



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**La limitación al derecho constitucional a desarrollar actividades económicas:
caso sector bebidas alcohólicas en el Ecuador.**

AUTOR:

Guano Monteros, Alexander Gino

**Examen Complexivo Teórico, para la obtención del grado de Magíster en
Derecho Constitucional**

TUTOR:

María Helena Carbonell, Ph.D

Guayaquil, Ecuador

11 noviembre 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Abogado Alexander Gino Guano Monteros**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magíster en Derecho Constitucional**

DIRECTORA DEL EXAMEN COMPLEXIVO

Ab. María Helena Carbonell Yánez, Ph.D

REVISOR(ES)

Ab. Marco Antonio Elizalde Jalil, Ph. D

María Verónica Peña Seminario, Ph. D

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Miguel Hernández, Mgtr.

Guayaquil, a los 11 del mes de noviembre del año 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo,

DECLARO QUE:

El Examen Complexivo Teórico: La limitación al derecho constitucional a desarrollar actividades económicas: caso sector bebidas alcohólicas en el Ecuador, previa a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional**, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas en formato APA 7, cuyas fuentes se incorporan en el título de referencias. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 11 del mes de noviembre del año 2021

EL AUTOR

Alexander Gino Guano Monteros



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORIZACIÓN

Yo,

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del **Examen Complexivo Teórico, para la obtención del grado de Magíster en Derecho Constitucional** titulado: **La limitación al derecho constitucional a desarrollar actividades económicas: caso sector bebidas alcohólicas en el Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 11 del mes de noviembre del año 2021

EL AUTOR:

Alexander Gino Guano Monteros

Informe URKUND

URKUND

Documento: [TESIS AB GUANO 2DAREVISIÓN URKUND.doc \(D118240707\)](#)

Presentado: 2021-11-11 10:06 (-05:00)

Presentado por: viviana.betty@yahoo.com

Recibido: miguel.hernandez.ucsg@analysis.urkund.com

Mensaje: TESIS AB GUANO (2DA REVISIÓN URKUND) [Mostrar el mensaje completo](#)

4% de estas 35 páginas, se componen de texto presente en 11 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	https://www.researchgate.net/publication/339005452_Aplicacion_del_Principio_de_eroportionalidad...
	DR. VIDAL ROSERO.docx
	https://repositorio.uiide.edu.ec/bitstream/37000/45383/1/T-UIDE-0139.pdf
	http://www.dsace.uce.edu.ec/bitstream/25000/9587/1/T-UCE-0013-Ab-S3.pdf

54% # 1 Activo

Archivo de registro Urkund: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / ULTIMO TRABAJO DE TITULACION... 54%

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Abogado, Alexander Gino Guano Monteros, como requerimiento parcial para la obtención del

Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional

DIRECTORA DEL EXAMEN COMPLEXIVO

Dra. María Helena Carbonell

REVISOR(ES)

FORMULARIO S...doc Examen comple...docx Examen comple...docx Mostrar todos

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil por permitirme cumplir un objetivo académico a través de su programa de maestría en Derecho Constitucional. Al Dr. Miguel Hernández, Director de la maestría por su acertada dirección. A todos los docentes y compañeros que aportaron con mi desarrollo profesional compartiendo sus conocimientos y experiencias; especialmente, a la Dra. María Helena Carbonell, Directora del presente examen complejo por su importante guía y apoyo.

DEDICATORIA

A mi querida abuelita Emma Burgos Coba, quien falleció durante la ejecución de la presente maestría en la ciudad de Quito; gracias a su cariño, cuidados y apoyo incondicional que también aportaron significativamente a ser quien soy.

Alexander Guano Monteros

Índice

1	INTRODUCCIÓN	2
1.1	Planteamiento del problema.....	3
1.1.1	Antecedentes	3
1.1.2	Definición del problema.....	4
1.1.3	Justificación	4
1.1.4	Preguntas de la investigación	4
1.1.5	Objetivo General	5
1.1.6	Objetivos específicos	5
2	DESARROLLO	5
2.1	Fundamentación teórica conceptual.....	5
2.1.1	Conflicto entre derechos constitucionales.....	5
2.1.2	Limitación del ejercicio de un derecho constitucional.....	7
2.1.3	Test de proporcionalidad.....	10
2.1.3.1	Fin constitucionalmente válido	11
2.1.3.2	Idoneidad.....	15
2.1.3.3	Necesidad.....	18
2.1.3.4	Proporcionalidad en estricto sentido	23
2.2	Ordenamiento Jurídico.....	27
2.2.1	Derechos del sector de bebidas alcohólicas vs protección de bienes jurídicos (consumidores).....	27
2.2.2	Obligaciones y responsabilidades del sector de bebidas alcohólicas	31
2.3	Análisis aplicando el test de proporcionalidad al caso concreto.....	38
2.3.1	Fin constitucionalmente válido	39
2.3.2	Idoneidad.....	41
2.3.3	Necesidad.....	42
2.3.4	Proporcionalidad en estricto sentido	43
2.4	Marco Metodológico.....	44
2.4.1	Tipo de investigación	44
2.4.2	Muestra	44
2.4.3	Procedimiento	46
2.4.4	Construcción del instrumento de recolección de datos	46

2.4.4.1	Hipótesis	46
2.4.4.2	Variables	46
2.4.4.3	Definición conceptual	46
2.4.4.4	Técnica de análisis documental – instrumento guía de observación.....	47
3	CONCLUSIONES	50
4	RECOMENDACIONES	52
5	REFERENCIAS.....	53

Resumen

El sector de las bebidas alcohólicas ampara su accionar en el derecho a desarrollar actividades económicas descrito a nivel constitucional; sin embargo, su conflicto con otros derechos constitucionales deriva en una limitación a su ejercicio. El objetivo general de esta investigación es analizar como el Estado limita al derecho a desarrollar actividades económicas para el sector; examinando el concepto de la limitación o restricción al ejercicio de un derecho constitucional; revisando las limitaciones dentro del ordenamiento jurídico nacional aplicable al sector; finalmente, se aplica el principio de proporcionalidad al derecho a desarrollar actividades económicas dentro del sector. Se define esta investigación científica con un enfoque cualitativo, pura, descriptiva, transversal y macro social, cuyo procedimiento consiste en examinar el concepto del test de proporcionalidad definiendo sus elementos, construyendo el marco teórico; luego, la identificación y análisis de los cuerpos legales que regulan las limitaciones al derecho a ejercer actividades económicas al sector. Por último, la aplicación de las categorías desarrolladas en el marco teórico a la situación normativa del sector. Concluyéndose que la limitación al derecho a desarrollar actividades económicas del sector de bebidas alcohólicas no es arbitraria ya que tiene un fin constitucionalmente válido, es idónea, es necesaria y es proporcional en estricto sentido para precautelar el derecho a salud de los habitantes de la nación.

Palabras clave: bebidas alcohólicas, salud, actividades económicas, limitación, principio proporcionalidad.

Abstract

The alcoholic beverage sector protects its actions in the right to develop economic activities described at the constitutional level; however, its conflict with other constitutional rights derives in a limitation to its exercise. The general objective of this research is to analyze how the State limits the right to develop economic activities for the sector; examining the concept of limitation or restriction to the exercise of a constitutional right; reviewing the limitations within the national legal system applicable to the sector; finally, the principle of proportionality is applied to the right to develop economic activities within the sector. This scientific research is defined with a qualitative, pure, descriptive, transversal and macro social approach, whose procedure consists of examining the concept of the proportionality test by defining its elements, building the theoretical framework; then, the identification and analysis of the legal bodies that regulate the limitations to the right to exercise economic activities in the sector. Finally, the application of the categories developed in the theoretical framework to the regulatory situation of the sector. It was concluded that the limitation to the right to develop economic activities in the alcoholic beverages sector is not arbitrary since it has a constitutionally valid purpose, it is suitable, necessary, and strictly proportional to protect the right to health of the nation's inhabitants.

Key words: alcoholic beverages, health, economic activities, limitation, proportionality principle.

1 INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 15, establece el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 51) Amparado en este mandato, el sector de las bebidas alcohólicas se ha constituido legalmente como un importante rubro en la economía ecuatoriana, cuya cadena de valor está integrada por productores, comercializadores, importadores y exportadores. Cabe mencionar que el sector, en el 2019, sumaba 163 empresas a nivel nacional. Adicionalmente, registró un total de USD\$ 1.362.511.037 en ventas, según datos del laboratorio empresarial del INEC 2019. (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2021)

Sin embargo, el normal desarrollo de su actividad económica afronta varias limitaciones a nivel constitucional e infra constitucional. En virtud de lo expuesto, es necesario preguntarse, si es justificada la limitación del Estado ecuatoriano al ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas dentro del sector de bebidas alcohólicas, aplicando el test de proporcionalidad y sus elementos. El esclarecimiento de estos parámetros otorgará luces para el entendimiento del por qué se encuentra limitado el derecho a desarrollar actividades económicas, cuál es el bien jurídico que protege la limitación y su consecuente armonización con el ordenamiento jurídico nacional.

En el presente examen complejo caso de estudio teórico, dentro del marco teórico se examina el concepto de conflicto entre derechos, la limitación o restricción al ejercicio de un derecho constitucional otorgado por algunos autores y jurisprudencia relevantes. Por otro lado, se revisan las limitaciones dentro del ordenamiento jurídico nacional aplicable al desarrollo de actividades económicas del sector de las bebidas alcohólicas. Finalmente, se aplica el principio de proporcionalidad al derecho a desarrollar actividades económicas dentro del sector de

bebidas alcohólicas en el país, evaluando los elementos que la componen descritos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Como marco metodológico se define que esta es una investigación científica con un enfoque *cualitativo* para el abordaje del problema debido a que desarrollará el análisis de la limitación del derecho a ejercer actividades económicas para el sector de las bebidas alcohólicas dentro del ordenamiento jurídico nacional. De acuerdo con la finalidad, corresponde a un estudio *puro* ya que la intención del investigador es aportar al conocimiento del Derecho Constitucional. Acorde con el nivel de profundidad se ejecutará una investigación *descriptiva* porque realizará un análisis documental de la normativa, de la doctrina y de la jurisprudencial relevante, sobre todo aquello que guarda relación, a la limitación del derecho a ejercer actividades económicas dentro del sector de las bebidas alcohólicas en el Ecuador. Considerando la temporalidad este estudio será de tipo *transversal* porque los datos serán tomados en un solo momento del tiempo, analizando la limitación normativa actual del sector. Finalmente, la investigación corresponde a una escala *macro social* ya que se estará trabajando con una problemática que afecta a nivel nacional a todos los operadores del sector de las bebidas alcohólicas.

1.1 Planteamiento del problema

1.1.1 Antecedentes

La (Constitución de la República del Ecuador), artículo 11 (6), establece que todos los derechos son de igual jerarquía. Sin embargo, existen derechos constitucionales que limitan el ejercicio de otros derechos garantizados dentro del cuerpo constitucional. Por ejemplo, dentro de los derechos de libertad, en el artículo 66 (15), se contempla el derecho a desarrollar actividades económicas, como las ejercidas por el sector de las bebidas alcohólicas cuya titularidad la posee los operadores económicos del sector, pero su desenvolvimiento dentro del mercado nacional se encuentra limitado o restringido constitucionalmente por otros derechos, específicamente los referentes a la salud, cuya titularidad la poseen los consumidores del sector, con quienes el Estado tiene la obligación de garantizar el citado derecho. Así también, posee limitaciones derivadas de los mandatos constitucionales en el

ordenamiento jurídico inferior. En virtud de lo cual, se analizará la limitación al derecho citado aplicando el test de proporcionalidad, se evaluarán sus elementos y se verificará si su limitación es justificada o no, contrastando su armonización con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico nacional.

1.1.2 Definición del problema

La limitación al ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas que posee el sector de las bebidas alcohólicas en el Ecuador es arbitraria o no.

1.1.3 Justificación

Este examen complejo teórico revisará el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en lo relativo a la elaboración y comercialización de bebidas alcohólicas, sector de la economía que, comparado al desarrollo de otras actividades comerciales, posee varias limitaciones a nivel normativo que ha condicionado su funcionamiento, permanencia y sostenibilidad en el mercado nacional. Las limitaciones (justificadas o no) al normal desenvolvimiento a la mencionada actividad económica, desalienta el ingreso de nuevos operadores económicos al sector de las bebidas alcohólicas, lo que incide en la formación de monopolios y oligopolios privados dentro del sector, particular que está prohibido por la Constitución de la República y la normativa inferior pertinente. Por otro lado, es necesario establecer que, pese a las restricciones o limitaciones al sector, este se constituye con relativa importancia tanto económica como socialmente a nivel global. Sin embargo, poco o nada se ha analizado sobre las limitaciones de los derechos del sector en el ámbito constitucional o dentro del ordenamiento jurídico inferior nacional, de ahí radica la importancia de ejecutar un análisis sobre la limitación de los derechos del sector; así como, su relación o conflicto con otros derechos y su posible afectación a otros bienes jurídicos protegidos.

