden de prisión preventiva, respectivamente). Todo esto, situando el discurso en la constitucionalización de la actividad sancionatoria penal.

Por ello, toda colisión del derecho al uso legítimo de la violencia por parte del Estado, y el derecho a la libertad del ser humano, debe ser resuelta a base de principios y entre ellos, el de aseguramiento de que la dignidad del individuo sufra el mínimo de afectación en su base de autonomía, y ello se dé dentro de un espacio de legalidad y sin duda y por ello, de coherencia entre el fin que persigue la punición y la lesión ocasionada a un bien jurídico protegido en sede penal, entendiendo que inclusive la sola amenaza de lesión material es considerada para tales efectos, como conducta penalmente relevante.

Entonces, lo que busca la actuación ceñida a la proporcionalidad, es que aquella afectación que se genera por la colisión de derechos (a la libertad y a penalizar conductas), en una suerte de ejercicio de derechos de defensa y de protección a la comunidad, sea resuelta a base un principio de fuerte sustento en parámetros de razonabilidad, garantizando que la intervención a la esfera de derechos del individuo que se sanciona, sea necesaria, aceptable, pertinente, suficiente, indispensable, legal y mínima.

Como lo señala Atienza, “el hablar de proporcionalidad implica evocar, por una parte, un principio consagrado constitucionalmente y por otra, un método de interpretación constitucional cuyo objeto es el de limitar las potestades públicas y garantizar la protección de los derechos fundamentales” (Atienza, 1987 p. 193).

La finalidad de este principio es lograr un balance en caso de que exista un conflicto entre principios, debiendo ponderarse para determinar la satisfacción o prevalencia de un principio frente a otro; además, deber ser de aplicación de parte del poder público.

Continuando con el análisis, es importante la consideración de la diferenciación entre “normas con estructura de principio” y las “normas con estructura de regla”; precisar este aspecto al momento de aplicar el principio, es de gran importancia.

“Las normas con estructura de regla son aquellas cuentan con un supuesto de hecho y consecuencia jurídica clara; y en donde la subsunción constituye su forma jurídica tradicional de aplicación. Por otro lado, las normas con estructura de regla son mandatos definitivos, las reglas no derivan de los principios y su diferencia principal es la forma en que se resuelven sus conflictos, a través de métodos tradicionales de validez, especialidad (ley especial deroga general), jerarquía (ley superior deroga ley inferior) y temporalidad (ley posterior deroga ley anterior)” (Gutiérrez y López, 2019).

“Mientras que los principios -como, ha quedado dicho- son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados y que su aplicación en la mayor medida de lo posible se da en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas” (Cañizares, 2012, como se citó en Gutiérrez y López, 2019).

Como lo manifiesta Román: “son supuestos de hecho cuya consecuencia no está explícitamente formulada, es decir, admiten varias formas de interpretación y aplicación para lo cual usamos la ponderación”. (Roman, 2020)

Esto es, como técnica, es útil para establecer pesos relacionales entre medios y fines cuando se trata, por ejemplo, de restringir libertades; y lo anterior no obsta el que también resulte apropiado como criterio abarcativo de la llamada ponderación, a fin de que se evalúen relaciones entre principios y se tomen decisiones de prioridad en la aplicación.

### **1.3 PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Uno de los puntos importantes expuestos por Alexy (como se citó en Lopera), es “la tesis de la vinculación necesaria entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y el juicio de proporcionalidad” (Lopera, 2020 p. 122)

Como Lopera afirma, “el principio de proporcionalidad *lato sensu* aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Teniendo en cuenta que cada uno de estos subprincipios expresan una exigencia en la que toda intervención en los derechos fundamentales se debe de cumplir” (2020 p. 128).

Ahora bien, existen una serie de criterios o exigencias para la procedencia de la ponderación como actividad reglada basada en el axioma. Estas son esencialmente tres, a juicio de Laura Clericó; primero, que se encuentre presente en observancia el principio de idoneidad, en virtud del cual toda intervención a un derecho debe ser adecuada al fin constitucionalmente legítimo; segundo, que se observe el subprincipio de necesidad, que pauta una mínima intervención en el derecho; esto es, cuanto baste para contribuir a alcanzar el fin; y tercero, que se de la proporcionalidad en sentido estricto (2009).

Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. “Esto quiere decir, que las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general”.

(Clerico, 2009) Así, resulta coherente a la esencia de un mandato de optimización, estos tres subprincipios, conforme lo anota Alexy (1993, p. 196).

Mas explorando sobre el objetivo en lo metodológico de la aproximación a base de subprincipios, es dable estacar que los principios como tales, son normas que requieren una realización observando el contexto de las posibilidades jurídicas y fácticas. En concreto, los subprincipios de idoneidad y necesidad, como lo apunta Ibañez, estarían referidos a una optimización vinculada a posibilidades fácticas o de hecho, añadiendo el mismo autor que “el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización de los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas. (2020, p 98.)

