

A black and white photograph of a human skull and hand, possibly a mummy, with a red-bordered text box overlaid. The skull is in the foreground, and the hand is in the background, both appearing to be part of an ancient or historical artifact. The text box is centered and contains the title of the document.

**El principio constitucional  
de proporcionalidad y  
la actividad legislativa  
penal ecuatoriana**

## EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD Y LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA PENAL ECUATORIANA

## THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND ECUADORIAN CRIMINAL LEGISLATIVE ACTIVITY

### RESUMEN

El propósito del presente trabajo es determinar y aclarar los preceptos de la Constitución ecuatoriana que consagran el programa penal que debe guiar la actividad legislativa ecuatoriana en relación al principio constitucional de proporcionalidad, dentro de una estructura garantista como imperativo de cualquier medida legislativa penal que se proponga. Las consideraciones conceptuales que se presentarán aquí, así como los artículos constitucionales a citar, deberán ser consideradas como las premisas valorativas, que guíen la comprensión, análisis y aplicación del principio de proporcionalidad en la actividad legislativa en cuanto a la producción de normas, como canon de constitucionalidad.

**PALABRAS CLAVE:** Proporcionalidad; legislación penal; necesidad penal; idoneidad; pautas de constitucionalidad.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to determine and clarify the precepts of the Ecuadorian Constitution that enshrine the criminal program that should guide the Ecuadorian legislative activity in relation to the constitutional principle of proportionality, within a guarantee structure as an imperative of any proposed criminal legislation. The conceptual considerations that will be presented here, as well as the constitutional articles to be cited, should be considered as the primary premises, which guide the understanding, analysis and application of the principle of proportionality in the legislative activity regarding the production of norms, such as canon of constitutionality

**KEYWORDS:** Proportionality; criminal legislation; criminal necessity; suitability; constitutionality guidelines.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



**TANIA GABRIELA VILLACRESES BRIONES**



Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador



*villacresesgaby@gmail.com*

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 DE OCTUBRE DE 2018

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 5 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

## INTRODUCCIÓN

Nos decidimos por el presente tema de investigación, pues en el contexto del Estado constitucional democrático de derechos y justicia que rige a Ecuador, donde es el principio de mínima intervención penal -como tratado de política criminal- el que establece los hilos conductores de la potestad punitiva estatal a nivel legislativo, interpretativo y de aplicación, el principio de proporcionalidad cobra una especial trascendencia.

Resulta entonces necesario y es objeto de nuestra investigación, conceptualizar y aproximarnos a la clarificación de las líneas constitucionales conductoras que guíen la comprensión, análisis y aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito legislativo, generando ciertas pautas para su estudio y aplicación, más allá del terreno de lo jurisdiccional en la actividad judicial; y aproximarnos a los estudios de proporcionalidad en el espacio de producción y creación de normas penales.

Determinaremos la complementariedad del principio constitucional de proporcionalidad con el principio de mínima intervención penal, lo que dota de mayor obligatoriedad al principio de proporcionalidad, como mandato de razonabilidad para la actividad parlamentaria penal en el ejercicio de su poder.

Para aquello, describiremos las premisas valorativas, que son base para el estudio y descubrimiento de las pautas de proporcionalidad en el ámbito legislativo, es decir, cómo encontramos el principio consagrado constitucional y normativamente y a qué tipo de medidas conduce en el ámbito jurídico parlamentario ecuatoriano.

Es necesario acotar que dentro del presente trabajo hemos considerado referirnos a la observación y sometimiento al principio de proporcionalidad en sede legislativa, a manera de: “estudio de proporcionalidad”, como parte del

análisis a realizar dentro de la fase de producción de normas en el Parlamento ecuatoriano, y como mandato constitucional que vincula a todos los poderes públicos, adquiriendo un sentido propio dentro del proceso de creación normativa.

Con todo esto de base, podremos pasar a estudiar los contenidos específicos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, del principio en estudio, y su utilidad en el ámbito parlamentario.