1.1.4 Preguntas de la investigación

El investigador se cuestiona si existe un conflicto entre el derecho constitucional a desarrollar actividades económicas para el sector de las bebidas alcohólicas a nivel

nacional, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; y, el derecho constitucional a la salud en el Ecuador. La investigación se plantea develar, si esta limitación es justificada a la luz de los parámetros doctrinarios y jurisprudenciales citados; así como, revisar el alcance de estas limitaciones dentro del ordenamiento jurídico nacional. Finalmente, el investigador aplicará el test de proporcionalidad en los parámetros dispuestos por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para evaluar los elementos que lo componen y determinar la legitimidad de la limitación.

1.1.5 Objetivo General

El objetivo general de esta investigación es analizar como el Estado limita al derecho a desarrollar actividades económicas para el sector de bebidas alcohólicas en el Ecuador.

1.1.6 Objetivos específicos

Para alcanzar este objetivo general, se plantean tres objetivos específicos. El primero de ellos consiste en examinar el concepto de la limitación o restricción al ejercicio de un derecho constitucional. Por otro lado, se revisarán las limitaciones dentro del ordenamiento jurídico nacional aplicable al desarrollo de actividades económicas del sector de las bebidas alcohólicas. Finalmente, se aplicará el principio de proporcionalidad al derecho a desarrollar actividades económicas dentro del sector de bebidas alcohólicas en el país.

2 DESARROLLO

2.1 Fundamentación teórica conceptual

2.1.1 Conflicto entre derechos constitucionales

La norma suprema, artículo 11 (6) establece que, todos los derechos son de igual jerarquía; mientras que el artículo 3 (1), determina como obligación primordial del Estado el garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la

educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 23)

No obstante, hay que estatuir que existen varios tipos de derechos dentro de la norma constitucional que pueden agruparse dentro de categorías según su finalidad o bien(es) jurídico(s) protegido(s). En ese sentido, Juan García Amado define las siguientes categorías de derechos constitucionales:

Primeramente, los derechos de libertad, cuyo cometido es evitar o restringir las limitaciones al ejercicio de ciertas libertades u opciones personales por el sujeto; los derechos que impiden el daño o menoscabo de cierto “patrimonio” material o moral de cualquier ciudadano (por ejemplo, el derecho de propiedad); los derechos que comprometen al Estado a no llevar a cabo ciertas acciones contra o en perjuicio de cualquier ciudadano (por ejemplo, a no torturarlo); los derechos que comprometen al Estado a brindarle al ciudadano cierta prestación, a ponerlo en determinada situación o a garantizarle el mantenimiento de un determinado estado de cosas. Así, el derecho a la justicia gratuita, el derecho de defensa (al menos en algunas de sus facetas), el derecho a juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho al debido proceso, en muchos de sus aspectos o dimensiones. (García, 2017, pp. 88-89)

Sin embargo, se destaca que no toda diferenciación constituye discriminación. Se debe entender que la aplicación de determinado precepto legal a sujetos con categorías jurídicas distintas no puede ser considerada a primera vista como un trato discriminatorio. Al respecto, es importante señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han señalado que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, y que la igualdad se considera vulnerada si esta desigualdad se ha producido sin una justificación *objetiva y razonable*. En otras palabras, se genera discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable. (Secretaría Técnica Jurisdiccional Corte Constitucional, 2016, p. 35)

Es imposible imaginar que dentro del articulado constitucional no se produzcan conflictos jurídicos para su interpretación; así como, para comprender al derecho en su esencia, alcance y límite para su ejercicio. Desde esa perspectiva, los jueces, los legisladores y los habitantes de la nación debemos reconocer las distintas dimensiones del derecho, como tal. Los primeros, en su rol de entes generadores de jurisprudencia quienes deberán evaluar si en su *ratio decidendi*, están vulnerando o no otros derechos ajenos al derecho motivo de la controversia. Los legisladores, en su rol, deberán observar la congruencia de las disposiciones reglamentarias con los derechos constitucionales. Finalmente, los habitantes de la nación entendiendo su doble dimensión como sujetos de derechos y obligaciones.

Finalmente, es importante precisar que cuando coexisten derechos de igual jerarquía como en el caso ecuatoriano, es inevitable proceder a su ordenación que es lo que diferencia a los derechos contenidos en un cuerpo legal como la Constitución de otras libertades naturales, o poderes propios sobre nuestra conducta. Hay que mencionar que, si bien dentro de un ordenamiento se reconocen derechos individuales, también se otorgan obligaciones de carácter personal que comulgan a su vez con intereses comunes y por consiguiente con el respeto de los derechos de los demás bienes jurídicos protegidos por la norma. Es decir, el reconocimiento limitado de un derecho está implícito dentro del devenir de una sociedad en donde confluyen varios bienes jurídicos protegidos con un mismo objetivo en común. Por otro lado, el ordenamiento como conjunto integrado de derechos no soporta excepciones injustificadas o desproporcionadas en las facultades que en sí permite. Por tanto, la limitación es inevitable y justificada lo que la vuelve legítima.

2.1.2 Limitación del ejercicio de un derecho constitucional

Para entender lo que la doctrina manifiesta sobre la limitación de derechos es importante revisar lo que el autor español Ignacio Villaverde establece al respecto sobre la limitación de los derechos fundamentales en la Constitución española. Siendo los conflictos entre derechos fundamentales básicamente problemas de delimitación y limitación. Es así, que establece tres tipos de casos: En el primer caso la propia constitución, excluye del objeto de uno de los derechos la conducta que

lesiona el otro derecho, bien o interés en conflicto. En el segundo caso se ejercen los propios límites inherentes del derecho, de forma que no puede ser objeto de protección una conducta que lesiona la existencia de otro derecho. Finalmente, los límites externos al derecho, siempre que el límite cumpla con su fin constitucional. Por tanto, para resolver el aparente conflicto entre derechos primero se deberá delimitar al derecho fundamental y aplicarle sus límites, fijando así el ámbito de su protección. Concluyendo que, la interpretación de la delimitación y limitación no es una ponderación de los valores que encarnan. (Villaverde, 2008, pp. 180-181)

Por otro lado, Juan Solozábal Echavarría desarrolla un poco más el concepto y manifiesta que existe una diferencia entre la limitación y delimitación de los derechos, es decir, la limitación de los derechos fundamentales debe distinguirse también de la delimitación o configuración constitucional. En este caso el alcance del derecho no se desprende, como en los supuestos de la limitación, de exigencias externas, expresas o no, establecidas por la Constitución sino de la propia delimitación del derecho que se refiere a facultades concretas decididas directamente por el constituyente. Esta determinación directa por parte del constituyente no quiere decir, ni que la configuración del derecho se lleve a cabo exclusivamente a partir del precepto constitucional que lo reconoce, pues la delimitación del derecho exige la integración de ese precepto en el conjunto, parcial o total, constitucional, ni que en esa configuración no quepa, una intervención ya no accesoria sino constitutiva del legislador. (Solozábal, 2003, p. 452)

Según lo antedicho, se insinúa que todos los derechos son sujetos de restricciones o limitaciones, en el caso particular la limitación proviene de componentes externos al derecho, es decir, precisamente cuando se produce un conflicto para el ejercicio o aplicación de determinado derecho, respecto de otro, cuya cualidad otorgada constitucionalmente se funda en poseer la misma valía. La limitación sería el proceso y resultado, mediante el cual se busca no afectar o inobservar en la aplicación de un derecho la ejecución de otro. Establecido así, la necesidad de contar con un procedimiento que nos ayude a develar una correcta

limitación es imperativo tener en cuenta lo que el autor Daniel Vázquez construye para la resolución de estos casos:

(...) la aplicación de un *test de restricción de derechos*, observando el concepto de razonabilidad o proporcionalidad que se desarrolló para precisar si una restricción de derecho es razonable o proporcional. Para lo cual, se alude a lo fijado en la sentencia C-720/ 07 de la corte constitucional colombiana, quien especifica que a falta de un mejor instrumento metodológico para evaluar las razones que se aportan para justificar una restricción a los derechos fundamentales, la mayoría de los tribunales constitucionales occidentales han adoptado la metodología que propone el principio de proporcionalidad. El test de restricción tiene como principal objetivo controlar la constitucionalidad de las decisiones de los órganos políticos que pueden comprometer a los derechos humanos. La aplicación de este test de razonabilidad supone un análisis del examen acerca de la afectación a los derechos, a su contenido esencial. Además, con la aplicación del test se busca limitar la discrecionalidad judicial. (Vázquez, 2016, p. 55)

De acuerdo con lo expuesto sobre la limitación o restricción de un derecho constitucionalmente reconocido, se colige que existe un test de restricción de derechos, que contiene varios parámetros a ser evaluados por los órganos competentes del Estado cuya observación coadyuvará a aplicar justificada y motivadamente, la limitación de un derecho que se encuentre en conflicto con otro derecho, de igual jerarquía como en el caso constitucional ecuatoriano. Cabe mencionar, que dentro de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional de Ecuador se observará que la aplicación del test de restricción de derechos ocurre regularmente en los dictámenes de constitucionalidad de estados de excepción; no obstante, también se encuentra desarrollado el concepto dentro de algunas sentencias consideradas de impacto social que evalúan la restricción de derechos aplicando el test de proporcionalidad.

2.1.3 Test de proporcionalidad

El test de razonabilidad o proporcionalidad dentro de la jurisprudencia constitucional española se define en los términos de Encarnación Roca y la María Ahumada de la siguiente manera: el test permite resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia sin necesidad de generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados y, por ende, sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas. Los test mencionados no establecen soluciones estáticas, lo cierto es que las resoluciones en las que se los aplica, con el paso del tiempo, pueden ir construyendo un estándar para su aplicación en casos similares. La aplicación del test permite discernir para el caso concreto sobre los parámetros de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los supuestos posibles de aplicación de la proporcionalidad son tan dispares que hacen imposible dar indicaciones específicas, válidas para todos los casos. La práctica de la aplicación del principio de proporcionalidad ha ayudado a resolver varios casos, no obstante, no provén directrices obligatorias aplicables en todos los casos concretos. (Roca & Ahumada, 2013, pp. 2;14-15)

El autor clásico constitucionalista Robert Alexy menciona que el principio de proporcionalidad contiene subprincipios de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad se refieren a lo pragmático. Buscar alternativas que eviten afectar los derechos fundamentales. En cambio, el principio de proporcionalidad apunta a las posibilidades jurídicas, al cual Alexy consideraba el único principio y/o subprincipio que puede someterse a la ponderación. (Alexy, 2008, p. 15)

En ese mismo sentido, el principio de proporcionalidad comprende el examen de tres aspectos que debe satisfacer la medida legislativa para intervenir lícitamente en el ejercicio de los derechos fundamentales: 1) ser idónea para conseguir un fin constitucionalmente legítimo, por tender naturalmente a ello; 2) ser necesaria por afectar en lo mínimo posible al derecho fundamental en cuestión; y, 3) ser proporcionada en sentido estricto porque cualitativamente el beneficio que obtiene el

fin legislativo promovido por ella es mayor o igual al perjuicio que ocasiona al derecho fundamental. (Sánchez, 2008, p. 226)

Por otro lado, en el Ecuador, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la LOGJCC, artículo 3(2), reconoce como método de interpretación constitucional al 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. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009, p. 3)

Por tanto, el test de razonabilidad o proporcionalidad, o principio de proporcionalidad, en el caso ecuatoriano, se constituye como la herramienta jurídica para resolver el conflicto de limitación aplicable a un derecho constitucional, con relación al ejercicio o desarrollo de otros derechos constitucionales de igual valía y jerarquía. Asimismo, es necesario mencionar que el test de razonabilidad debe contener parámetros mínimos para su evaluación, los cuales coadyuvarán a determinar si la aplicación de la limitación del derecho es razonable y/o proporcional. Los elementos que comúnmente se repiten, tanto en lo descrito por los autores citados como en la normativa ecuatoriana y que deben ser considerados para su análisis, son los siguientes: i) idoneidad o adecuación; ii) necesidad; y, iii) proporcionalidad en estricto sentido. Sin embargo, es importante recalcar en este punto que para los fines del presente estudio se acogerá también un cuarto elemento descrito por la LOGJCC: *el fin constitucionalmente válido*.