#### **1.4 TEST DE PROPORCIONALIDAD.**

En la necesidad de una racionalidad que dé soporte a los análisis garantistas, el test de proporcionalidad es de mención necesaria. Éste es entendido como “(...) pauta metodológica que aplica el juez para resolver el conflicto de principios” (Recalde, 2013). Es “el límite a la discrecionalidad de los derechos fundamentales estableciendo una prevalencia entre principios en caso de conflicto” (2009).

El referido no es un instrumento sin detractores. Hay fallos cuestionados y cuestionables que han hecho historia en el análisis del principio de proporcionalidad, y que se registran en la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Ello lo resaltan Castineira y Ragués (2008, p.200).

De esta manera, queda señalado que la proporcionalidad como principio, constituye una garantía interpretativa a favor de los derechos humanos; esto es, un principio de carácter constitucional a cumplirse. Como criterio rector del quehacer del legislativo, se hace presente -por ejemplo- al crear el tipo penal como opción última dentro del sistema de control social, con proporcionalidad entre el bien que protege en lo hipotético y el derecho que restringe. Ávila muestra cómo esos análisis de proporcionalidad deben ser hechos en diversos ámbitos del sector público, llegando a espacios hasta

administrativos. Refiere que “(...) en los casos concretos debe verificar las leyes y las medidas administrativas, a fin de que sean proporcionales”. (2008, p. 325) De esta manera, el objetivo de aplicar el test de proporcionalidad, es el de definir una relación de preferencia misma que aparece teniendo en cuenta las características específicas para cada caso.

## **1.5 CRITICAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DESDE LA PONDERACIÓN**

La proporcionalidad como principio, en *lato sensu*, “se encuentra integrada por un conjunto de herramientas que permiten 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” (Lopez, 2017). En *strictu sensu*, pasa por su comprensión como un “mandato de optimización”, entendiéndose como tal el que la insatisfacción en la observancia práctica de un principio esté en relación directa con la satisfacción del que se considera de mayor grado.

Sin embargo, los postulados en los que se desarrolla el principio han sido objetados por algunos destacados constitucionalistas y teóricos del Derecho en el contexto europeo, específicamente en Alemania, siendo la base primordial de sustento, la irracionalidad y subjetivismo en su aplicación. Interesante en este punto es la discusión impulsada por Habermas, quien al sostener la diferencia entre normas-principio y principios-valores, ha puesto de manifiesto que los análisis parten de prevalencia de valores y por ende, tal ejercicio queda por fuera del principio en sí mismo, ubicando la discusión en lo que ha de entenderse por valores (con Hartmann y Scheller como pensadores fundamentales en ello), puestos al servicio de un fin, resalta Portocarrero (2016).

E.W. Bockenforde, sostiene que este principio carece de puntos de referencia en lo jurídico para su aplicación; en sus palabras: “un punto de apoyo semejante solo se podría dar mediante un orden jerárquico de los diversos derechos fundamentales y de sus contenidos. Solo así se pudiese

establecer con seguridad, que Derecho debe de prevalecer (...)" (Carbonell, 2008)

Castillo Córdova por su parte, manifiesta que una de las principales críticas al principio de proporcionalidad es a sus presupuestos metodológicos puesto que "no existe ningún elemento (ni formal ni material) que permita sostener la existencia de un contenido constitucional de carácter ilimitado prima facie dividido en dos partes, una restringible y la otra no sacrificable." (Castillo, 2020)

Pierrot y Schlink, han puesto en manifiesto su crítica en términos similares a las objeciones propuestas por Bockenforde, pues ellos manifiestan que "los razonamientos jurisdiccionales en que versan los derechos fundamentales y bienes constitucionales carecen a la luz del principio de proporcionalidad de todo punto de referencia racional, objetivo y obligatorio para el Juez" (Bernal, 2014). Y esto se debe a que no siempre existe una sola respuesta que sea capaz de coincidir en consenso general, sobre las razones de la prioridad.

I. Maus, ante esta postura indica que, aunque existiesen estos puntos de referencias o criterios racionales mediante la ponderación, ellos permanecerían únicamente en el plano de la moral y por ende dichos criterios estarían desprovistos de fuerza jurídica al no existir un mecanismo institucional de índole coercitiva que garantice su aplicación.

Habermas cuestiona la teoría de Alexy, como limitante externa del principio, sosteniendo que, al estar desprovista de criterios que puedan garantizar la objetividad al momento de la toma de una decisión, la ponderación entra en el ámbito de la irracionalidad.