## DESARROLLO

Hacer una ley o plantear una reforma a esta, implica la redacción de un texto que debe resultar claro y comprensible para sus destinatarios y a la vez “debe ser lógicamente consistente tanto en su estructura interna como respecto de los principios y reglas preexistentes en el ordenamiento jurídico (Vega, 2015).

Si uno de los actuales problemas en la situación jurídica ecuatoriana y regional es la falta de estándares jurisdiccionales de racionalidad, en el ámbito legislativo el panorama es aún más oscuro y la necesidad de seguimiento de pautas y niveles de racionalidad en el proceso de producción de leyes que las valide constitucionalmente se vuelve indispensable.

Resulta innegable que es al legislador a quien le corresponde la tarea de definir los bienes jurídicos que debe proteger, o las conductas que consideran producen el daño social que desea evitar (Rojas, 2009) apegados a los principios constitucionales, que deben determinar su actuar.

Es aquí donde el principio de proporcionalidad asume un rol protagónico, mismo que subyace de la propia redacción de la ley y puede suponer la construcción de categorías dogmáticas como es el caso específico del área del Derecho penal.

El principio de proporcionalidad ha tenido un extraordinario desarrollo en los estudios relativos a la definición de los límites de los derechos fundamentales, y en el Derecho penal al ser esta una rama cuya naturaleza, por sí, limita el goce de estos derechos.

Tradicionalmente, en el Derecho penal, el principio de proporcionalidad se ha definido a partir de la comparación entre pena y delito (Feijo, 2007); entre pena y culpabilidad; entre

pena y afectación del bien jurídico, entre pena y daño ocasionado con el delito o entre pena y finalidades socialmente admisibles (Arias, 2012).

Sin embargo, este último planteamiento "básico" se queda corto, e incluso suelen considerarlo ya como una formulación arcaica de la función punitiva del Estado y los límites con la que se encuentra revestida, en razón de que fundamentan la sanción en una equivalencia relativa y simple entre conducta y pena, creando sanciones con referencia a la ley del Talión (Gonzales, 2017).

El principio en estudio pasa en esta rama, a ser considerado no solamente como el principio rector del justo equilibrio entre delitos y penas, sino a servir también de esquema de razonamiento referido a los límites materiales del *ius puniendi* (Prieto, 2006), en la actividad legislativa; así, toda ley penal producida, debe ser el resultado de un complejo estudio en el que estén incorporados distintos tipos de balances sobre la base del principio de proporcionalidad.

Entendemos por "proporcionalidad" en sentido amplio al principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la "finalidad" perseguida, "necesaria" o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos, es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles (Barnes, 2009).

Todo esto dentro de la línea de la mínima intervención penal y en sentido estricto, por derivarse de aquélla, más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades pues, la acción estatal debe ser útil, necesaria y proporcionada (Barnes, 2009).

Dentro de las perspectivas formuladas, el estudio de las razones de proporcionalidad aboca además a un examen jurídico-constitucional de eficacia y eficiencia de las medidas legislativas penales que se proponen en un Parlamento, que justifiquen la pertinencia de estas, en referencia a la conducta que la medida penal busca evitar, a través de tipos de penales de acción u omisión.

En este examen integral de constitucionalidad, se deberá observar también la concepción de democracia constitucional, como la configuración de Estado base de nuestra sociedad ecuatoriana, donde existen garantías de libertad, que obligan a las autoridades a justificar su actuar a la hora en la que se toman las decisiones, para este caso en particular a la hora de intervenir legislativamente.

Así, las intervenciones legislativas deberán, además de guardar coherencia con todo el sistema jurídico, ser razonables y posibilitar la afirmación de que se han respetado todos los puntos de vista y posiciones, observando la diversidad de la sociedad y no solo un actuar bajo la regla de mayorías, como anteriormente se planteaban los discursos democráticos.

En Ecuador, el Parlamento y todo órgano con potestad normativa tiene la obligación por mandato constitucional en el artículo 84, de adecuar y desarrollar las leyes a los principios y derechos establecidos en la Constitución y Tratados Internacionales.