2.1.3.1 Fin constitucionalmente válido

El primer componente fundamental del test de proporcionalidad insta a que la restricción debe establecerse en la ley o en la Norma Suprema; tal y como manda el artículo 11 (3): “(...) 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 (...)” (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 27). En ese sentido, el autor Daniel Vázquez expresa que el objetivo de esta condición es evitar imposiciones arbitrarias en la restricción tanto por medio de formulaciones generales como a través de un acto que involucre al órgano más representativo en un régimen democrático: el congreso. Pese a lo anterior, la restricción debe ser lo suficientemente clara y precisa para que el ciudadano pueda regular su conducta. Además, no basta que el acto legislativo cumpla con los elementos formales para constituirse como ley, se debe tratar de una expresión legítima de la voluntad de una nación. (Vázquez, 2016, p. 56)

Adicionalmente, en concordancia con lo anteriormente expuesto, es posible conceptualizar al fin constitucionalmente válido como la llamada reserva de ley, en referencia al mandato constitucional que prevé la intervención normadora exclusiva del legislador. La Constitución es la que habilita a la función legisladora para normar de acuerdo con cada materia, por tanto, su reglamentación específica debe ser concordando con el cuerpo constitucional. Por último, en la actualidad la reserva de ley es considerada como reserva constitucional y su objeto trasciende el campo de los derechos, lo que la diferencia de la reserva originaria es su destinatario y funciona como parámetro de la regularidad constitucional de la ley. (Solozábal, 2003, pp. 463-464)

No obstante, se señala que, al analizar la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se debe suponer que existe una finalidad constitucional. Esto, aparece como un contrasentido, puesto que no se puede partir de la idea de que debemos comparar medios y fines y no comenzar por determinar cuáles son éstos. El análisis del *fin constitucionalmente válido* requiere examinar si el fin y objetivo que persigue la norma es lícito y constitucional. En ese sentido, si la razonabilidad es una exigencia del derecho y también de su función y sus fines, entonces ha de ser menester realizar, en primer lugar, un examen teleológico. Esta evaluación posee notabilidad por cuanto el control de razonabilidad se trata de la comparación y relación entre medios y fines, por lo que parece lógico que estos

últimos mentados deban ser puntualmente analizados y no solamente presupuestos. (Maldonado, 2012/13, p. 159)

Por otro lado, la Corte Constitucional ecuatoriana, dentro de la resolución de un caso de interés público,¹ sobre la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC) ejecutó el examen de proporcionalidad al artículo 18 de la LOC² debido a que este contiene elementos sancionadores. Por tanto, analiza como primer elemento del test: el *fin constitucionalmente válido* del artículo 18(1) de la CRE³ en el contexto de la norma citada. Puntualiza que una medida es constitucionalmente válida, cuando tiene un fin constitucional que debe proteger y que se encuentre contenido en la normativa constitucional. En ese sentido, para el caso concreto establece que es constitucionalmente legítimo incorporar en el ordenamiento jurídico mecanismos a través de los cuales se garantice el ejercicio de dicho derecho, por medio de medidas que exijan a los medios de comunicación adecuar su funcionamiento al referido artículo constitucional. (Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 2014, pp. 99-100)

Asimismo, la Corte Constitucional nacional dentro del análisis de otro caso específico,⁴ establece que el *fin* que protege la determinación de dos pensiones

¹ Acción pública de inconstitucionalidad de ciertos artículos por razones de forma y fondo de la Ley Orgánica de Comunicación. La cual fue negada. Dentro de lo que nos concierne en el presente estudio, se destaca que en el presente caso la Corte Constitucional realizó un examen proporcionalidad con todos sus elementos dispuestos en la LOGJCC al artículo 18 de la citada Ley.

² Ley Orgánica de Comunicación, Art. 18: Prohibición de censura previa. Se prohíbe la censura previa por parte de una autoridad, funcionario público, que en ejercicio de sus funciones o en su calidad apruebe, desapruere o vete los contenidos previos a su difusión a través de cualquier medio de comunicación.

³ Constitución de la República del Ecuador, Art. 18 (1): Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

⁴ Consulta de constitucionalidad de norma remitida por la Unidad Judicial No. 3 del cantón Guayaquil, a fin de que la Corte Constitucional, se pronuncie sobre la constitucionalidad del numeral 2 del artículo enumerado 16 de la ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el registro oficial del 28 de julio del 2009, en la parte específica "*dos pensiones alimenticias adicionales que se pagaran en los meses de septiembre y diciembre de cada año para las provincias del régimen educativo de la sierra y en los meses de abril y diciembre para las provincias del régimen educativo de la costa y Galápagos. El pago de las pensiones adicionales se realizará aunque el demandado no trabaje bajo relación de dependencia*", dentro del juicio de alimentos No. 1892-2012. En virtud de lo expresado, la legitimada activa considera la citada norma

alimenticias adicionales, no solamente es los alimentos para los menores, sino el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, constituidos como derechos garantizados en la Constitución. Definiendo que la normativa analizada dentro del caso concreto contiene un *fin constitucionalmente válido*, para lo cual procede analizar posteriormente, si esta medida es *idónea, necesaria* y tiene un debido equilibrio entre protección y restricción constitucional siendo o no *proporcional en sentido estricto*. (Sentencia No. 002-16-SCN-CC, jueza sustanciadora Roxana Silva Chicaiza, 2016, pp. 18-19)

Finalmente, la Corte Constitucional del Ecuador, también en la sentencia sobre matrimonio igualatorio⁵, desarrolla el principio de proporcionalidad, aplicando los respectivos elementos del test, dispuestos en la LOGJCC. En ese sentido, sobre el fin constitucionalmente válido, el juez del caso arma una interpretación hasta cierto punto abierta que permite un margen de elucidación. Con relación al derecho al matrimonio, manifiesta se debe dilucidar cuál es un fin constitucionalmente válido para restringir este derecho a las parejas del mismo sexo. Al respecto explora tres fines diferentes: i) extralegales; ii) legales; y, iii) constitucionales. Contemplando un elemento adicional de análisis para el caso concreto con relación a los expuestos en párrafos anteriores: los fines extralegales. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, p. 20)

De esta manera, el primer elemento de evaluación, respecto a la aplicación del test de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana para la resolución de la restricción del ejercicio de un derecho, es el fin constitucionalmente válido. Entendido en primer lugar, como la verificación de la

vulnera el derecho a la vida digna para los alimentantes, quienes al pagar dos pensiones alimenticias adicionales, ven mermado su salario en forma inequitativa, lo que hace entrever una desproporcionalidad en atención del derecho plasmado en dicha norma; por lo que, La Corte aplica el test de proporcionalidad contenido en el artículo 3(2) LOGJCC.

⁵ El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha consulta, en una *acción de protección*, si es que la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce el matrimonio de parejas del mismo sexo, es compatible con el artículo 67 de la Constitución, que establece que el matrimonio es entre hombre y mujer. La Corte Constitucional analiza el valor jurídico de la Opinión Consultiva, interpreta la norma constitucional, estableciendo si existe una diferenciación no discriminatoria, justificada. La anulación del ejercicio de un derecho en general, en este caso del derecho al matrimonio de un grupo humano, sometiéndolo a un estricto escrutinio mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

existencia de norma(s) constitucional(es) que valide(n) al derecho evaluado, cotejando sus fines, analizando incluso su contenido esencial y el espíritu de la norma otorgado por el constituyente; en segundo lugar, se evalúa el contenido normativo desarrollado en el ordenamiento jurídico inferior para observar si su contenido no contraría a la Constitución y la limitación del derecho es legítima. Por último, en algunos casos se debe contemplar la evaluación de elementos subjetivos como, por ejemplo, las convicciones morales o religiosas que generen impacto respecto a la restricción o limitación del derecho en la sociedad.

2.1.3.2 Idoneidad

La Exigencia de idoneidad o adecuación de la aplicación limitativa específica al fin buscado con el límite gravado al derecho. En ese sentido, el Tribunal Constitucional afirma que el primer parámetro para delimitar la proporcionalidad de una medida es que ésta sea capaz de lograr el objetivo para la cual es utilizada, limitar el derecho fundamental como única forma para alcanzar un determinado propósito, el cual debe ser, además, constitucionalmente lícito. Esa medida limitativa exclusivamente es válida si es también es idónea; por ejemplo, esa medida limitante en efecto es utilizada para limitar el derecho por la razón que evidencia la existencia del límite. (Villaverde, 2008, pp. 183-184)

Para Laura Clérico, el examen de idoneidad supone adicionalmente la consideración de elementos necesarios para su correcta observación, es decir, debe contemplar en primera instancia, la individualización en la mayor medida posible del fin o de los fines legítimos, sin que menoscabe o maximice el mencionado fin constitucional; seguido de, la individualización del medio implementado; y, finalmente la identificación del derecho afectado por la limitación que se presume a *prima facie* excesiva. Reconocidos los elementos objeto del examen de idoneidad, deben aplicárseles una última condición: la relación de fomento entre medio y fin, esta última, constituyéndose como la regla principal que permite evaluar los siguientes aspectos: cuantitativos, cualitativos, probabilísticos, de cuyo razonamiento

se obtendrá si la relación medio-fin es débil o fuerte; y, por consiguiente, se comprobará si la medida es idónea. (Clérico, 2008, pp. 129-131)

En relación con lo expuesto, al juicio de adecuación le atañe descubrir el fin de la medida y así, determinar posteriormente si es constitucional y de relevancia social. Se constituye como una reflexión de eficacia, como el medio para conseguir de cualquier modo el fin planteado. Sapag propone que el juez se plantee interrogantes para ejecutar el control de razonabilidad (proporcionalidad) en el presente elemento, propone las siguientes: ¿Cuáles son las finalidades mediatas e inmediatas de la norma?; la finalidad, ¿es constitucional?; la finalidad, ¿es socialmente relevante? y ¿Es adecuado el medio empleado? Resumiendo, las interrogantes en dos juicios el primero sobre la finalidad de la norma y el segundo sobre la adecuación de esta. (Sapag, 2008, pp. 186-187)

Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional ecuatoriana, en la resolución del caso no. 0014-13-IN⁶ señala con respecto a la idoneidad que ésta se supera si se logra determinar que la norma es eficaz para alcanzar el fin constitucionalmente protegido. Específicamente en el caso, establece que es idóneo tipificar una conducta como infracción de cualquier tipo, incluida la infracción administrativa, ya que evidencia la intención del legislador de incorporar una prohibición que carecería de eficacia si no acompañada de una sanción que sirva como elemento disuasivo a las que personas que, por cualquier motivo, incurran en dicha conducta, siempre y cuando se materialice la consecución del fin constitucionalmente válido. (Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 2014, pp. 100-101)

En ese mismo sentido, dentro de la sentencia de matrimonio igualitario el juez constitucional ponente Ramiro Ávila Santamaría concreta que:

⁶ Acción pública de inconstitucionalidad de ciertos artículos por razones de forma y fondo de la Ley Orgánica de Comunicación. La cual fue negada. Dentro de lo que nos concierne en el presente estudio, se destaca que en el presente caso la Corte Constitucional realizó un examen proporcionalidad con todos sus elementos dispuestos en la LOGJCC al artículo 18 de la citada Ley.

la *idoneidad* implica que la medida tomada sea adecuada para cumplir el fin constitucional. La restricción de un derecho debe ser un medio que contribuya a alcanzar el fin constitucional. En consecuencia, una medida no es idónea si es que no contribuye de forma alguna al fin constitucional. Existe, pues, una relación estrecha entre el medio o la medida y el fin constitucional. Si el fin constitucional se produce gracias al medio escogido, entonces éste es idóneo. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, pp. 23-24)

Finalmente, el Dictamen parcial de constitucionalidad del estado de excepción por calamidad pública debido al grave incremento en el contagio de la COVID-19, establecido mediante Decreto Ejecutivo No.1282 de 01 de abril de 2021, puede ayudar a revisar este tema. La Corte Constitucional nacional se manifestó sobre la *idoneidad* de la limitación de los derechos a la libertad de tránsito y la libertad de asociación y reunión, particularmente sobre el toque de queda y la prohibición de eventos de afluencia y congregación masiva. Recalcando que, diversas entidades como la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, han afirmado y probado de manera científica que las medidas de aislamiento social dirigidas a limitar el movimiento de las personas, limitar reuniones masivas y reducir el hacinamiento en lugares públicos son adecuadas o idóneas para disminuir la tasa de contagiosidad de la COVID-19 y consecuentemente, para reducir la saturación del sistema de salud pública. (Dictamen No. 1-21 EE/21, juez ponente Agustín Grijalva Jiménez, 2021, p. 13)

En síntesis, según la doctrina analizada en líneas anteriores como la jurisprudencia citada, se entiende que la *idoneidad o adecuación* se refiere en sí, a la evaluación de la existencia de una causalidad entre la limitación como un recurso para lograr el objetivo legítimo. En ese sentido, la limitación al ejercicio del derecho debe producir el objetivo pretendido. La medida como tal, debe ser la más adecuada para evitar que la limitación al derecho sea arbitraria, que justifique la afectación al ejercicio del derecho en conflicto. A su vez, al evaluar este elemento, se debe descartar que existan otras medidas o medios más adecuados; y así, procurar afectar en lo mínimo la ejecución del derecho en cuestión.