"La concepción teleológica de Alexy debilita a los derechos fundamentales y favorece la realización de metas arbitrarias en contra de los individuos, es decir, la concepción de Alexy no se concilia con la tradición liberal que concibe a los derechos fundamentales como inalienables y absolutos" (Cárdenas, 2020, p.218)

Por su parte, el jurista colombiano Bernal Pulido hace un interesante análisis global en relación a las reacciones, y es que, al referirse al carácter irracional de la aplicación de la proporcionalidad, se sostiene en que, “al emplear los subprincipios, difícilmente se lo podría realizar y controlar mediante criterios jurídicos objetivos y más bien entra en juego lo subjetivo y simplemente sería una manera de disimular las valoraciones políticas. Lo expuesto, implica que en el momento de que un tribunal desee aplicarlo, no cuente con la legitimidad necesaria y más bien en cada ocasión en que se lo aplica, injustificadamente restringe la competencia legislativa para configurar la Constitución” (Bernal, 2014)

Podríamos resaltar de entre las objeciones expuestas y otras, una síntesis de los algunos de los principales puntales de crítica:

- Falta de claridad conceptual del principio.
- Carencia de un punto de referencia jurídico, de apoyo.
- Fuertes conclusiones con motivo de un argumento basado en “inconmensurabilidad”.
- Desafío en torno a la identificación de derechos y bienes que deberían de ser considerados en la aplicación del principio;
- Confusión de principios como norma, con principios como valor; y:
- El desencadenamiento de una justicia del caso concreto.

José Luis Cusi recoge la postura de algunos autores como Ferrajoli, Carlos Künsemüller y Alfredo Etcheberry, y resalta la conclusión a la que llegan manifestando que: “el principio de proporcionalidad al ser independiente de otros principios, pero a su vez ubicado en esa misma jerarquía y al ser expresamente consagrada en el texto constitucional, es susceptible de ser invocado como vulnerado”. (Cusi, 2020)

## **CAPÍTULO II**

### **2.1 ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR.**

En este contexto surge la siguiente interrogante: ¿existe un parámetro definido que pueda ser empleado por la Corte Constitucional en el Ecuador? Como se ha indicado, la proporcionalidad es un principio constitucional, el mismo que brinda una garantía interpretativa de los derechos humanos.

No obstante, rara vez encuentra pie en la norma escrita. Como señala Gavara, “el problema que plantea la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio es la no previsión de su aplicación en el contexto constitucional” (Riofrio, 2016, p. 2)

Al ser un principio constitucional éste debe de ser aplicado por todos los poderes públicos.

### **2.2 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**

En el contexto del ordenamiento jurídico en Ecuador, este principio como un método y garantía de interpretación está indicado de manera literal la ‘Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional’, en su artículo 3, numeral 2:

Artículo 3: “Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos”. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

2. “Principio de Proporcionalidad: Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de

solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”. (Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

En cuanto al principio de proporcionalidad en materia penal, éste se encuentra consagrado dentro del artículo 76, numeral 6 de la Constitución que dispone: “Artículo. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Toma forma en este párrafo, recordar lo dicho con antelación con respecto a las discrepancias en fallos de la Unión Americana, pues hay detractores del principio que consideran que la gravedad de un crimen podría ser base de determinación de, inclusive, una medida cautelar; criterio inadmisibles bajo el entorno garantista de la legislación ecuatoriana.

Después de revisar la legislación referida y haciendo eco al análisis de Gavilanes, se puede observar que este principio en el Ecuador está dispuesto en la normativa de dos maneras:

1. Como axioma, estableciendo la proporcionalidad cuando existan contradicciones entre normas, viendo que la medida que se proteja sea válida idónea y necesaria.
2. Como mecanismo interpretativo, estableciendo la correspondiente proporcionalidad de las sanciones e infracciones sean administrativas, penales, etc.

A continuación, y tomando como base tanto la normativa ecuatoriana como la doctrina, se presentan tres casos que ilustran la perspectiva de la aplicación del principio. El análisis del procedimiento empleado por la Corte Constitucional, es importante para efectuar inferencias sobre la aplicación en

la práctica de la justicia constitucional ecuatoriana, del principio de proporcionalidad.

### **2.3 ¿CUÁL ES EL CRITERIO QUE DEBE APLICAR LA O EL JUZGADOR PARA PUNIR UNA CONDUCTA?**

Desde el año 2008, más específicamente desde la Constitución de ese año, los asambleístas en búsqueda de la anhelada uniformidad de criterios, insertaron un artículo constitucional que generó el cambio de un control mixto a un control concentrado de constitucionalidad, siendo el sistema de control mixto duramente criticado por existir inconsistencias y contradicciones. Con el cambio se pretendió eliminar el control difuso de los jueces. El texto constitucional, artículo 428 quedó con el siguiente contenido:

“Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Sin embargo, tal como lo manifiesta la tratadista Claudia Escobar, este modelo de modificar criterios no fue lo más óptimo, puesto que trajo consigo más problemas y sin poder resolver los anteriores, indica pues:

“Por un lado, la suspensión del proceso puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva; esperar al pronunciamiento de la Corte puede convertirse en un verdadero obstáculo para que las autoridades judiciales resuelvan los problemas sometidos a su conocimiento. Por otro lado, este nuevo diseño elimina totalmente el control difuso de constitucionalidad, cuya necesidad es imperante en los complejos sistemas jurídicos contemporáneos; si bien es cierto que la Corte Constitucional es el órgano

de cierre en materia constitucional, también es cierto que la propia supremacía de la Carta Política exige su protección por todo el sistema judicial y no solo por la Corte” (Escobar, 2008).