Así, el legislador no reforma, crea y define las leyes a su discrecionalidad, sino que, al hacerlo, debe someterse a los lineamientos previos constitucionales y evaluar, valorar y sobre todo justificar su actuar.

La legitimación constitucional del Estado, como el origen de las potestades públicas y sus límites, controles y fundamentos, se encuentra sujeta al principio de obligatoriedad, que caracteriza al Derecho público, a más de esto, en caso del Derecho penal esta potestad debe ser formalizadas a través de los Códigos Penales proporcionados y últimos.

El poder legislativo debe escoger medios de intervención en las conductas de la sociedad que se encuentren revestidos de razonabilidad como resultado de la necesidad de legitimar la acción estatal, para lo cual debe determinarse el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse, para evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública (Bernal, 2006).

A partir de la fuerte consagración del constitucionalismo después de la segunda posguerra, en Alemania se reconoce la principal evolución en el desarrollo de los derechos fundamentales precisamente, en la intensifi-

cación de su vigencia frente al legislador (Medina, 1998).

Suele coincidirse en señalar que ha sido determinante el “descubrimiento” del principio de proporcionalidad como técnica de control del legislador limitador de los derechos fundamentales (Medina, 1998).

Alemania es el país que destaca, al ser el creador de la doctrina que luego es extendida por el resto del mundo; su Tribunal Constitucional, en la aplicación y estudio del principio de proporcionalidad, lo utiliza para regular los actos de los poderes públicos que pongan en riesgo los derechos fundamentales (Bernal, 2009), de tal modo, no solo regula la acción jurisdiccional, sino, todos los actos emanados por el poder público.

El artículo 76, numeral 6 de la Constitución ecuatoriana, determina que: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” consagrando así de forma expresa el principio de proporcionalidad en su básica y amplia concepción.

La Constitución ecuatoriana es relativamente nueva, se encuentra en vigencia a partir del mes de octubre del año 2008 y presenta esquemas de planteamientos de mínimos jurídicos en cuanto a Derecho Penal se trata, además de consagrar a Ecuador como un: “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático.” (Constituyente, 2008)

Ante lo evocado, la interpretación constitucional ecuatoriana se vio obligada a redefinir sus lineamientos a la perspectiva de la apertura a los principios objetivados en la norma suprema, que adquirirían, bajo este esquema, la característica de la justiciabilidad, es decir, directa e inmediata aplicación, legislativa, jurisdiccional o administrativa, sin necesidad de regla expresa y aun en contra de alguna que pudiere contrariar, en abstracto o en concreto, su efectiva supremacía.

El contenido garantista de la Constitución ecuatoriana, se refleja en la parte general del Código Penal ecuatoriano, así, en su artículo 3 establece que la intervención penal solo está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas, constituye el último recurso, y debe

intervenir solo cuando no sean suficientes los mecanismos extrapenales.

En el sistema jurídico ecuatoriano estos límites al ejercicio del poder punitivo del Estado y su potestad legislativa, no solo se encuentran sometidos a lo que determina la Constitución y su concepción de Estado, sino también, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, a los que la misma Constitución en su artículo 525 les reconoce jerarquía constitucional e inmediata y directa aplicación; encontrándonos de esta forma sometidos y vinculados a la Declaración Interamericana de Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José.

Por lo antes dicho, Ecuador no solo se encuentra sometido al mencionado tratado, sino que, a su vez, a las decisiones y/o resoluciones que en razón del mismo tratado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite.

Bajo la anterior premisa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterio tanto para delitos específicos como resultado del conocimiento de casos concretos, así como en resoluciones consultivas respecto a la actividad legislativa en materia penal relacionada con las finalidades que legítimamente se pueden perseguir con la asignación de las penas y la calidad de las penas que resultan admisibles en un Estado democrático de Derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos además, ha expuesto juicio respecto a las conductas que pueden ser penalmente perseguidas, “la forma como se han de ejecutar las penas establecidas por el legislador, el deber de tipificar ciertos comportamientos como delitos a lo que se conoce como mandato de tipificación, y la obligación de asignar penas a dichas conductas, mandato de penalización (Cita, 20017), todo esto como parte del principio rector de proporcionalidad que se encuentra latente en el Derecho penal.