2.1.3.3 Necesidad

La exigencia de *necesidad o intervención mínima* nos plantea la premisa que la medida restrictiva debe ser imperativa e incluso indispensable para lograr el fin propuesto con el límite, nos recalca que no debe existir otro medio menos gravoso para conseguirlo. La medida aparte de ser idónea para restringir el derecho debe también optar por elegir la medida o medio que menos afecte al derecho limitado. (Villaverde, 2008, p. 184)

Para complementar el concepto de necesidad, se define que éste constituye el medio alternativo menos lesivo para la limitación de los derechos, en virtud del cual, se establecen aspectos evaluables dentro del citado elemento, es así, que hay que considerar por lo menos tres aspectos y dos comparaciones. Primero una *relación medio-fin*, aunque más complicada, ya que implica la comparación con *más de un medio técnicamente adecuado*. Finalmente, la comparación es doble ya que los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal y en relación con la intensidad de la afectación del derecho. En relación con la idoneidad de los medios alternativos es suficiente que sean tan apropiados técnicamente como el medio establecido, no es menester que la mencionada alternativa sea la más relevante. (Clérico, 2008, pp. 147-148)

En relación con lo expuesto, al subprincipio de necesidad o indispensabilidad, conviene evaluarlo de acuerdo con el nivel de proporcionalidad de la medida en relación con otras equivalentes o más eficaces, lo que se busca con este parámetro es examinar la eficacia de la medida propuesta, si existieren otras alternativas más eficaces, entonces la medida analizada no pasará el presente test. Para lo cual el autor citado, se plantea la pregunta: ¿Es necesario, o indispensable, el medio empleado? Concluyendo en un juicio de necesidad que se instaura como un control de calidad de las normas que regulan los derechos constitucionales. (Sapag, 2008, pp. 186-187; 192)

La Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia del caso concreto⁷ analizado, evaluó el elemento de *necesidad*, estableciendo que para su juzgamiento debe implicar la verificación de si la medida adoptada es la menos restrictiva para los derechos de las personas, sin perder su idoneidad. Adicionalmente, menciona que una norma solamente podrá superar el examen de *necesidad* si se comprueba que no existe otra medida, que, siendo también idónea, sea menos lesiva para los derechos de las personas. Particularmente, estableció para el caso en mención que, la no difusión reiterada y deliberada de hechos de interés general⁸ (Ley Orgánica de Comunicación, 2013) ha sido tipificada como una infracción administrativa que acarrea sanción pecuniaria, es decir una responsabilidad de menor gravedad dentro del ordenamiento jurídico, por lo que se considera no existe una medida menos lesiva para los infractores que sea igualmente idónea para alcanzar el fin constitucionalmente protegido que las personas accedan a la información de interés general. (Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 2014, p. 101)

Asimismo, es importante observar el desarrollo que la Corte realiza sobre el principio de necesidad, estableciendo que:

la medida escogida tiene que ser, entre todas las posibles a tomar, la menos gravosa para el ejercicio de derechos, la que provoque el menos daño posible para lograr el fin constitucional, la mejor alternativa entre las disponibles. La necesidad obliga a enumerar las medidas existentes para cumplir el fin y compararlas; de este modo, hay medidas que siendo idóneas pueden no ser necesarias. La medida necesaria excluye otras medidas que no llegan a ser alternativas válidas. Por ejemplo, si lo que se requiere es erradicar una enfermedad contagiosa (fin), una medida idónea podría ser matar a la persona contagiada (medio). Pero esta medida idónea no es necesaria por ser gravosa a los derechos: elimina la enfermedad de las personas, pero también su vida. La

⁷ Acción pública de inconstitucionalidad de ciertos artículos por razones de forma y fondo de la Ley Orgánica de Comunicación. La cual fue negada. Dentro de lo que nos concierne en el presente estudio, se destaca que en el presente caso la Corte Constitucional realizó un examen proporcionalidad con todos sus elementos dispuestos en la LOGJCC al artículo 18 de la citada Ley.

⁸ EC. 2013. *Ley Orgánica de Comunicación*, Registro Oficial 22, Suplemento, del 25 de junio de 2013. Art. 18.

necesidad requiere pensar en otras medidas. En este ejemplo, puede ser, por ejemplo, el aislamiento, el tratamiento y la cura. Sin duda, entre las medidas posibles, la eliminación del enfermo y su exclusión son medidas gravosas; el tratamiento y la cura resulta ser la que menos daño provoca y logra los mejores resultados. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, p. 24)

Finalmente, la Corte Constitucional nacional amplía a través de su jurisprudencia, la evaluación de los elementos indispensables para justificar la limitación de derechos en cualquier contexto. Por ejemplo, en el citado Dictamen de constitucionalidad parcial del estado de excepción manifiesta, en cuanto a la evaluación de la *necesidad* que, los datos provistos por los servicios de emergencias revelan que otras medidas propias del régimen de competencias ordinario han sido insuficientes para controlar los niveles de contagio del virus. A ello se suma la ineffectividad de las medidas y acciones ejecutadas por las diversas entidades públicas. De hecho, se evidencia que más del 30% de cantones, la mayoría de ellos pertenecientes a las ocho provincias en donde rige el estado de excepción, han permitido el funcionamiento de bares, discotecas y centros de tolerancia. Los datos oficiales también evidencian más de 347.000 incidentes de fiestas clandestinas, aglomeraciones y escándalos en el espacio público entre el 01 de diciembre de 2020 y el 25 de marzo de 2021, incluso a pesar de que las autoridades han suspendido más de un millar de eventos durante el mismo periodo. Con estos datos, la Corte considera que la limitación acotada de los artículos 5 y 7 del Decreto bajo análisis, en los términos temporales definidos en los párrafos previos, es la opción menos lesiva para disminuir la tasa de contagiosidad de la COVID-19 y, consecuentemente, para reducir la saturación del sistema de salud pública. (Dictamen No. 1-21 EE/21, juez ponente Agustín Grijalva Jiménez, 2021, pp. 13-14)

Por otro lado, La *necesidad* también se relaciona con las restricciones a los derechos plasmados en instrumentos jurídicos (tratados internacionales, constituciones, leyes, entre otras), para calificar su licitud en cuanto sean “necesarios” a ese tipo de organización social, permitiendo sólo aquellas que sean “proporcionadas a un fin legítimo”, o sea “democrático”. A la misma referencia a una “sociedad

democrática” ha echado mano la Corte Interamericana en diversas ocasiones, y le ha servido en especial para calificar la legitimidad de las restricciones a los derechos contenidos en el Pacto de San José, implicando o mencionando expresamente el examen de su proporcionalidad. (Sánchez, 2008, p. 250)

Dentro del derecho convencional pertinente, la (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969), artículo 32(2), establece un elemento importante, que puede ser leído junto con la necesidad: la posibilidad de limitar derechos “en una sociedad democrática”. Del mismo modo, la (Organización de Estados Americanos, 2001, p. 3)⁹ en su artículo 3 define que la característica primordial de una sociedad democrática es “*el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales*”. Además, se precisa que una sociedad democrática no consiente la discriminación, de acuerdo con el artículo 9 del mismo instrumento:

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana. (Organización de Estados Americanos, 2001, p. 4)

En virtud de lo expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva OC-5/85,¹⁰ también desarrolla el parámetro de

⁹ Adoptada por aclamación en la Asamblea General extraordinaria de la OEA celebrada en Lima el 11 de septiembre de 2001. Es reconocida como uno de los instrumentos interamericanos más completos, promulgado para la promoción y fortalecimiento de los principios, prácticas y cultura democrática entre los Estados de las Américas. El artículo 3, capítulo I): La Democracia y el Sistema Interamericano.

¹⁰ Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 CADH) solicitada por el gobierno de Costa Rica. La consulta formula a la Corte Interamericana sobre si existe o no pugna o contradicción entre la colegiatura obligatoria como requisito indispensable para poder ejercer la actividad del periodista en general y, en especial del reportero -según los artículos pertinentes de la Ley No. 4420- y las normas internacionales 13 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. En ese aspecto, La Corte resalta la prohibición de la censura previa, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos

necesidad dentro de una sociedad democrática, para lo cual determina claramente que para interpretar el artículo 29 literales (c; d) la CADH, nunca puede interpretarse ésta en el sentido de prescindir otros derechos y garantías innatas de las personas o que proceden de la forma democrática del sistema, la Corte enfatiza lo descrito en el Preámbulo del instrumento acerca del diseño de:

consolidar en este Continente y dentro del cuadro de las instituciones democráticas un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Dándole fuerza vinculante al fin democrático de los derechos humanos, reiterando no pocas veces el contenido del artículo 32(2) *ibídem*, que fija como límites de los derechos a “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, que han interpretarse, lo dice la Corte, como necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, pp. 11-12)

En ese sentido, en el caso de la *masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*,¹¹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referente al elemento de *necesidad* alegado dentro del principio de proporcionalidad por el Estado colombiano, realiza una puntualización importante: el principio de proporcionalidad se establece como una herramienta para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, especialmente para fijar la responsabilidad al Estado. En ese contexto, hay que tomar en consideración al derecho vulnerado, las limitaciones que consienta su ejercicio, fijándose en las características propias del caso en particular. Sin embargo, el órgano judicial regional establece que, en el citado caso, no se refiere a la decisión sobre la

públicos. Más allá de ese supuesto, cualquier abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino de medidas de responsabilidad ulterior. Estas medidas de responsabilidad, a su vez, deben ser necesarias, entendidas como que responden a una "necesidad social imperiosa" para asegurar el interés público o bien común. Adicionalmente, a diferencia de otras profesiones, la colegiatura obligatoria de periodistas atenta contra el ejercicio de la libertad de expresión. Este derecho puede ejercerse en el marco del desempeño de una profesión, como fuera de él.

¹¹ El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de un grupo de personas de Pueblo Bello por parte de un grupo paramilitar, así como a la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos.

legitimidad de injerencia, restricción o limitación que posee el Estado en el ámbito de un derecho individual o colectivo amparado por la Convención, con relación a los fines en una sociedad democrática. La Corte tampoco intenta determinar la necesidad del uso de la fuerza estatal, cuando, por ejemplo: debe determinar si las muertes ocurridas en el contexto de un estado de emergencia fueron arbitrarias y sea necesario juzgar la proporcionalidad de las medidas tomadas por el Estado para intervenir en una dicha situación, supuestos en los cuales la Corte precisa, que sí tendría cabida la aplicación del principio o test de proporcionalidad. (Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 2006, p. 104)

De las anteriores líneas, se desprende que el elemento de la *necesidad* dentro de la limitación a un derecho se constituye como una condición ineludible para justificar la injerencia del Estado en el goce habitual de un derecho. En su evaluación se deberán sopesar las opciones respecto a la limitación y se apremia su urgencia de interponerla para conseguir el fin constitucionalmente legítimo. Adicionalmente, cabe resaltar que se propende interponer el bienestar de las mayorías por el particular; esto justamente, desde la óptica del derecho en cuestión, ¿a quién o a qué bien(es) jurídico(s) protege este derecho, dentro de una democracia? Y, si resulta estrictamente necesaria aplicar la medida restrictiva al derecho en cuestión.

2.1.3.4 Proporcionalidad en estricto sentido

Estrictamente hablando, el requisito de relación es el requisito entre el sacrificio requerido por los derechos básicos restringidos por la medida y los derechos específicos, el fondo de comercio o los intereses legítimos que se pretende garantizar con la restricción. Un estándar que suele traducirse en la necesidad de demostrar que el daño de este último es real y efectivo, no solo sospecha o presunción (así, si no hay autorización legal, las medidas preventivas son inaceptables), es decir, existe un riesgo real y actual. No solo el riesgo de daños a derechos futuros e hipotéticos, sino que espera protegerlos imponiendo restricciones a los derechos fundamentales. Además, una vez confirmada la autenticidad del riesgo, el sacrificio será compensado según el objetivo perseguido. (Villaverde, 2008, pp. 184-185)

Asimismo, en el concepto de *proporcionalidad en estricto sentido* se determinan aspectos evaluables, la relación del peso de los argumentos que abogan a favor o en contra de la afectación al derecho, la misma identifica una estructura compuesta por la colisión y la ponderación. Para el caso del presente estudio, solamente tomaremos en cuenta la colisión, siendo importante mencionar que no todo es ponderación, ciertas etapas se definen en la correcta aplicación de las reglas sin ponderación. Definiendo en primer lugar que para la realización de un derecho depende de la disminución de la realización de otro, ósea de su limitación o restricción y recíprocamente, al contrario. En segundo lugar, se deberá utilizar las ponderaciones anteriores que fueron utilizados en la regla aludida, planteada por la autora como la indagación de *reglas-resultados de la ponderación vinculantes*. (Clérico, 2008, pp. 156-158)

Completando la definición doctrinaria del elemento de *proporcionalidad en estricto sentido*, este subprincipio demanda que la medida conserve una relación razonable con la finalidad, se evalúa el costo-beneficio de la alternativa en relación con el fin, ósea lo que se consigue con la medida y lo que se restringe o limita. A su vez, el autor plantea la ejecución de dos preguntas para resolver este examen: ¿Es proporcionada la medida con respecto a los fines? y ¿Respeto el contenido esencial de los derechos en juego? Constituyéndose estas interrogantes en el juicio de proporcionalidad y juicio de afectación o alteración del contenido esencial de los derechos analizados, respectivamente. (Sapag, 2008, p. 187)