A partir de los textos -constitucional y legales- transcritos, es dable inferir que existe un modelo de concentración del poder decisorio de constitucionalidad en la práctica, pues si bien es cierto la Constitución debe ser de inmediata y directa aplicación, las normas de constitucionalidad cuestionada pero vigentes, deben esperar para su inaplicación el criterio del máximo órgano de control constitucional, a partir ello de una cuestionable relación entre declaratoria de constitucionalidad y la posibilidad de negar la utilización de la norma vigente que luce contraria a los preceptos constitucionales.

Pese a los textos transcritos, hay autores que sostienen que no hay modelo concentrado de constitucionalidad, en concordancia con la línea de pensamiento de Ávila, para quien: “(...) en el Ecuador existe un modelo mixto de control constitucional. Por un lado, control concentrado, pues el máximo juzgador constitucional interpreta, con carácter generalmente obligatorio, la constitucionalidad de una ley y en los casos en los que los jueces duden sobre su aplicación; y por otro lado control difuso, ya que el juzgador ordinario tiene competencias constitucionales, en el caso concreto, y puede no aplicar una ley que considere inválida” (2008). El debate sigue abierto.

## **2.4 ANÁLISIS CASUÍSTICO**

### **2.4.1 LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ¿EXISTEN PERFILES DEFINIDOS PARA SU APLICACIÓN?**

Como se ha señalado previamente, en el ámbito del control constitucional quien es el precursor de este principio es El tribunal Constitucional Alemán lineamiento que ha sido acogida la Corte Constitucional del Ecuador, a partir del 2008.

Es conveniente señalar que, de acuerdo al análisis de López, “la Corte Constitucional ecuatoriana, ha abordado de forma poco precisa el tema de la relación existente entre el principio de proporcionalidad y el método de la ponderación” (Lopez, 2017)

Como lo señala la sentencia 048-13-SIN-CC (2013): “(...) aun cuando el órgano jurisdiccional indicó que su utilización e invocación no necesariamente implica que estos conceptos puedan analizarse de manera desarticulada, de manera poco consistente”, indicó también que, “como métodos de interpretación, ambos constituyen instrumentos puestos a disposición de la jueza o juez constitucional para dilucidar el contenido de la norma fundamental”.

Es decir, para el autor “la Corte jamás definió de forma clara el alcance de dicha relación y su vinculación con la teoría de los derechos fundamentales y la interpretación constitucional. A pesar de que la utilización del término proporcional o proporcionalidad aparece cada vez con mayor frecuencia en el ejercicio de la Corte Constitucional, su aplicación en la mayoría de los casos sigue siendo de manera universal y poco uniforme, aunque se debe de destacar que en casos puntuales se pueda evidenciar un criterio más refinado en su uso”. (Lopez, 2017)

Para lograr un entendimiento gradual, apoyada en el análisis del Constitucionalista Sebastián López y otros, y como base en los subprincipios doctrinarios, se procede a la revisión de tres fallos de la Corte Constitucional, que recogen los siguientes puntos de derecho:

## **DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO QUE RESUELVE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL:**

### **1.- SENTENCIA N.º 012-13-SIN-CC**

LEGITIMADO ACTIVO: Ximena Córdova Pozo

LEGITIMADO PASIVO: Alcalde de Isabela (provincia de Galápagos), Procurador General del Estado.

NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS PRESUNTAMENTE:  
Artículo 11 numeral 2, 3, 4 Y 8, artículo 66, numeral 4, artículo 84, 424 Y 425  
de la Constitución de la República.

TEXTO DE LA NORMA OBJETO DE LA ACCIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD:

La Corte Constitucional observa que la accionante enfoca todas sus consideraciones en relación al artículo 8 de la citada Ordenanza. Por lo tanto, realiza el correspondiente control abstracto de constitucionalidad únicamente de dicha disposición legal:

Artículo 8. “ÁREAS RESTRICTIVAS. - No se podrá construir en el área considerada como franja de playa más de un piso, tanto de construcción de vivienda como de infraestructura turística, por obstaculizar la visibilidad de las personas que viven en la parte posterior de los mismos”. Excepto a los residentes permanentes de Isabela podrán construir de dos plantas.

**ARGUMENTACION:**

Sostiene que “la norma hace una diferenciación con los residentes permanentes de Galápagos, ya que no son considerados como residentes de Isabela, por lo que se siente directamente afectada. Se alega que la citada ordenanza vulnera el principio constitucional de igualdad y discriminación de quienes no son residentes de Isabela”. (**SENTENCIA N.º 012-13-SIN-CC, 2013**)

**PRETENSIÓN JURÍDICA:** Que se declare “la inconstitucionalidad de las normas contenidas en la Ordenanza que Regula las Actividades Productivas de Inversiones de Infraestructura Turística y Ambiental del cantón Isabela” por considerar que vulnera los principios de igualdad, al discriminar a quienes no son residentes de Isabela”. (**SENTENCIA N.º 012-13-SIN-CC, 2013**)

**DECISIÓN RESUMEN:** Se acepta parcialmente

**DECISIÓN:** 1. «Declarar que la frase “de Isabela”, contenida en la parte final del primer inciso del artículo 8 de la ordenanza que regula las actividades productivas, de inversiones, de infraestructura turística y habitacional en el

Cantón Isabela, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 346 del 27 de mayo de 2008, es incompatible con el principio de igualdad contenido en el artículo 11 numeral 2 y artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República: Por tanto, toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad, debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad».