#### **EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL DERECHO PENAL**

El principio de mínima intervención penal, como criterio superior constitucional, determinativo e invasivo de la actividad penal en todos sus ámbitos, se divide a la vez en dos sub principios: subsidiariedad y fragmentariedad,

que revisten de carácter a los límites del Derecho penal.

Dentro del principio de mínima intervención penal, el subprincipio de subsidiariedad, nos conduce a concebir al Derecho penal, como aquella rama del derecho que solo interviene una vez que se ha comprobado el fracaso de las restantes ramas del ordenamiento jurídico; cuando se determina que, no es posible proteger eficazmente un bien jurídico a través de las medidas propias de las otras ramas del derecho, sin que esto suponga falta de autonomía del área penal.

El legislador debe estudiar y justificar que otros medios menos lesivos han fallado en la protección de los bienes jurídicos. No significa que se encuentra el Derecho penal subordinado al resto de ramas del derecho, sino que, se utilizará en última instancia.

Dentro de esta guía conductora de la actividad penal debemos recurrir a la creación de regulación penal, exclusivamente cuando se ha demostrado y justificado que otros medios y ramas del derecho no han resultado eficaces.

El segundo subprincipio, el carácter fragmentario, constituye por defecto la base a la que debe someterse la creación de la parte especial de los Códigos Penales, es decir tipificación de delitos; que determina que, solo deben ser tutelados por el área penal, los bienes jurídicos frente a las formas más graves en que estos pueden ser vulnerados.

Las conductas que pueden ser consideradas antijurídicas para otras ramas del derecho, para el Derecho penal, solo lo serán, si adquieren un nivel especial de peligrosidad.

Con esto, la conocida afirmación del Derecho penal y su exclusiva y necesaria protección de "bienes jurídicos" no significa que todo "bien jurídico" haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención y regulación del Derecho penal (Mir Puig, 1998).

Aguado Correa, considera que, el olvido del respeto del principio de fragmentariedad por parte del legislador conduce a tal inflación punitiva que provoca la degradación de la función de la pena (Aguado, 1999) pues

no solo inciden consideraciones utilitaristas, como ocurre fundamentalmente con el principio de idoneidad y de subsidiariedad, sino que también inciden en consideraciones del principio mismo de proporcionalidad en todos sus sentidos.

Por tanto, el principio de fragmentariedad penal, no solo forma parte del principio constitucional rector de la actividad penal que es el principio de mínima intervención penal, sino que compone al principio de proporcionalidad, y a la inversa, complementando uno al otro, pues en casos donde el legislador penal no se ciñe a los lineamientos del principio de fragmentariedad, tampoco estará realizando un correcto estudio de proporcionalidad.

### **EL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

Está claro que, de las constituciones se derivan los principios y reglas que rigen el proceso penal, la imputación de las conductas y el fin de la pena, lo que ha hecho que lo denominen como Derecho Penal Constitucional (Arroyo, 1997).

La Constitución de la República del Ecuador, determina las pautas que regulan y limitan el poder punitivo del estado, conteniendo en sí misma, un programa penal, que no es más que un esquema de derechos sobre la cual debe aterrizar la legislación penal, y del que debe partir y tener de base para ser considerada legítima.

La Constitución ecuatoriana, en sus principales artículos respecto al tema consagra lo siguiente:

Art. 1. El Ecuador se consagra como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático. Con esto, el reconocimiento de todo lo que encierran y configuran las democracias constitucionales.

Art. 11.3 Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Art. 51. Se reconoce a las personas privadas de la libertad un sinnúmero de derechos,

entre ellos, el reconocimiento como grupos de atención prioritaria, lo que implica que tanto la ley como las políticas públicas deben establecer medidas penales proporcionales, que eviten el encierro prolongado de las personas privadas de libertad (Pazmiño, 2015) reconociéndoles además como individuos que requieren una atención especial.