La proporcionalidad propiamente dicha, según nuestra legislación, artículo 3 (2) busca *que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009, p. 3). Dentro de la sentencia citada,¹² la Corte Constitucional del Ecuador, ejecuta un examen de *proporcionalidad en sentido estricto*, en el cual debe haber un equilibrio entre la protección y las

¹² Acción pública de inconstitucionalidad de ciertos artículos por razones de forma y fondo de la Ley Orgánica de Comunicación. La cual fue negada. Dentro de lo que nos concierne en el presente estudio, se destaca que en el presente caso la Corte Constitucional realizó un examen proporcionalidad con todos sus elementos dispuestos en la LOGJCC al artículo 18 de la citada Ley.

restricciones constitucionales. Específicamente para la solución del caso, define que cualquier medida legislativa que incluya la implementación de sanciones implica restricciones a los derechos de los infractores. Solo cuando exista evidencia de que las restricciones impuestas no equivalen a riesgos, se inobservará la Constitución. En casos concretos, la leve restricción a los derechos de los medios de comunicación evita el grave riesgo de vulneración de los derechos individuales y, para el tribunal, sin duda supera la prueba de proporcionalidad.

el cual determina que debe existir un equilibrio entre la protección y restricción constitucional. En específico para la resolución del caso, define que toda medida legislativa que contiene la imposición de una sanción implica una limitación de derechos al infractor, la cual solamente será inconstitucional si se evidencia que la limitación impuesta no es equivalente al riesgo de vulneración del derecho constitucional que la norma pretende garantizar. En el caso concreto, una restricción leve de los derechos de los medios de comunicación para evitar un riesgo grave de vulneración de derechos de las personas, para la Corte indudablemente supera el examen de proporcionalidad. (Sentencia No. 003-14-SIN-CC, 2014, p. 102)

Asimismo, dentro de la histórica sentencia de matrimonio igualitario la Corte Constitucional con respecto al elemento mencionado, establece que:

a diferencia de los otros elementos, la *proporcionalidad en estricto sentido* exige mirar con atención los derechos de otras personas o grupos que podrían afectarse por la medida en escrutinio. En la proporcionalidad se aprecia los derechos de unos titulares con otros titulares, cuyo ejercicio entra en colisión, tensión o podría provocar una restricción. Para que una restricción de derechos sea legítima, la realización de otros derechos debe ser mayor o al menos equivalente. Se trata de una comparación entre la realización de un derecho con la afectación de otro derecho. Si la medida restrictiva tiene consecuencias desventajosas para un grupo humano comparado con el goce o realización del grupo que ejerce derechos, entonces la afectación al derecho a la igualdad será mayor. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, p. 25)

Por último, dentro del Dictamen parcial de constitucionalidad del estado de excepción analizado, la Corte Constitucional evaluó la proporcionalidad de la suspensión de los derechos de libertad de tránsito y el derecho de libertad de asociación y reunión, al respecto manifestó lo siguiente: los efectos de la COVID-19 han sido devastadores. En el caso específico, el objetivo de disminuir la transmisión de las nuevas variantes del COVID-19 y reducir la saturación del sistema de salud pública, resguardando el derecho a la vida y a la salud, es mayor a la intervención que se genera en el derecho a la libertad de tránsito y a la libertad de asociación y reunión. Consecuentemente, la Corte observa que existe una relación proporcional entre el fin constitucionalmente legítimo que se persigue y la afectación de derechos generada. (Dictamen No. 1-21 EE/21, juez ponente Agustín Grijalva Jiménez, 2021, p. 14)

Concluyendo a prima facie, el último elemento del test se constituye en la evaluación de la *proporcionalidad en estricto sentido*, cuya esencia de análisis gira respecto al grado de limitación o restricción que se le dará al derecho en cuestión. En este aspecto, se deberá valorar si el derecho del bien jurídico protegido entra en colisión con derechos de otros titulares. A su vez, se menciona que el goce del derecho conflictuado con el analizado debe ser de mayor impacto o al menos equiparable para que sea legítima la limitación o restricción. Finalmente, debe considerarse si el derecho afectado puede ser menos limitado de lo que en inicio, se está formulando.

En este punto se revisará el marco normativo sobre el cual los operadores del sector de bebidas alcohólicas en el Ecuador ejecutan sus actividades, estableciendo el alcance y naturaleza de sus actividades.

Por tanto, respetando el principio de supremacía constitucional que dispone que la Constitución prevalecerá sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico y la obligatoriedad de interpretarla en su integralidad.¹³ Se iniciará con el análisis de la Carta Suprema, para continuar con los cuerpos legales de menor jerarquía que

¹³ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Arts. 424; 427.

contengan las normas reguladoras específicas aplicable al sector de las bebidas alcohólicas.

2.2 Ordenamiento Jurídico

2.2.1 Derechos del sector de bebidas alcohólicas vs protección de bienes jurídicos (consumidores)

Con respecto al sector productivo, la Constitución garantiza dentro de los derechos de libertad, para los operadores económicos, incluidos los del sector de bebidas alcohólicas, el derecho a desarrollar actividades económicas conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental¹⁴; y, para los consumidores el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.¹⁵ En ese mismo sentido, las personas o entidades que produzcan cualquier tipo de bien o servicio serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, y/o por la calidad defectuosa del producto.¹⁶ (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 51)

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente sobre los derechos y obligaciones del sector productivo, es perentorio mencionar lo que la norma *ibídem* establece sobre otros derechos involucrados en el devenir del sector de bebidas alcohólicas. Considerado el alcohol, como una sustancia psicoactiva con propiedades causantes de dependencia, utilizada ampliamente en muchas culturas durante siglos, su consumo nocivo conlleva una pesada carga sanitaria, social y económica considerable para el conjunto de la sociedad (Organización Mundial de la Salud, 2018).

¹⁴ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Art. 66, num. 15

¹⁵ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Art. 66 núm. 25.

¹⁶ *Ibíd.* Art. 54, inciso primero.

En esa línea, se prioriza a la salud como un derecho fundamental del ser humano consagrado en la Constitución, cuya rectoría la ejerce el Estado a través del Ministerio de Salud Pública, encargado de formular la política nacional de salud, normar, regular y controlar las actividades relativas a la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector.¹⁷ (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 166)

Finalmente, se define que las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control entre otros del consumo de alcohol; así como, ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales; a su vez, el Estado controlará y regulará la publicidad del alcohol.¹⁸ (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 167)

Para garantizar el derecho constitucional a la salud¹⁹, acorde al mandato contenido en el artículo 361 de la Constitución de la República del Ecuador y lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Salud (en adelante “la LOS”), se concede al Ministerio de Salud Pública la facultad de regular vigilar y realizar control sanitario a la producción, distribución, almacenamiento, transporte, comercialización, expendio importación de alimentos procesados para consumo humano; así como los sistemas que garanticen su inocuidad, seguridad y calidad²⁰; y por ende, sus disposiciones en temas sanitarios son de carácter obligatorio para la cadena productiva del sector de bebidas alcohólicas.

¹⁷ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 361.

¹⁸ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 364.

¹⁹ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 32.

²⁰ EC. 2006. *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006, Art. 6, num. 18.

El sometimiento a las normas de vigilancia y control sanitario es obligatorio para todas las instituciones, organismos y establecimientos públicos y privados que realicen actividades de producción, almacenamiento, importación y exportación de productos de consumo humano²¹; por lo que, las actividades en toda la cadena de valor de bebidas alcohólicas obtenidas por destilación están sujetas a normas sanitarias.

En el contexto de garantizar el derecho a la salud, la LOS incluye, a más de las actividades de vigilancia y control sanitario de los productos de bebidas alcohólicas, las de control de calidad, inocuidad y seguridad, así como la verificación de requisitos técnicos y sanitarios en los establecimientos donde se produce, importa y exporta tales productos. De esta forma, con el objetivo de normar la concesión de autorizaciones para la producción, importación y exportación de productos de uso y/o consumo humano (incluyendo a las bebidas alcohólicas obtenidas por destilación), la LOS define a los permisos de funcionamiento, y notificaciones y registros sanitarios de la siguiente forma:

Notificación sanitaria: Es la comunicación mediante la cual el interesado informa a entidad competente de la Autoridad Sanitaria Nacional, bajo declaración jurada, que comercializará en el país un producto de uso o consumo humano, fabricado en el territorio nacional o en el exterior cumpliendo con condiciones de calidad, seguridad e inocuidad.

Permiso de funcionamiento: Es el documento otorgado por la autoridad sanitaria nacional a los establecimientos sujetos a control y vigilancia sanitaria que cumplen con todos los requisitos para su funcionamiento, establecidos en los reglamentos correspondientes.

Registro sanitario: Es la certificación otorgada por la autoridad sanitaria nacional, para la importación, exportación y comercialización de los productos de uso y consumo humano señalados en el artículo 137 de esta Ley.

²¹ EC. 2006. *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006, Art. 129.

Dicha certificación es otorgada cuando se cumpla con los requisitos de calidad, seguridad, eficacia y aptitud para consumir y usar dichos productos cumpliendo los trámites establecidos en la presente Ley y sus reglamentos.²²

La Autoridad Sanitaria Nacional dentro del ámbito de las competencias otorgadas por la LOS, tiene las siguientes atribuciones en relación con el sector de bebidas alcohólicas:

1. Emitir políticas y normas para regular y evitar el consumo del tabaco, bebidas alcohólicas y otras sustancias que afectan la salud.
2. Es responsabilidad de la autoridad sanitaria nacional, en coordinación con otros organismos competentes, adoptar medidas para evitar el consumo del tabaco y de bebidas alcohólicas, en todas sus formas, así como dotar a la población de un ambiente saludable, para promover y apoyar el abandono de estos hábitos perjudiciales para la salud humana, individual y colectiva; y,
3. La autoridad sanitaria nacional en coordinación con el Ministerio de Educación y Cultura, las universidades, los gobiernos seccionales y la sociedad civil diseñará y ejecutará planes y programas de educación y prevención del consumo de bebidas alcohólicas.²³ (Congreso Nacional del Ecuador, 2006, pp. 2-10-11)

A su vez, la LOS contiene medidas orientadas a regular el consumo de bebidas alcohólicas dentro de sus mandatos, y establece que:

1. Los envases de bebidas alcohólicas deben incluir de forma clara, visible y comprensible, la advertencia de su carácter nocivo para la salud; y, para la impresión de la advertencia, se seguirán las especificaciones previstas en el reglamento correspondiente.²⁴ (Ley Orgánica de Salud, 2006)

²² EC. 2006. *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006, Art. 259

²³ EC. 2006. *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial 423, Suplemento, 22 de diciembre de 2006, Art. 6 núm. 10; 38; 46.

²⁴ *Ibid.* Art. 49.

De lo expuesto se concluye que, la Autoridad Sanitaria Nacional tiene competencias *ex ante*²⁵ para la producción, importación y exportación de bebidas alcohólicas obtenidas por destilación estableciendo como requisito necesario la obtención de las autorizaciones emitidas por la misma, que para este caso serían la notificación sanitaria, registro sanitario y el permiso de funcionamiento, previa la aplicación del procedimiento y trámite correspondiente establecido en la LOS, su reglamento de aplicación y las resoluciones emitidas por la respectiva Autoridad; y, a su vez tiene competencias *ex post* para regular su consumo, publicidad y etiquetado.

2.2.2 Obligaciones y responsabilidades del sector de bebidas alcohólicas

Los productos industrializados del sector de bebidas alcohólicas deben cumplir con la disposición constitucional referente al contenido del etiquetado, rotulado y publicidad de los bienes deben ser veraces, exactos y no engañosos, a fin de no inducir a error al adquirente. En función de este mandato, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor declara como un derecho fundamental del consumidor: que en los productos ofertados en el mercado nacional, se brinde información del contenido, características y calidad de manera veraz, exacta, y además ser publicitados con honestidad y ética, no engañosa, abusiva o desleal;²⁶ disponiendo para ello, que la información básica comercial consistente en datos, instructivos, indicaciones o contraindicaciones para la salud, el proveedor deberá suministrar al consumidor al momento de efectuar la oferta del bien, a través del etiquetado, rotulado y publicidad en general. Precepto que aplica con fundamental énfasis a las bebidas alcohólicas.

²⁵ El Estado a través de la autoridad sanitaria tiene la facultad de establecer obligaciones *a priori* (antes de) que han de cumplir ciertos sectores económicos para que puedan desarrollar sus actividades dentro del marco de control y regulación sanitario establecido por la normativa pertinente.

²⁶ EC. 2000. *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. Registro Oficial 116, Suplemento, 10 de julio de 2000. Art. 4, numerales 4 y 6.

Con respecto a la comercialización o consumo de bebidas, el artículo 57 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, prescribe:

Tratándose de productos cuyo uso resultare potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores, para la seguridad de sus bienes o del ambiente, el proveedor deberá incorporar en los mismos, o en instructivos anexos, las advertencias o indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible.