**APLICATIVO DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD: No**

Es válido resaltar que la Corte enmarcada en el 'principio de igualdad', señala que toda diferencia que esté basada en dimensión subjetiva, debe ser sometida a un «riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad». Sin embargo, solo fue una enunciación, pero no estructuró el test de proporcionalidad y razonabilidad.

**2.- SENTENCIA N.º 006-14-SIN-CC**

LEGITIMADO ACTIVO: Beatriz Garcés Alban – Alma Chiriboga Ron,

LEGITIMADO PASIVO: Fernando Cordero, Diego García, Alexis Mera.

NORMAS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VULNERADAS:

Principio de Igualdad y Derecho al Trabajo

TEXTO DE LA NORMA OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD:

**Artículo 3.-** “Los médicos oftalmólogos en ejercicio activo no podrán ser dueños accionistas o socios y tener participación económica alguna en almacén de óptica” (Ley de Ejercicio Profesional de Óptica y Optometría, en adelante LEPOO, 1979)

**Artículo 5.-** “Se denomina centros de optometría, los establecimientos dedicados exclusivamente a la corrección de los vicios de refracción y adaptación de lentes correctores y de contacto, prótesis oculares, y que son manejados por un optometrista” (Reglamento para el Ejercicio de la Optometría y Funcionamiento de Centros de Optometría y Talleres de Óptica -en adelante REOFCOTO-, 1993)

**Artículo 6.-** “Se denomina almacenes de óptica, a los establecimientos técnicos dedicados al expendio de lentes correctores para anteojos, de acuerdo a la prescripción del médico oftalmólogo, o a la fórmula del optometrista y debe ser regido por un óptico” (Reglamento para el Ejercicio de la Optometría y Funcionamiento de Centros de Optometría y Talleres de Óptica -en adelante REOFCOTO-, 1993).

**ARGUMENTACION:**

Dentro de ella se manifiesta “que el artículo citado por la LEPOO, en concordancia con la norma correspondiente de la RLEPO, prohíbe injustificadamente a los médicos oftalmólogos ser dueños, accionistas o socios, e incluso tener participación económica alguna en un almacén de óptica, limitando arbitrariamente la propiedad, ya que impiden que un médico oftalmólogo pueda ser propietario del mismo” (Sentencia N° 006-14-SIN-CC, 2014)

**PRETENSION JURIDICA:**

Se solicita que “se declare la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 3 de la Ley de Ejercicio Profesional de Óptica y Optometría, así como la inconstitucionalidad parcial de los artículos 6 y 10 del Reglamento para el Ejercicio de la Optometría y Funcionamiento de Centros de Optometría y Talleres de Óptica” (Sentencia N° 006-14-SIN-CC, 2014)

**DECISIÓN RESUMEN:** Se acepta parcialmente

**APLICATIVO DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD:** No

Al analizar la sentencia mencionada, se puede observar que existe una enunciación de forma general del principio en la argumentación de la Corte, sin existir el mecanismo estricto del principio con todos los subprincipios que lo integran,

**OTRAS SENTENCIAS SIN APLICAR EL TEST DE PROPORCIONALIDAD:**

Como bien lo manifiesta López, En la sentencia 005-15-SIN-CC, existen algunas referencias generales sobre la ‘razonabilidad’ y la ‘proporcionalidad’.

Sin embargo, al principio de proporcionalidad se lo vincula al juicio de igualdad.

Indica que: “Lo cierto es que, a pesar de existir una relación entre los principios para poder juzgar tratamientos tachados de discriminatorios, en la jurisprudencia constitucional no ha quedado del todo claro el sentido y alcance de cada uno de los principios cuando los mismos son puestos en relación, lo cual ha contribuido a la dispersión y la imprecisión de la Corte en el momento de fundamentar sus fallos ligadas al principio de igualdad”. (López, 2020)

Otro caso interesante fue la sentencia 003-14-SIN-CC que tomó como referencia la 048-13-SCN-CC, acerca de una consulta de norma jurídica (“Ley Reformatoria al Título V, libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Tabla de pensiones alimenticias mínima”), en la cual la Corte enfatizó el carácter relacional del principio de proporcionalidad. Al respecto, la Corte afirmó: «...Tomando en cuenta los criterios señalados, con el objeto de realizar el test que propone el principio de proporcionalidad, esta Corte deberá someter a la medida analizada al examen sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto...» (Sentencia 048-13-SCN-CC, 2013).

La Corte, en la Sentencia N. 0028-13-IN (2013), menciona y de cierta forma estructura el test de proporcionalidad haciendo una referencia a los subprincipios que enmarcan este principio incluso con una referencia a la intensidad de la intervención en relación con el grado de satisfacción del derecho.