Art. 76. Se confirma el enfoque del Estado sobre el debido proceso, legislación y juicios justos a través de la reproducción de estándares internacionales.

Art. 76.6. Se dispone a la actividad legislativa y judicial la aplicación del principio de proporcionalidad.

Art. 93. Abre nuevas vías de control constitucional.

Art. 195. Determina que la aplicación del poder punitivo es de carácter excepcional. Es decir, la regulación penal, cabe solamente en lo residual.

Dentro de los artículos citados, nos inscribimos así, en un programa penal constitucional mínimo, sujeto a las características del garantismo penal y como imperativo de cualquier medida legislativa penal.

Se maximiza el Estado de Derecho y se reconoce como riesgo que es posible dejar fuera de persecución penal conductas reprochables, pero jamás limitar el ejercicio de los derechos fundamentales sin fundamentos válidos dentro del límite de la mínima intervención penal y de los estudios de proporcionalidad planteados.

Analizando la exposición de motivos del actual Código Penal ecuatoriano, este alude a la materia como protectora de bienes jurídicos, pero como norma cuya finalidad principal, es limitar el poder punitivo del Estado.

A la vez, determina que, la intervención del Derecho penal debe darse solo cuando sea estrictamente necesario y sea el último recurso que tiene el estado para proteger el bien jurídico afectado o puesto en riesgo.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha afirmado que el principio de proporcionalidad se establece como estudio “del propósito que

se persigue y si éste es constitucional y legítimo (Chávez, 2010).

### JUICIO DE PROPORCIONALIDAD (MOMENTO LEGISLATIVO)

La proporcionalidad en el ámbito legislativo, como método, y no solo como principio consagrado constitucionalmente, es el resultado del examen de varios elementos que lo conforman, como hemos visto en el desarrollo de la investigación, y de la interpretación del programa constitucional de cada país.

Cuando los parlamentos crean reglas que regulan la vida de las personas que conviven en un estado, realizan un estudio de proporcionalidad, que legitima y fundamenta la intervención legislativa con respecto a un derecho fundamental y en relación a algún fin a alcanzar.

Los jueces como administradores de justicia subsumen las reglas creadas por el legislador y ponderan principios constitucionales cuando no existe una regla que actúe como premisa mayor creada de forma previa, por esto la creación de cualquier tipo de regla por parte del parlamento lleva de fondo un importante estudio de proporcionalidad.

Lo último, con mucha mayor medida, en el área penal, donde se determinará la creación de tipos penales resultado de un balance de principios y derechos constitucionales, donde el último paso dentro del actuar jurídico aparece formalizado por la subsunción judicial.

Por lo que es preciso destacar los beneficios de la precisión legislativa y los grandes perjuicios de la indeterminación y ampliación de los delitos, por la mayor dificultad para tomar en cuenta las peculiaridades de los casos concretos (Endicott, 2001) y en pro del pleno progreso de los derechos constitucionales.

Los derechos fundamentales sufren afectaciones negativas de parte de la administración de justicia al momento de tipificar delitos, donde una norma legal penal priva de un derecho fundamental adscrito, por ejemplo el derecho constitucional a libre circulación, como consecuencia del menoscabo al status de las propiedades o situaciones pertenecientes a los derechos fundamentales de un tercero (Bernal, 2005), por esto, debe justificarse que la creación de esta norma es idónea y ne-

cesaria para persuadir los actos atentatorios al desarrollo de los derechos fundamentales.

La justificación de proporcionalidad en la tipificación de delitos que se menciona en el párrafo anterior, entra a cobrar un espacio, siempre y cuando, previamente la medida legal haya transitado por el filtro de constitucionalidad de forma satisfactoria.

Se ha criticado el uso de los estudios de proporcionalidad, especialmente en sentido estricto, en el ámbito judicial, pues la consideran un juicio arbitrario y salomónico (Habermas, 1998) y que ninguna instancia del poder judicial tiene la legitimación democrática suficiente como para realizarla.