En cuanto al expendio de bebidas alcohólicas, cigarrillos y otros derivados del tabaco y productos nocivos para la salud, deberá expresarse clara, visible y notablemente la indicación de que su consumo es peligroso para la salud, de acuerdo con lo que al respecto regule el Reglamento a la presente Ley. Dicha advertencia deberá constar, además, en toda la publicidad del bien considerado como nocivo.²⁷ (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000)

En el mismo sentido dentro del marco legal, se establecen regulaciones a través de la Ley Orgánica de Comunicación con el fin de controlar la publicidad y propaganda del sector de bebidas alcohólicas dentro de los medios de comunicación²⁸, se dictan como parámetros para la protección de derechos los siguientes:

La publicidad y propaganda respetarán los derechos garantizados por la Constitución y los instrumentos internacionales.

Se prohíbe la publicidad engañosa, así como todo tipo de publicidad o propaganda de (...) bebidas alcohólicas (...).

Los medios de comunicación no podrán publicitar productos cuyo uso regular o recurrente produzca afectaciones a la salud de las personas, el ente Rector de Salud Pública elaborará el listado de estos productos.

²⁷ EC. 2000. *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. Registro Oficial 116, Suplemento, 10 de Julio de 2000. Art. 57.

²⁸ “(...) se consideran medios de comunicación social a las empresas, organizaciones públicas, privadas y comunitarias, así como a las personas concesionarias de frecuencias de radio y televisión, que prestan el servicio público de comunicación masiva que usan como herramienta medios impresos o servicios de radio, televisión y audio y vídeo por suscripción, cuyos contenidos pueden ser generados o replicados por el medio de comunicación a través de internet” EC. 2013. *Ley Orgánica de Comunicación*, Registro Oficial 022, Tercer Suplemento, 25 de junio de 2013. Art. 5.

(...) La inobservancia de estas disposiciones acarreará sanciones de acuerdo con la normativa correspondiente.²⁹ (Asamblea Nacional del Ecuador, 2013, pp. 16-17)

Continuando con el análisis del ordenamiento jurídico vigente, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno fija la carga impositiva aplicable al sector. Determinándose, el impuesto al valor agregado (IVA) para todos los productos y servicios ofertados en el mercado nacional, incluyendo a los productos del sector analizado; el impuesto a las botellas no retornables aplicable parcialmente (según el envase contenedor del producto) cuya relevancia no es importante ya que generalmente se utilizan envases de vidrio para el embotellado del producto; y, el impuesto a los consumos especiales (ICE) aplicable particularmente a productos considerados superfluos, incluidas las bebidas alcohólicas, que ostenta características propias para su cálculo y pago.

Impuesto al Valor Agregado (IVA), características relevantes con relación al sector:

- a) Grava al valor de la transferencia de dominio o a la importación de bebidas alcohólicas, en todas sus etapas de comercialización.³⁰
- b) Todas las personas y sociedades que realicen actividades comerciales dentro del sector de bebidas alcohólicas deberán pagar IVA.³¹
- c) Los operadores económicos, incluidos los del sector, que hayan pagado el IVA podrán utilizarlo como crédito tributario de acuerdo con las condiciones contempladas en la LRTI.³²

²⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Comunicación*, Registro Oficial 022, Tercer Suplemento, 25 de junio de 2013, art. 94

³⁰ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, art. 52.

³¹ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, art. 63.

³² Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, art. 57.

- d) Los operadores económicos del sector deberán declarar y pagarlo de forma mensual.³³
- e) Para las transacciones locales la base imponible del IVA corresponde al precio de venta de los bienes, incluidos otros impuestos, tasas y otros gastos relacionados, menos descuentos y/o devoluciones.³⁴
- f) En el caso de las importaciones de bebidas alcohólicas, la base imponible del IVA corresponde a la suma del valor en aduana los impuestos, aranceles, tasas, derechos, recargos y otros gastos que figuren en la declaración de importación y en los demás documentos pertinentes.³⁵
- g) La tarifa vigente aplicable a las bebidas alcohólicas es del 12 %.³⁶

Impuesto a Consumos Especiales (ICE), características relevantes con relación al sector:

- a) Impuesto establecido a ciertos bienes de procedencia nacional o importados, incluidos las bebidas alcohólicas, mencionadas dentro del GRUPO IV gravados con Tarifa Mixta.³⁷
- b) Debe ser pagado por personas naturales o sociedades fabricantes que produzcan o importen bebidas alcohólicas.³⁸

³³ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, arts. 67 y 70.

³⁴ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, art. 58.

³⁵ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, art. 59.

³⁶ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, art. 65.

³⁷ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, art. 82.

³⁸ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, art. 80.

- c) Para pagar el ICE primero se debe determinar la base imponible de las bebidas alcohólicas obtenidas por destilación, de acuerdo con lo que la LRTI dispone lo siguiente:³⁹
- i. Bienes gravados con tarifa mixta, de entre los bienes gravados con tarifa mixta se encuentran el alcohol y las bebidas alcohólicas; la base imponible se establecerá en función de los grados de alcohol y precios de ex fábrica o ex aduana.
 - ii. Los litros de alcohol puro que contenga cada bebida alcohólica. Para efectos del cálculo de la cantidad de litros de alcohol puro que contiene una bebida alcohólica, se deberá determinar el volumen real de una bebida expresada en litros y multiplicarla por el grado alcohólico expresado en la escala Gay Lussac o su equivalente, que conste en el registro sanitario otorgado al producto, sin perjuicio de las verificaciones que pudiese efectuar la Administración Tributaria. Sobre cada litro de alcohol puro determinado de conformidad con este artículo, se aplicará la tarifa específica detallada en el artículo 82 LRTI.
 - iii. En caso de que el precio ex fábrica o ex aduana, según corresponda, supere el valor establecido legalmente por litro de bebida alcohólica o su proporcional en presentación distinta a litro, se aplicará, adicionalmente a la tarifa específica, la tarifa *ad valorem*⁴⁰ establecida en artículo 82 LRTI sobre el excedente que resulte del precio ex fábrica o ex aduana, menos el valor antes mencionado por litro de bebida alcohólica o su proporcional en presentación distinta al litro. (Congreso Nacional del Ecuador, 2004, p. 85)

³⁹ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, art. 76.

⁴⁰ Es un arancel (cobrado a las mercancías) que se impone en términos de porcentaje sobre el valor de la mercancía. Son establecidos por la autoridad competente, consistentes en porcentajes según el tipo de mercancía y se aplica sobre la suma del Costo, Seguro y Flete (base imponible de la importación).

- d) Rebaja tarifa específica para la producción de bebidas alcohólicas. Tendrán una rebaja del 50% en la tarifa específica del ICE, las bebidas alcohólicas y cervezas, elaboradas localmente con alcohol, caña de azúcar, otros productos agropecuarios o subproductos elaborados o cultivados localmente. Los productos agropecuarios y subproductos deberán obligatoriamente ser adquiridos a productores que sean artesanos, microempresarios, empresas u organizaciones de la economía popular y solidaria. Para la aplicación de este beneficio, las bebidas alcohólicas y cerveza deben contener al menos el setenta por ciento (70%) de ingredientes nacionales, de conformidad con la lista de ingredientes o fórmula de composición descrita en la notificación sanitaria. Los productores de ingredientes de producción nacional, agropecuarios o industriales, deben estar debidamente inscritos en la entidad correspondiente.⁴¹
- e) El cupo anual de exención del ICE de bebidas alcohólicas, desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre del 2021, estará sujeto a la participación de compras de ingredientes nacionales respecto de las compras totales para la elaboración de bebidas alcohólicas, incluidas importaciones, de conformidad con la siguiente tabla:⁴²

Tabla. Cupo anual de exención ICE

Participación de compras de ingredientes nacionales respecto de las compras totales para la elaboración de bebidas alcohólicas (inclusive importaciones)		Exención en ICE calculado sin beneficio alguno
Desde	Hasta	%

⁴¹ Ecuador, *Reglamento para aplicación Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 209, Suplemento, 08 de junio de 2010, art. 199.5

⁴² Ecuador SRI, *Resolución No. NAC-DGERCGC20-00000083*, Registro Oficial Suplemento 361, 31 de diciembre de 2020, Disposición transitoria primera.

0	69,99%	0%
70,00%	75%	0,5%
75,01%	80%	1,0%
80,01%	85%	1,5%
85,01%	90%	2,0%
90,01%	95%	3,0%
95,01%	99%	4,0%
99,01%	100%	5,0%

Fuente y elaboración: Resolución NAC-DGERCGC20-00000083 Servicio de Rentas Internas

f) Los contribuyentes del ICE deben cumplir con las siguientes obligaciones tributarias.⁴³ (Ley de Régimen Tributario Interno, 2004)

Tabla. Obligaciones tributarias ICE

Detalle de obligaciones	Fecha de cumplimiento
Formulario ICE	Al mes siguiente según su noveno dígito del RUC. De manera semestral para contribuyentes que se encuentre en régimen micro.
Anexo ICE	Al mes siguiente según su noveno dígito del RUC.
Anexo de Precios de Venta al Público	Los cinco primeros días de enero, cada vez que exista un cambio en los precios o cuando exista un nuevo bien o servicio.
Componentes Físicos de Seguridad	Para bebidas alcohólicas, cervezas y cigarrillos, previo a su venta. De acuerdo con lo que dispone el proyecto SIMAR mediante Resolución No. NACDGERCGC1600000455.

Fuente: Ley de Régimen Tributario Interno

Elaboración: SRI página web.

⁴³ Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de diciembre de 2004, arts. 83 y 86.

2.3 Análisis aplicando el test de proporcionalidad al caso concreto

El principio de proporcionalidad es, en esencia, la técnica de interpretación jurídica a la que se recurre como recurso extraordinario en los casos de controversias legislativas donde la solución a través de las reglas antinomias no es factible o también en las cuestiones de conflictos generados entre intereses y derechos fundamentales que ostentan un mismo rango legal, tal antagonismo es recurrente en materia constitucional donde la aplicación de este principio está supeditado al cumplimiento de ciertos parámetros procedentes que recaen en la: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que debe poseer la interposición de la medida restrictiva que pretenda limitar un derecho fundamental; que no precisamente resulta en un método de jerarquización de normas que trata de vulnerar derechos, sino que, permite mediante la ponderación de criterios o directrices alcanzar el fin más lícito y justo posible sin llegar a restringir o prohibir derechos de forma arbitraria. Este conjunto de criterios pre-establecidos o subprincipios son los que integran de manera sustancial el principio de proporcionalidad, ya que sin ellos no habría validez jurídica ni fundamento objetivo sobre el cual basar este arbitrio; la clasificación tradicional enmarca a la idoneidad como el primer precepto que se encarga de determinar la causalidad del medio y el fin, profundizando sobretodo en la legitimidad del objetivo y la relación del mismo con la medida restrictiva la cual ha de ser adecuada para alcanzar el fin para el que supuestamente sirve; consecutivamente está la necesidad que hace énfasis en la precisión de que no exista ningún otro medio o modo alternativo más óptimo o menos lesivo que sea capaz de conseguir el mismo objetivo deseado; y, posteriormente se encuentra la proporcionalidad en sentido estricto, cuyo concepto se asienta en la propia cualidad de la proporcionalidad que yace en el equilibrio razonable del fin que se persigue en relación a las ventajas y desventajas de adoptar la medida valorada. Si bien estas reglas no proveen de una solución metodológica absolutamente invariable para todas las discordancias posibles, si son atributos necesarios y obligatorios, pueden ayudar a evaluar la legitimidad y pertinencia del propósito previsto, el entorno afectado y los derechos afectados, y considerar los beneficios o daños de determinadas medidas legislativas.

2.3.1 Fin constitucionalmente válido

Para evaluar el fin constitucionalmente válido, se tomará en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia de matrimonio igualitario,⁴⁴ que manifiesta que este principio es expansivo que permite un margen de dilucidación. En ese sentido, para el derecho al matrimonio, se concretó cual es un fin constitucionalmente válido para restringir este derecho a las parejas homosexuales. Por tanto, el juez constitucional exploró tres fines diferentes: i) constitucionales; ii) legales; y, iii) extralegales.

Fines constitucionales. - Si bien la Constitución de la República no establece específicamente mandatos para el sector económico de las bebidas alcohólicas, el artículo 66 numeral 15 de la norma citada, menciona: “*El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, **responsabilidad social** y ambiental*” (Énfasis añadido) (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 51); por tanto, la norma suprema delimita el actuar de la actividad económica en general. Siendo así, la responsabilidad social el principio congruente con el humanismo que define una posición contra el consumismo priorizando la dignidad humana, propendiendo el bienestar colectivo sobre el individual.⁴⁵ En ese sentido, los operadores económicos están obligados a observar los mandatos constitucionales que garantizan los derechos colectivos como el de la salud.