Sin embargo, se puede observar que este desarrollo doctrinal, no fue hecho en su totalidad en todas las normas que eran objeto de impugnación y mas bien la Corte se limitó a decir “que otras normas, lejos de contemplar un límite inconstitucional al derecho a la información, eran proporcionales, sin haber estructurado o desarrollado ningún test que diera soporte a tal conclusión, llevando el ejercicio argumental de la Corte a un juego amplio de discrecionalidad judicial” (Hidalgo, 2020, p.88).

## CONCLUSIONES

Se resaltan algunas de las ideas fuerza a manera de conclusiones, y se precisan las mismas:

- El principio de proporcionalidad nace con la necesidad de establecer bases “axiológicas” de valoración, de manera que empleando el “mandato de optimización” se pueda tener una guía razonable que garantice un equilibrio frente a la colisión de los llamados derechos fundamentales.
- Robert Alexy, considerado el último de los autores paradigmas de este principio neoconstitucional garantista y quien se caracteriza por expresar su pensamiento en fuerte pugna con algunos autores positivistas jurídicos, señala que, en un punto determinado, al invocar subprincipios (en el que se incluye el de ponderación en stricto sensu) podría desbaratar la estructura de la norma escrita en una ley positiva.
- Existe una fuerte corriente, en la actualidad, que ubica al principio de proporcionalidad como una suerte de derecho a que, ante la colisión de derechos, se privilegie en atención a un daño menor y protección del bien de mayor valor. Es por ello que como técnica de interpretación se le concibe por fuera del principio y por ende, como orden en atención a fines (utilidad en el ámbito del ser) y no en el ámbito deontológico (del deber ser).
- Las críticas al test de ponderación y al principio de proporcionalidad, tanto provenientes de Europa como de América del Norte, tienen su acento principal en la inexistencia de andamiaje jurídico interno para su aplicación, siendo reconocible una lógica de fundamentación desde el ámbito de los valores (filosófica) un tanto subjetiva y externa al contenido y límites del principio de referencia.
- No existe, para el Ecuador, precedente en casos que lleve a una concepción uniforme sobre su utilización con base técnica -esto es, como herramienta de interpretación- ni tampoco bases suficientes como para sostener que hay precedentes suficientes para dotar de

contenido y límites obligatorios en la concepción del principio de proporcionalidad; esto es, hay incertidumbre que va en contra de la seguridad jurídica.

- En el Ecuador se ha desarrollado el principio de proporcionalidad a base de los paradigmas europeos y las consideraciones de organismos internacionales en materia de derechos humanos y su respeto, confundándose con otros principios como el de igualdad.
- En otros casos, como en las sentencias de la Corte 005-14-SIN-CC (2014) y 009-15-SIN-CC (2015), al momento de analizar la corte el tema de discusión, si bien aplica el principio de igualdad haciendo referencia al principio de proporcionalidad, no así lo demuestra teniendo los mismos parámetros de análisis, en otros dictámenes. Es decir, para algunos casos la corte hace una referencia expresa a la proporcionalidad en el marco de la igualdad, pero en otros no.
- Entonces, al momento de realizar la interpretación invocando el criterio interpretativo del principio de proporcionalidad nos encontramos ante un escenario jurídico confuso, con dictámenes que si bien lo anuncian no lo aplican o si lo aplican lo hacen de manera inapropiada, que conlleva a un direccionamiento un tanto subjetivo y no objetivo.
- Ante esto, es indispensable se dé una profunda interpretación a este principio, ya que se trata de una doctrina dura, por lo que su trato de forma somera y ligera, podría resultar al final en un descontento en términos jurídicos.
- Así, “la comparación entre los asuntos en los que se emplea los argumentos para su aplicación y aquellos en los que se evade, exhiben un empleo selectivo de este canon de constitucionalidad y la necesidad de consolidar una institucionalización más depurada del principio” Mogrovejo, Erazo, Pozo y Narváez (2019).

## SUGERENCIAS

Se hace necesaria la elaboración de un mecanismo más depurado para aplicación del principio, y que sea capaz de conectar con las diversas variables científicas existentes. Es deseable exista mayor exigencia para un uso mucho más depurado y técnico del principio, de manera que se pueda convertir en un canon de legitimidad que dote de racionalidad y previsibilidad a las decisiones que adopta la Corte Constitucional, sin cerrar lo anterior el debate sobre la subjetividad de potencial presencia.

Si bien, la Corte Constitucional del Ecuador trata de cumplir a cabalidad su función de interpretar y aplicar de mejor manera los principios doctrinarios se hace necesaria su aplicación, con una sistematización real y definida del 'test de aplicabilidad', tomando en cuenta tanto los criterios de razonabilidad como un correcto sometimiento del juez al Derecho.

Esto es, y, en síntesis, se requiere que en el Ecuador el debate académico sobre el principio de proporcionalidad y el test de ponderación vaya más allá de la reproducción acrítica del pensamiento de Alexy, o de los autores nacionales, sino que haya un planteamiento propio sobre las posibilidades de que el principio de ponderación se resguarde lo más posible del riesgo de permanecer como enunciado cargado de subjetividad y en un ambiente de incertidumbre.