Ante esto consideramos, apartándonos de emitir en este momento criterio sobre su uso en el ámbito judicial, que, a diferencia del ámbito judicial, el ámbito legislativo no solo se encuentra revestido de toda esa legitimación democrática, si no que pasa de verse como un mecanismo arbitrario, a considerarse parte de un estudio de justificación del quehacer público.

La idoneidad, como "subprincipio" o también llamado por algunos autores como estudio de "adecuación" se desarrolla a la vez, en dos partes para poder determinar la legitimidad de la intervención en un derecho fundamental, se establece, en primer lugar, si la medida legislativa debe tener un fin legítimo y, en segundo lugar, debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo (Sanchez, 2008).

Es decir, solamente si de antemano se ha determinado que los fines que persigue la medida legislativa son constitucionalmente legítimos, podremos pasar a analizar si los medios por los que se opta son idóneos para cumplir los fines perseguidos.

Para García Amado, el juicio de idoneidad es totalmente tributario de la previa interpretación de la norma cuestionada (García, 2014), pues será tributario del fin que, de entre los posibles, se asigne a la norma; y tributario de la prospección o cálculo que se haga de las consecuencias que la aplicación de la norma puede tener en relación con ese fin, es decir un estudio de racionalidad pragmática y teleológica que analizamos con anterioridad.

Para pasar el canon de idoneidad de una medida legislativa, esta debe ser susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella (TC España, 2011) y se considerará inidónea aquella medida que no es capaz de alcanzar por completo el fin (Aguado, 1999).

Cabe resaltar que no se requiere que se haya alcanzado efectivamente el fin pretendido, por ejemplo, si fuera el caso, en el momento de que un Tribunal Constitucional analice la proporcionalidad del medio, pues el hecho de que en ese momento no se haya alcanzado aún, no lleva por sí sólo a declarar su carácter contrario a la Constitución (Aguado, 1999) pues se requiere, como vimos, un análisis de los distintos espacios de racionalidad que integran el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, tiene una gran dimensión empírica pues se orienta a investigar la comprobación del cumplimiento de los fines.

Complementario a la idoneidad, tenemos el eslabón o subprincipio de la necesidad, que examina que el medio adoptado por el legislador sea necesario para conseguir el fin perseguido cuando el legislador no hubiese podido elegir otro medio igual de eficaz, pero que no restrinja los derechos fundamentales o lo haga en menor medida (Alexy, 2012) lo que relacionamos a la vez con el principio de fragmentariedad de la mínima intervención penal.

Aguado Correa, analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, considera que, en este subprincipio, al igual que en el examen de idoneidad (Aguado, 1999):

*Se declarará que un medio es innecesario para conseguir el fin pretendido cuando en virtud de un juicio ex ante se constata que el legislador podría haber adoptado otro medio igualmente eficaz pero menos lesivo; o bien cuando en virtud de un juicio ex post llegue a la conclusión de que el medio elegido, en comparación con otros, conlleva una restricción más grave de derechos fundamentales (p.75).*

Es decir, no se examina si la medida legislativa es necesaria o no, sino, si es la indicada, para alcanzar los fines que se persiguen.

De no realizarse esta dimensión del estudio de proporcionalidad, la medida legislativa examinada sería claramente ilegítima, pues

intervendría en un derecho fundamental, sin justificar su actuar, lo que es clave en el quehacer público, acerca de la falta de existencia de otra medida menos perjudicial con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone (Sánchez, 2008).

A partir de los estudios de idoneidad y necesidad, se analiza el principio de proporcionalidad en sentido estricto; se trata pues, de la parte del examen que compara la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin (Bernal, 2001).

Con este principio nos encontramos ante un verdadero límite a la intervención legislativa penal. Aquí compararemos, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la intervención legislativa, guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia de los bienes, del interés estatal o colectivo que se trata de proteger, pues cuanto mayor sea la gravedad de la injerencia en el ámbito de los intereses particulares mayor habrá de ser la importancia de los intereses colectivos que la justifican (Aguado, 1999).

### CONCLUSIONES

El derecho penal, como hemos visto, tiene una doble función, por un lado, protege derechos y por otro los restringe, por ello la necesidad de determinar los esquemas y pautas para no caer ni en venganza privada pero tampoco en impunidad.