El derecho a desarrollar actividades económicas puede ser interpretado como un mandato de optimización⁴⁶, según lo definido por Robert Alexy. Por otro lado,

⁴⁴ Sentencia No. 11-18-CN/19, CASO No. 11-18-CN (Corte Constitucional del Ecuador, juez ponente Ramiro Ávila Santamaría 12 de junio de 2019).

⁴⁵ Villacís, C., Suarez, Y. y Güillín, X. (2016). Análisis de la responsabilidad social en el Ecuador. *Revista Publicando*, 3(8), 452-466.

⁴⁶ Son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas si no también de las jurídicas.

mientras que el Estado mantenga una responsabilidad internacional, respecto al derecho a la salud está obligado a no impedir que una persona tenga acceso a servicios de salud. A su vez, tiene la obligación de generar mecanismos de protección, garantía y promoción, lo que incluye un plan de política pública general con metas y objetivos de corto, mediano y largo plazo a partir de los principios de identificación del núcleo esencial del derecho, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles para hacer efectivo este derecho. (Vázquez, 2016, p. 19)

Por tanto, para el caso en concreto considero la limitación del derecho a ejecutar actividades económicas; como una limitación en su desarrollo con respecto de otros derechos que están garantizados por la norma constitucional. La ejecución de actividades económicas no puede inobservar la existencia de otra norma constitucional. En este particular, la libertad a desarrollar actividades económicas no puede ejecutarse contraviniendo las obligaciones específicas del Estado con respecto de sus habitantes en su rol de bienes jurídicos protegidos, como el de desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol,⁴⁷ (Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, 2008, p. 167) porque de concretarse vulneraría la consecución del derecho a la salud de sus consumidores.

Fines legales. - Examinado lo contenido en la Ley Orgánica de Salud, la Ley Orgánica de Comunicación y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se deduce que para materializar y cumplir lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador. El Estado ecuatoriano, priorizando el interés público de la salud de los habitantes del territorio nacional, sobre el interés particular que podría representar la actividad productiva del sector de bebidas alcohólicas establece varias regulaciones y prohibiciones para realizar publicidad de los productos que comercializa este sector, con el único fin de garantizar el bienestar de los ecuatorianos; propendiendo a reducir y evitar el consumo en general de las sustancias consideradas por las autoridades sanitarias como nocivas para la salud.

⁴⁷ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. Art. 364.

En ese mismo sentido, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno establece imposiciones tributarias específicas para el sector, constituyendo al ICE como un impuesto particularmente aplicable a las bebidas alcohólicas cuyo cálculo y pago tiene disposiciones particulares con el fin de desincentivar su consumo, al elevar su precio; disuadiendo el ingreso de nuevos competidores al mercado nacional, configurando el cometimiento de infracciones relativas al Derecho de Competencia regulados por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado⁴⁸.

Fines extralegales. - Desde esta óptica, para el caso que nos atañe, podemos concluir que las actividades económicas del sector de bebidas alcohólicas se encuentran alineadas a lo que dispone la normativa pertinente, y por ende, en primera instancia podría pensarse que el Estado tiene el deber de incentivarla, promoviendo la productividad y competitividad de la industria, la provisión del saber científico y tecnológico, la introducción estratégica en la economía global, y las acciones productivas en la integración regional, procurando el máximo nivel de producción sostenible en el tiempo; sin embargo, la realización de estas actividades vinculadas a las bebidas alcohólicas no son socialmente deseables por el Estado ecuatoriano acorde a lo expuesto en la Constitución y la normativa inferior pertinente. Por lo tanto, el Estado desarrolla programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, y además controla y regula su publicidad. Con lo cual se puede inferir que, si bien es cierto, en el Ecuador se permite la producción e importación y comercialización de bebidas alcohólicas, la misma no es incentivada por el Estado ecuatoriano, sino más bien controlada y regulada, garantizando así el derecho a la salud de sus habitantes.

2.3.2 Idoneidad

El fin legítimo de la actividad económica del sector de las bebidas alcohólicas es el proveer y satisfacer una necesidad presente en el mercado; y a su vez, contribuir con el desarrollo económico nacional. El medio es la restricción al derecho a desarrollar actividades económicas para el sector bebidas alcohólicas. La limitación

⁴⁸ EC. 2011. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011.

es particular para el sector de las bebidas alcohólicas, constituyéndose como una medida idónea, en virtud de precautar la salud de sus consumidores; derecho colectivo de cumplimiento y garantía estatal. La limitación es idónea ya que el interés particular económico de los operadores del sector es inferior en relación con el derecho colectivo de protección a los bienes jurídicos fundamentales del Estado, sus habitantes.

En ese sentido, la idoneidad de la medida restrictiva impuesta es oportuna, en cuanto, promueve un derecho fundamental de interés público y de carácter legítimo, cuya valoración según el análisis jurídico es superior al rédito financiero de las actividades de desarrollo económico de un sector productivo y comercial; en el presente caso, la pretensión de limitar la comercialización de alcohol con restricciones normativas focalizadas y la disminución de su consumo mediante campañas de concientización está adecuadamente equilibrada, ya que, persigue un fin lícito cuyo objetivo es preservar de manera indirecta el derecho fundamental a la salud y a vivir en un ambiente sano; libre de sustancias perjudiciales y adictivas, por lo cual, tales limitaciones moderadas a dicho sector de bebidas alcohólicas, además de ser necesarias, son de tipo preventivo en razón del deber estatal de tutelar los bienes jurídicos de los habitantes de su territorio.

2.3.3 Necesidad

La limitación del desarrollo del sector de las bebidas alcohólicas, es necesaria y precisa, ya que la aplicación de medidas que limitan el derecho de sus operadores es apropiada en comparación con las afectaciones crónicas que causa en la salud de los consumidores, por ello no es plausible prescindir de disposiciones que demarquen sus límites. Por esta razón el medio establecido es el más idóneo y el menos lesivo, por cuanto no se impide su consumo; más se limita su desarrollo a través de regulaciones en su comercialización, consumo y publicidad. Finalmente se considera que la restricción impuesta al sector es eficaz, puesto que se prohíbe su acceso y consumo a menores de edad, expendio en instituciones educativas y sus alrededores, así como en lugares públicos, entre los principales. Además, se fija horarios para su dispensación

y consumo autorizado a través establecimientos específicos, según lo establecido en la normativa pertinente citada en la presente investigación.

2.3.4 Proporcionalidad en estricto sentido

El reconocimiento del derecho a la salud impide o restringe al derecho a desarrollar actividades económicas del sector de las bebidas alcohólicas en el mercado nacional. En ese contexto, la ley exige un justo equilibrio entre la protección y la limitación constitucional. Sin embargo, en el presente caso no se prohíbe totalmente la actividad económica del sector; se la limita. No se impide al sector desarrollar actividades dentro del marco normativo; se le imponen adecuaciones, que van orientadas a proteger a los habitantes de la nación. La justificación razonable que permita una contradicción en relación con el reconocimiento y el ejercicio de un derecho constitucional como el derecho a desarrollar actividades económicas, debe existir una afectación al derecho de otra persona o bien jurídico protegido más relevante. Esto es, que debe existir un daño real, tangible, medible y efectivo a los operadores económicos del sector, o demostrarse que el reconocimiento del derecho a la salud ocasiona que las empresas de bebidas alcohólicas tengan un impedimento, restricción o anulación al reconocimiento del derecho a ejercer actividades económicas. Entonces, sí hay relación causa-efecto entre la restricción al desarrollo de actividades económicas del sector y la propensión del derecho a la salud colectiva. En otras palabras, la restricción o limitación derivada del derecho a la salud influye, limita y restringe el derecho de los operadores económicos del sector a ejercer actividades económicas libremente.

En cambio, el libre ejercicio de las actividades económicas de este sector en particular, sin regulaciones o limitaciones normativas, sí afectaría en mayor dimensión a los consumidores porque incide directamente en el derecho a la salud, y a vivir en un ambiente sano. Desistir de un control constante a las actividades de este sector visibilizarían a posteridad un problema a mayor escala; palpable en los ámbitos socioeconómicos, culturales y sanitarios de la población, ya que la repercusión del consumo descontrolado de bebidas alcohólicas produce perjuicios cuyas secuelas nocivas son proporcionalmente mayores a los beneficios o ventajas económicas que

se podrían desprender de la producción, importación y comercialización de bebidas alcohólicas; sin salvedad alguna.

2.4 Marco Metodológico

2.4.1 Tipo de investigación

Esta investigación se desarrollará a través de un caso de estudio teórico con enfoque *cuantitativo* para el abordaje del problema debido a que desarrollará el análisis de la limitación del derecho a ejercer actividades económicas para el sector de las bebidas alcohólicas dentro del ordenamiento jurídico nacional. De acuerdo con la finalidad, corresponde a un estudio *puro* ya que la intención del investigador es aportar al conocimiento del Derecho Constitucional. Acorde con el nivel de profundidad, se ejecutará una investigación *descriptiva* porque realizará un análisis documental de la normativa, de la doctrina y de la jurisprudencial relevante, sobre todo aquello que guarda relación, a la limitación del derecho a ejercer actividades económicas dentro del sector de las bebidas alcohólicas en el Ecuador. Considerando la temporalidad este estudio será de tipo *transversal* porque los datos serán tomados en un solo momento del tiempo, analizando la limitación normativa actual del sector. Finalmente, la investigación corresponde a una escala *macro social* ya que se estará trabajando con una problemática que afecta a nivel nacional a todos los operadores del sector de las bebidas alcohólicas.

2.4.2 Muestra

El universo de estudio será la normativa, jurisprudencia y la doctrina relevante que regulan al sector de las bebidas alcohólicas en el Ecuador.

La muestra es el caso teórico titulado: "La limitación al derecho constitucional a desarrollar actividades económicas: caso sector bebidas alcohólicas en el Ecuador"; para lo cual se revisará normativa, doctrina y jurisprudencia relevante relacionada con el tema de la investigación para obtener la información necesaria y de esa manera, su análisis sea válido y confiable.

El tipo de muestreo es no probabilístico, este tipo de muestreo permitirá al investigador, seleccionar los objetos de estudio, la normativa relevante que conformará la muestra. Adicionalmente, de examinar lo relacionado con la doctrina y jurisprudencia relevante relacionadas con el problema propuesto.

La conformación de la muestra será la siguiente:

Unidad de análisis documental	Detalle
Normativa	Constitución de la República del Ecuador; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; Ley Orgánica de Salud; Ley Orgánica de Defensa al Consumidor; Ley Orgánica de Comunicación; y, Ley de Régimen Tributario Interno.
Jurisprudencia	Emitida por la Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia No. 003-14-SIN-CC; Sentencia No. 002-16-SCN-CC; Sentencia No. 11-18-CN/19; Dictamen No. 1-21 EE/21. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-5/85; Sentencia caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.
Doctrina	Nacional e internacional sobre Derecho Constitucional; Derechos Humanos.

La técnica y método de estudio son la revisión documental y bibliográfica. Este estudio se llevará a cabo en una sola fase utilizando la técnica de análisis documental, para lo cual se elaborará un instrumento basado en las variables de la hipótesis de trabajo que permitirá proceder de forma metódica y sistémica para efectuar el análisis del objeto de la investigación.

2.4.3 Procedimiento

Para llevar a cabo el procedimiento de la investigación, se deberán seguir algunos pasos. El primero de ellos consiste en examinar el concepto del test de proporcionalidad para definir sus elementos, construyendo el marco teórico de la investigación. El segundo es la identificación y análisis de los cuerpos legales (constitucionales e infraconstitucionales) que regulan las limitaciones al derecho a ejercer actividades económicas del sector de las bebidas alcohólicas en el Ecuador. El tercer paso es la aplicación de las categorías desarrolladas en el marco teórico a la situación normativa del sector de las bebidas alcohólicas.

2.4.4 Construcción del instrumento de recolección de datos

2.4.4.1 Hipótesis

El ordenamiento jurídico ecuatoriano limita, de manera proporcional, el derecho constitucional a desarrollar actividades económicas del sector de las bebidas alcohólicas al determinar la prevalencia del derecho a la salud frente a su ejercicio.

2.4.4.2 Variables

Variable independiente: El principio de proporcionalidad está conformado por cuatro dimensiones para su evaluación:

- Fin constitucionalmente válido
- Idoneidad
- Necesidad
- Proporcionalidad en estricto sentido

Variable dependiente: La limitación del ejercicio del derecho constitucional a desarrollar actividades económicas del sector de las bebidas alcohólicas no es arbitraria al cumplir con el test de proporcionalidad.