Se requiere el trabajo arduo y denodado en torno al contenido, límite y precedentes del principio, garantizando que los jueces ordinarios, en función de revisores de constitucionalidad en la práctica, no tengan que verse impedidos por la competencia de la Corte Constitucional, en el ejercicio de la actividad de tutelar derechos y ser revisores directos del cumplimiento del derecho constitucionalmente garantizado; para lo que se requiere trabajar en la concepción del principio como un derecho cautelar, hacia la seguridad jurídica, y hacia la legitimidad democrática.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguado, T. (1999). El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal. En T. Aguado, *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal* (págs. 79,80). Madrid: EDERSA.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Angulo, M. Á. (2020). La prisión preventiva y su uso proporcional y racional en el Ecuador, bajo estándares del Sistema Interamericano de DDHH. (pp.169 -269). En Universidad Central del Ecuador e Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial N 449 del 20 de octubre del 2008).
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial No.52 de 22 de octubre de 2009.
- Atienza, M. (1987). *Para una razonable definicion de razonable*. Madrid: Doxid.
- Avila, R. (2008). El principio de Legalidad vs. el principio de Proporcionalidad. En *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretacion Constitucional* (pág. 333). Quito: Carbonell, Miguel.
- Baquerizo, J. Z. (1986). *La Pena Tomo I*. Guayaquil: EQ. Editorial.
- Barnes, J. (20 de julio de 1998). *El principio de Proporcionalidad*. Obtenido de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=194676>
- Bernal, C. (2014). *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogota: Editorial Nomos Ltda.
- Carbonell, M. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretacion Constitucional*. Quito: V & M.
- Cárdenas, J. (21 de julio de 2020). *Sciencie Direct*. Obtenido de Sciencie Direct:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863314705010#sec0020>

Castillo, L. (23 de 08 de 2020). *Repositorio Universidad de Piura*. Obtenido de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2136/Principio\\_de\\_proporcionalidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2136/Principio_de_proporcionalidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Castineira, M., & Ragués, R. (2008). Three Strikes: El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EEUU. En *El principio de proporcionalidad y la intervención constitucional* (pág. 200). Quito: Carbonell, Miguel.

Chávez, J. (diciembre de 2010). *Repositorio Universidad Andina, Sede Ecuador*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/>

Clerico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.

Corte Constitucional Ecuatoriana, 048-13-SIN-CC (Corte Constitucional Ecuatoriana 04 de septiembre de 2013).

Cusi, J. (21 de julio de 2020). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/principio-de-proporcionalidad-desde-la-perspectiva-boliviana-y-ecuatoriana>

Demetrio Crespo, E., & Maroto Calatuyud, M. (2013). Compatibilismo humanista en Neurociencias y Derecho Penal. (pp.17-42). Madrid: B de F.

Egas, J. Z. (2010). *Derecho Constitucional. Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: Edilex S.A.

Escobar, C. (2008). *Del Tribunal a la Corte. Transito hacia una nueva justicia Constitucional?* Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ferrajoli, L. (2007). *Derecho y Razon. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.

- Función Ejecutiva del Ecuador. (2002). *Estatuto de Regimen Juridico, Administrativo*. Quito: Registro Oficial.
- Gavilanez, M. (21 de julio de 2020). *Universidad de San Francisco de Quto*. Obtenido de Universidad de San Francisco de Quto: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/3037/1/109529.pdf>
- Hidalgo, S. L. (23 de julio de 2020). *Estudios de Deusto*. Obtenido de Estudios de Deusto: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1319/1596#footnote-014-backlink>
- Ibañez, A. (22 de julio de 2020). *Repositorio Juridico de la UNAM*. Obtenido de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11110?show=full>
- Kant, I. (1999). *Idea de una historia universal con proposito cosmopolita*. Barcelona: Alba.
- Lopera, G. (19 de julio de 2020). *Los Derechos Fundamentales como Mandatos de Optimizacion*. Obtenido de [file:///C:/Users/usuario/Downloads/los-derechos-fundamentales-como-mandatos-de-optimizacin-0%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/los-derechos-fundamentales-como-mandatos-de-optimizacin-0%20(1).pdf)
- López Hidalgo, P. (2017). *El Principio de Proporcionalidad como canon de constitucionalidad: Una aproximación al caso ecuatoriano*. Obtenido de Estudios de Deusto: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp185-217](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp185-217)
- López Hidalgo, P. (2017). Legitimidad democrática e interpretación de la Constitución: Proyección a la tarea interpretativa de la Corte Constitucional del Ecuador. En *Tesis (Doctorado en Derecho)* (pág. 380). Quito: Universidad Andina del Ecuador. Sede Ecuador. Área de Derecho.
- Martinez, V. (19 de julio de 2020). *Alcance y límites del principio de proporcionalidad*. Obtenido de

[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372016000100012#n05](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000100012#n05)

Ministerio de Justicia, D. H. (2014). *CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL*. Quito: Ediciones Legales.