Como vimos, el principio de proporcionalidad en el caso ecuatoriano, es un principio explícito consagrado en el artículo 76.6 de la Constitución ecuatoriana.

El legislador ecuatoriano deberá argumentar y motivar su intervención, de acuerdo al mandato constitucional contenido en el literal l, numeral 7 del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana, que ordena motivar toda intervención pública.

Es esta motivación la que deberá ser guiada por todas las pautas, derechos, principios constitucionales, convencionales y conceptuales que hemos desarrollado en este trabajo de acuerdo al artículo 84 de la Constitución ecuatoriana que citamos en el trabajo, que ordena a desarrollar y adecuar las leyes de acuerdo a los preceptos constitucionales. ■

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguado, T (1999). El principio de proporcionalidad y el derecho penal. Madrid: EDER.SA.
- Alexy, R. 2012, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", Madrid, Trotta.
- Arias, D (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de Derecho InDret, Volumen 3, N° 38, pág. 142-171.
- Arroyo, L (1997). Derecho Penal Económico Y Constitución. Madrid: Revista RP, Volumen 1, N° 13, pág. 13.
- Asamblea, C (2008). Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 180.
- Barnes, J (2009). Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. Revista de Administración pública. Volumen 1. N°135. pág.12.
- Bernal, C (2006). La razonabilidad de la ponderación. Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743. Volumen 1, N° 77, pág. 20.
- Bernal, C (2005). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid. Editorial CEPC.
- Chávez, J (2010). El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional. Repositorio académico de la Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Andina Simón Bolívar.
- Cita, Antonio (2017). La Proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Bogotá. Grupo editorial Ibáñez.
- Corte C (2009). Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566. Quito, Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal (2014). Registro Oficial N. 180.
- Endicott, T (2001). Law is necessarily vague, Legal Theory, Bogota. Risma Editorial.
- Feijo, B (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. Revista para el análisis del derecho InDret. Volumen 3, N°31, pág. 9.
- Gonzales, I (2017). La proporcionalidad de las penas en el derecho penal colombiano. Revista del observatorio de política criminal. Volumen1, N°25. Ministerio de Justicia y derecho, pág. 31.
- García, J (2014). El Juicio De Ponderación Y Sus Partes. Revista Jurídica de la Universidad De León. Volumen 1, N° 16, Pág. 18.
- Habermas, J (1998). Facticidad Y Validez. Madrid: Trotta.
- Medina, Manuel (1998). Cuadernos de Derecho Público. N°5, Universidad de Sevilla.
- Mir Puig, S (2010). Constitución y principios del derecho penal. Valencia: Tiran Editorial.
- Mir Puig, S (1998). Derecho Penal Parte General. Barcelona: 5ª edición 2ª reimpresión, Marcial Pons.
- Pazmiño, E (2015). Código Orgánico Integral Penal, hacia su mejor comprensión y aplicación. Quito: Editorial de Estudios Jurídicos de la Universidad Andina Simón Bolívar.
- Prieto, L (2006). Observaciones sobre la ponderación y su rendimiento como límite constitucional a la ley penal. Pág. 5.
- Prieto, L (1997). Constitucionalismo y Positivismo. Ciudad de México: Fontamara Ediciones.
- Prieto, L (2009). El juicio de ponderación en Justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid: Trotta.
- Rojas, I (2009). La proporcionalidad de las penas y el derecho penal. Lima: Ares.
- Roxin, C (1999). Derecho Penal, Parte General. Tomo I, Barcelona, Marcial Pons.
- Sánchez, R (2008). El principio de proporcionalidad. Ciudad de México, Rial Ediciones jurídicas.
- Tribunal Constitucional Español (2013). Conferencia trilateral España, Italia, Portugal, Roma.
- Vega, Jesús (2015). Legislación, racionalidad y argumentación legislativa en Aristóteles. Revista iberoamericana de argumentación. Volumen 1, N°13, Universidad Complutense de Madrid, pág. 18.