2.4.4.3 Definición conceptual

PRINCIPIO O TEST DE PROPORCIONALIDAD

Concepto desarrollado en el Marco teórico 2.1.3

LIMITACIÓN DE DERECHOS

Concepto desarrollado en el Marco teórico 2.1.2

2.4.4.4 Técnica de análisis documental – instrumento guía de observación

Variables de la hipótesis	Dimensiones/ Características	Normativa	Observación (conclusiones)
<p>Variable independiente:</p> <p>Test de proporcionalidad</p>	<p>Fin constitucionalmente válido</p>	<p>Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional</p>	<p>La ejecución de actividades económicas no puede inobservar la existencia de otra norma constitucional. En el caso concreto, la libertad a desarrollar actividades económicas no puede ejecutarse contraviniendo las obligaciones específicas del Estado con respecto de sus habitantes en su rol de bienes jurídicos protegidos, como la de ejecutar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, porque de concretarse, vulneraría la consecución del derecho a la salud de sus consumidores.</p>
			<p>El Estado ecuatoriano, priorizando el interés público de la salud de los habitantes del territorio nacional, sobre el interés particular que podría representar la actividad productiva del sector de bebidas alcohólicas establece varias regulaciones y prohibiciones a nivel normativo para realizar publicidad de los productos que comercializa este sector, con el único fin de garantizar el bienestar de los ecuatorianos; propendiendo a reducir y evitar el consumo en general de las sustancias consideradas por las autoridades sanitarias como nocivas para la salud.</p>
			<p>El Estado tiene el deber de incentivar, promover la productividad y</p>

		<p>competitividad de la industria, la provisión del saber científico y tecnológico, la introducción estratégica en la economía global, y las acciones productivas en la integración regional, procurando el máximo nivel de producción sostenible en el tiempo; sin embargo, la realización de estas actividades vinculadas a las bebidas alcohólicas no es socialmente deseable por el Estado ecuatoriano. Por ello, desarrolla programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, y además controla y regula su publicidad.</p>
	Idoneidad	<p>El fin legítimo de la actividad económica del sector de las bebidas alcohólicas es el proveer y satisfacer una necesidad presente en el mercado; y a su vez, contribuir con el desarrollo económico nacional.</p> <p>El medio es la restricción al derecho a desarrollar actividades económicas para el sector bebidas alcohólicas.</p> <p>La limitación a desarrollar actividades económicas es particular para el sector de las bebidas alcohólicas.</p>
	Necesidad	<p>La limitación del desarrollo del sector de las bebidas alcohólicas, es necesaria y precisa, ya que la aplicación de medidas que limitan el derecho de sus operadores es apropiada en comparación con las afectaciones crónicas que causa en la salud de los consumidores.</p> <p>Se considera que la restricción impuesta al sector es eficaz, puesto que se prohíbe su acceso y consumo</p>

			a menores de edad, expendio en instituciones educativas y sus alrededores, así como en lugares públicos, entre los principales. Además, se fija horarios para su dispensación y consumo autorizado a través establecimientos específicos.
	Proporcionalidad en estricto sentido		Sí hay relación causa-efecto entre la restricción al desarrollo de actividades económicas del sector y la propensión del derecho a la salud colectiva. En otras palabras, la restricción o limitación derivada del derecho a la salud influye, limita y restringe el derecho de los operadores económicos del sector a ejercer actividades económicas libremente.
Variable dependiente: La limitación del ejercicio del derecho constitucional a desarrollar actividades económicas del sector de las bebidas alcohólicas.	Arbitraria o desproporcional	-Constitución de la República -Ley Orgánica de Salud -Ley Orgánica de Defensa del Consumidor -Ley Orgánica de Comunicación -Ley Régimen Tributario Interno	No aplica.
			No aplica.
			No aplica.
			No aplica.
	No arbitraria o proporcional		Sí aplica
			Sí aplica
			Sí aplica
			Sí aplica

3 CONCLUSIONES

- La ejecución de actividades económicas no puede inobservar la existencia de otra norma constitucional. En el caso concreto, la libertad a desarrollar actividades económicas no puede ejecutarse contraviniendo las obligaciones específicas del Estado con respecto de sus habitantes en su rol de bienes jurídicos protegidos, como la de desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, porque de concretarse, vulneraría la consecución del derecho a la salud de sus consumidores.
- El Estado ecuatoriano, priorizando el interés público de la salud de los habitantes del territorio nacional, sobre el interés particular que podría representar la actividad productiva del sector de bebidas alcohólicas establece varias regulaciones y prohibiciones a nivel normativo para realizar publicidad de los productos que comercializa este sector, con el único fin de garantizar el bienestar de los ecuatorianos; propendiendo a reducir y evitar el consumo en general de las sustancias consideradas por las autoridades sanitarias como nocivas para la salud.
- El Estado tiene el deber de incentivar, promover la productividad y competitividad de la industria, la provisión del saber científico y tecnológico, la introducción estratégica en la economía global, y las acciones productivas en la integración regional, procurando el máximo nivel de producción sostenible en el tiempo; sin embargo, la realización de estas actividades vinculadas a las bebidas alcohólicas no son socialmente deseables por el Estado ecuatoriano. Por ello, desarrolla programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, y además controla y regula su publicidad.
- El fin legítimo de la actividad económica del sector de las bebidas alcohólicas es el proveer y satisfacer una necesidad presente en el mercado; y a su vez, contribuir con el desarrollo económico nacional. A su vez, el medio es la restricción al derecho a desarrollar actividades económicas para el sector

bebidas alcohólicas. Por tanto, la limitación a desarrollar actividades económicas es particular para el sector de las bebidas alcohólicas.

- La limitación del desarrollo del sector de las bebidas alcohólicas, es necesaria y precisa, ya que la aplicación de medidas que limitan el derecho de sus operadores es apropiada en comparación con las afectaciones crónicas que causa en la salud de los consumidores.
- Se considera que la restricción impuesta al sector es eficaz, puesto que se prohíbe su acceso y consumo a menores de edad, expendio en instituciones educativas y sus alrededores, así como en lugares públicos, entre los principales. Además, se fija horarios para su dispensación y consumo autorizado a través establecimientos específicos.
- Sí hay relación causa-efecto entre la restricción al desarrollo de actividades económicas del sector y la propensión del derecho a la salud colectiva. En otras palabras, la restricción o limitación derivada del derecho a la salud influye, limita y restringe el derecho de los operadores económicos del sector a ejercer actividades económicas libremente.

4 RECOMENDACIONES

- Se recomienda aplicar el test de proporcionalidad a los órganos judiciales pertinentes para la resolución efectiva y eficaz de conflictos derivados de la contraposición de derechos de igual jerarquía como los establecidos en el ámbito constitucional nacional. Sin duda, los componentes establecidos para el aplicación del test, dan claridad y justifican si es arbitraria o no la restricción y/o limitación respecto al ejercicio de determinado derecho constitucional, coartando la discrecionalidad del ente jurídico dirimente en el caso específico. En ese sentido, al parametrizar el análisis particular ejecutado por el juez para cada caso, con el sustentáculo de factores técnicos: jurisprudenciales y/o doctrinarios se propende la ejecución de un proceso jurídico sano para el devenir del Derecho en general.

5 REFERENCIAS

- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En R. Alexy, C. Pulido, J. Moreso, L. Sanchís, L. Clérico, I. Villaverde, . . . R. Ávila, *El principio de proporcionalidad e interpretación constitucional* (págs. 13-42). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. [CRE]: Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. [CRE]: Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. [LOGJCC]: Registro Oficial Suplemento 52. 22 de octubre de 2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2013). *Ley Orgánica de Comunicación*. [LOC]: Registro Oficial Suplemento 22. 25 junio de 2013.
- Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Serie C No. 140 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de enero de 2006).
- Clérico, L. (2008). El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. En R. Alexy, C. Pulido, J. Moreso, L. Sanchís, L. Clérico, I. Villaverde, . . . R. Ávila, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 125-173). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2004). *Ley de Régimen Tributario Interno*. [LRTI]: Registro Oficial Suplemento 463. 17 de diciembre de 2004.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2000). *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. [LODC]: Registro Oficial Suplemento 116. 10 de julio de 2000.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2006). *Ley Orgánica de Salud*. [LOS]: Registro Oficial Suplemento 423. 22 de diciembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). *Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*. Costa Rica.
- Dictamen No. 1-21 EE/21, juez ponente Agustín Grijalva Jiménez, Caso No. 1-21-EE (Corte Constitucional del Ecuador 06 de abril de 2021).
- García, J. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación- Sexta Edición*. México: McGRAW-HILL/Interamericana Editores S.A. de C.V.

- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (15 de abril de 2021). *INEC*. Obtenido de Laboratorio empresarial del INEC 2019. : <https://produccion.ecuadorencifras.gob.ec/QvAjaxZfc/QvsViewClient.aspx?public=only&size=long&host=QVS%40virtualqv&name=Temp/4bb00210a5d34f44b03c88fbf1122e16.pdf>
- Maldonado, M. (2012/13). EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y SU APLICACIÓN AL ESTUDIO DE VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 139-174.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Documento institucional 22 de noviembre 1969.
- Organización de Estados Americanos. (2001). *Carta Democrática Interamericana*. Documento Institucional 11 de septiembre 2001.
- Organización Mundial de la Salud. (21 de septiembre de 2018). *Alcohol*. Obtenido de who.int: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/alcohol>
- Roca, E., & Ahumada, M. (2013). Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. *XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013 Roma*. España.
- Sánchez, R. (2008). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. En R. Alexy, C. Pulido, J. Moreso, L. Sanchís, L. Clérico, I. Villaverde, . . . R. Ávila, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 221-268). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Sapag, M. (2008). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DE RAZONABILIDAD COMO LÍMITE CONSTITUCIONAL AL PODER DEL ESTADO: UN ESTUDIO COMPARADO. *Díkaion*, vol. 22, 157-198.
- Secretaría Técnica Jurisdiccional Corte Constitucional. (2016). *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Sentencia No. 002-16-SCN-CC, jueza sustanciadora Roxana Silva Chicaiza, Caso No. 0153-13-CN (Corte Constitucional del Ecuador 09 de marzo de 2016).
- Sentencia No. 003-14-SIN-CC, Casos acumulados: 0014-13-IN; 0023-13-IN; 0028-13-IN (Corte Constitucional del Ecuador 17 de septiembre de 2014).
- Sentencia No. 11-18-CN/19, CASO No. 11-18-CN (Corte Constitucional del Ecuador, juez ponente Ramiro Ávila Santamaría 12 de junio de 2019).
- Sentencia No. 11-18-CN/19, juez ponente Ramiro Ávila Santamaría, Caso No. 11-18-CN (Corte Constitucional del Ecuador 12 de junio de 2019).

- Solozábal, J. (2003). Límites de los derechos y sistema normativos. En *Derecho Privado y Constitución* (págs. 449-478). España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instituciones para armar*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Villaverde, I. (2008). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. En R. Alexy, C. Pulido, J. Moreso, L. Sanchís, L. Clérico, I. Villaverde, . . . R. Ávila, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (págs. 175-188). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.



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, Alexander Gino Guano Monteros, con C.C: # 1719707430 autor del trabajo de titulación: La limitación al derecho constitucional a desarrollar actividades económicas: caso sector bebidas alcohólicas en el Ecuador. Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Constitucional** 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, 11 de noviembre del 2021.

f. _____

Nombre: Alexander Gino Guano Monteros

C.C: 1719707430



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La limitación al derecho constitucional a desarrollar actividades económicas: caso sector bebidas alcohólicas en el Ecuador		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Guano Monteros Alexander Gino		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	TUTOR: Carbonell Yáñez María Helena REVISORES: Peña Seminario María Verónica y Elizalde Jalil Marco Antonio.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Constitucional		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	11 de noviembre del 2021	No. DE PÁGINAS:	55
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Bebidas Alcohólicas, Salud, Actividades Económicas, Limitación, Principio Proporcionalidad.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>El sector de las bebidas alcohólicas ampara su accionar en el derecho a desarrollar actividades económicas descritas a nivel constitucional; sin embargo, su conflicto con otros derechos constitucionales deriva en una limitación a su ejercicio. El objetivo general de esta investigación es analizar como el Estado limita al derecho a desarrollar actividades económicas para el sector; examinando el concepto de la limitación o restricción al ejercicio de un derecho constitucional; revisando las limitaciones dentro del ordenamiento jurídico nacional aplicable al sector; finalmente, se aplica el principio de proporcionalidad al derecho a desarrollar actividades económicas dentro del sector. Se define esta investigación científica con un enfoque cualitativo, pura, descriptiva, transversal y macro social, cuyo procedimiento consiste en examinar el concepto del test de proporcionalidad definiendo sus elementos, construyendo el marco teórico; luego, la identificación y análisis de los cuerpos legales que regulan las limitaciones al derecho a ejercer actividades económicas al sector. Por último, la aplicación de las categorías desarrolladas en el marco teórico a la situación normativa del sector. Concluyéndose que la limitación al derecho a desarrollar actividades económicas del sector de bebidas alcohólicas no es arbitraria ya que tiene un fin constitucionalmente válido, es idónea, es necesaria y es proporcional en estricto sentido para precautelar el derecho a salud de los habitantes de la nación.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/>	SI	NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0996546761		E-mail: E-mail: aggmonteros@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Hernández Terán Miguel Antonio		
	Teléfono: 0985219697		
	E-mail: mhtjuridico@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			