Mogrovejo, E. P. (17 de diciembre de 2019). Obtenido de Researchgate Ecuador:

[https://www.researchgate.net/publication/339005452\\_Aplicacion\\_del\\_Principio\\_de\\_proporcionalidad\\_en\\_la\\_Jurisprudencia\\_de\\_la\\_Corte\\_Constitucional\\_del\\_Ecuador](https://www.researchgate.net/publication/339005452_Aplicacion_del_Principio_de_proporcionalidad_en_la_Jurisprudencia_de_la_Corte_Constitucional_del_Ecuador)

Portocarrero, J. (2016). *¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales*. Obtenido de Vox Juris No. 31: Recuperado el 22 de agosto de 2020, de: [Dialnet-PeligrosDeLaPonderacionLaRacionalidadDeLaPonderacion5595585%20\(1\).pdf](#)

Prieto, L. (2007). *El Constitucionalismo de los Derechos*. Madrid: Trotta.

Quintana , E. (25 de abril de 2015). *Incertidumbre actual del Derecho y Seguridad Jurídica ANCMYP*. Obtenido de ANCMYP: Recuperado el 22 de agosto de 2020, de [www.ancmyp.org.ar/user/3-%20Quintana.pdf](http://www.ancmyp.org.ar/user/3-%20Quintana.pdf)

Recalde, G. (2013). Principios de Proporcionalidad. *Revista Actualidad Jurídica*, 10.

Riofrio, J. (2016). Alcance y Limites del Principio de Proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho Scielo*, 2.

Roman, E. (18 de julio de 2020). *DerechoEcuador.com*. Recuperado de DerechoEcuador.com: <https://www.derechoecuador.com/aplicacion-del-principio-de-proporcionalidad>

Sentencia, 048-13-SCN-CC (Corte Constitucional 04 de septiembre de 2013).

Sentencia, 005-14-SIN-CC (Corte Constitucional 24 de septiembre de 2014).

Sentencia, 009-15-SIN-CC (Corte Constitucional 31 de marzo de 2015).



**Presidencia  
de la República  
del Ecuador**



**Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes**



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

## **DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN**

Yo, **Rosales Ramírez, Katherine Dora**, con C.C: # 0914601810 autor/a del trabajo de titulación: **El Principio de Proporcionalidad y su aplicación en el juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de sentencias**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

**Guayaquil, 28 de agosto de 2020**

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

Nombre: **Rosales Ramírez, Katherine Dora**

C.C: 0914601810



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



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

## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

<b>TEMA Y SUBTEMA:</b>	El Principio de Proporcionalidad y su aplicación en el juzgamiento constitucional del Ecuador. Análisis de sentencias.		
<b>AUTOR(ES)</b>	Katherine Dora, Rosales Ramírez		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	Mónica Rosa Irene, Palencia Núñez		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	Jurisprudencia y ciencias sociales y políticas		
<b>CARRERA:</b>	Derecho		
<b>TITULO OBTENIDO:</b>	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	28 de agosto de 2020	No. PÁGINAS:	DE 27
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho constitucional, civil		
<b>PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:</b>	Proporcionalidad, principios del derecho, vulneración de derechos,		
<b>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):</b>	<p>El principio de proporcionalidad constituye un concepto basado en la necesidad que percibe la doctrina constitucional de que exista racionalidad en las intervenciones del poder público, en el ámbito de la esfera de los derechos, inclusive, en su no satisfacción, por limitaciones legítimamente autorizadas. Su influencia tiene un impacto importante en el proceso de toma de decisiones; en la aplicación de justicia. Es además polisémico, destacando en él un enfoque como axioma y otro como técnica de interpretación, principalmente. El presente estudio, tiene el carácter de exploratorio y da cuenta de lo encontrado tanto en la aplicación como en la ausencia, en el Ecuador. Como señala Carbonell “el principio de proporcionalidad constituye un maximizador de los derechos fundamentales del ser humano en coherencia con las posibilidades fácticas y jurídicas. Es un mandato de optimización” (2008, p.1). En este estudio, se evidencian las faltas o ausencias de su consideración, marcándose asimismo la incoherencia entre variables que han sido utilizadas en los casos estudiados en el ámbito de la justicia en el Ecuador, para la determinación de una pena o sanción. Esto es, el lector o lectora, encontrará la descripción de hechos, así como la reflexión sobre los mismos en torno al llamado “principio de proporcionalidad”, resaltando sus diversos usos. A base de lo explorado se podrá concluir la no existencia de una separación en las posibilidades de su utilización, pues como técnica, sin duda, soporta rigor a base de actuar como principio/axioma. Lo anterior producto de la revisión exhaustiva efectuada en el Ecuador y de la búsqueda de las bases doctrinarias para inferencias, dadas por el desarrollo histórico del contenido y límites de tal principio: el mismo que, bajo fórmula neoconstitucionalista y por ende garantista, implica como subprincipio a la llamada técnica de ponderación.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTORES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593991195605	<b>E-mail:</b> katherine.rosado@cu.ucsg.edu.ec	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>	<b>Nombre:</b> Reynoso Guate, Maritza Ginette		
	<b>Teléfono:</b> +593-4-994602771		
	<b>E-mail:</b> maritzareynosodewright@gmail.com		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			