



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO-HUMANÍSTICA

TITULO DE ABOGADO

Interpretación constitucional

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: González González, Kevin Leonardo

DIRECTOR: Celi Toledo, Israel Patricio Mg.

LOJA -ECUADOR

2017



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Septiembre, 2017

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Magister.

Israel Patricio Celi Toledo.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: **Interpretación constitucional**, realizado por González Kevin Leonardo, ha sido orientado y revisado durante su ejecución por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Febrero del 2017

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Kevin Leonardo González González declaro ser autor (a) del presente trabajo de titulación: **Interpretación constitucional**, de la Titulación de Abogacía, siendo Mgs. Israel Patricio Celi Toledo director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajo científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico y/o institucional (operativo) de la Universidad”

f.....

Autor: González González Kevin Leonardo

Cédula: 1104974447

DEDICATORIA

La realización de este trabajo está dedicado con inconmensurable cariño a la base de mi vida que lo conforman mis queridos progenitores Enid y Julio; la presencia de mis padres durante cada una de las etapas de mi vida, me ha servido para caminarlas con seguridad gracias a su apoyo, por lo que siempre he buscado realizar mis mejores actuaciones para que ellos sientan orgullo presenciar cada uno de mis éxitos, y al encontrarme en uno de los momentos más importantes de mi vida académica, comparto mi felicidad con ellos.

A mis queridos hermanos Rafael y Antonella, quienes gracias a sus consejos y enseñanzas me dieron el conocimiento para completar mis etapas de preparación, tanto académicas como personales, y me han otorgado la felicidad de sentirme acompañado.

Y de manera muy especial quiero dedicar mi título profesional a mi sobrino Matías Alejandro, un ser extraordinario que cada día ha sido mi compañía, y me ha enseñado que caminar junto a un niño es lo mejor del mundo; compartiendo cada vivencia y riendo juntos, hemos sabido conquistar los secretos de la amistad.

AGRADECIMIENTO

Agradezco la presencia infinita de Dios en mi vida que me ha permitido levantarme cada día con fortaleza, sabiduría y energía para cumplir con mis objetivos a través de la fe, permitiéndome llegar a esta etapa muy importante con dicha y tranquilidad sintiéndome lleno.

Agradezco a mis queridos padres por el apoyo incondicional que me han dado para mi preparación profesional, sabiendo que este título es un gran logro que me permitirá enrumbarme en la vida consiguiendo mis propios beneficios; y enseñarme que la lectura, es la actividad fundamental para formarme como persona y obtener los conocimientos necesarios para cumplir de la mejor manera cada una de mis actividades.

Agradezco a cada uno de los docentes de la titulación, que a través de su esfuerzo día a día en sus clases, me ofrecieron su ayuda y conocimientos para realizarme como profesional y alcanzar esta meta; con especial atención quiero agradecer al Doctor Israel Celi magnifico docente y excelente persona, que a través de su vasto conocimiento del derecho, me ha permitido tomarlo como ejemplo para mi futuro profesional y verme con la mejor preparación a través de la doctrina; y gracias a su guía construir el presente trabajo.

Por último, doy gracias a cada uno de mis compañeros de clases que me manifestaron su cariño y apoyo para culminar de la mejor manera esta etapa, y sobretodo doy gracias a mi queridísima amiga María Augusta, con quien llegue a compartir grandes momentos en nuestro camino de preparación académica y personal, sintiendo que la vida nos da la posibilidad de reconocernos como amigos encontrando magnificas personas que aportan grandes enseñanzas en nuestra vida.

INDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	III
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
RESUMEN.....	- 1 -
ABSTRACT.....	- 2 -
INTRODUCCIÓN	- 3 -
CAPITULO I.....	- 5 -
CONCEPCIONES JURÍDICAS Y DESARROLLO DE LA INTERPRETACION JURÍDICA	- 5 -
1.1 Introducción	- 6 -
1.2 Interpretación legal en sus orígenes	- 6 -
1.3 La metodología de Savigny	- 7 -
1.3.1. Método gramatical.....	- 9 -
1.3.2. Método lógico.....	- 9 -
1.3.3. Método histórico.....	- 10 -
1.3.4. Método sistemático.....	- 10 -
1.4 Teorías clásicas de la interpretación.....	- 11 -
1.4.1 Jurisprudencia de conceptos.....	- 11 -
1.4.2 Teoría objetiva de la interpretación.....	- 13 -
1.4.3 Jurisprudencia pragmática.....	- 14 -
1.4.4 Jurisprudencia psicológica.....	- 16 -
1.4.5 Jurisprudencia de intereses.....	- 17 -
1.4.6 La metodología de Kelsen.....	- 18 -
1.4.6.1. <i>Teoría de la interpretación de Kelsen.</i>	- 21 -
1.5 La era de la transición	- 21 -
1.5.1. La interpretación en el derecho contemporáneo.....	- 22 -
1.5.2. Formalismo jurídico.....	- 22 -
1.5.2.1. <i>Características del formalismo.</i>	- 22 -
1.5.3. Realismo jurídico.....	- 23 -

1.5.4.	Normativismo.....	- 24 -
1.5.4.1.	<i>Normativismo analítico Herbert Hart</i>	- 24 -
1.5.5.	Postpositivismo: R. Dworkin.	- 24 -
1.5.6.	Contexto constitucionalista.	- 25 -
1.6.	La era contemporánea.....	- 27 -
1.6.1.	Introducción.	- 27 -
1.6.2.	De la interpretación jurídica.....	- 27 -
1.6.3.	De la interpretación constitucional.....	- 28 -
CAPITULO II:		- 29 -
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....		- 29 -
2.1.	Constitucionalismo en Ecuador.....	- 30 -
2.1.1.	Constitución y orden jurídico	- 30 -
2.1.2.	Características	- 31 -
2.1.3.	<i>Garantías de aplicación de los derechos constitucionales</i>	- 32 -
2.2.	Corte constitucional.....	- 34 -
2.2.1.	<i>Atribuciones de la corte constitucional</i>	- 34 -
2.3.	Hermenéutica constitucional.....	- 35 -
2.4.	CONDICIONES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	- 39 -
2.4.1.	Sobre interpretación.	- 39 -
2.4.2.	Sobre constitución.	- 40 -
2.4.2.1.	<i>Estructura</i>	- 40 -
2.4.2.2.	<i>Concepción</i>	- 40 -
2.4.2.3.	<i>Implicaciones jurisdiccionales</i>	- 41 -
2.5.	Normas y principios	- 42 -
2.6.	Métodos y técnicas de interpretación modernos.....	- 44 -
2.6.1.	“Test de razonabilidad” y “test de igualdad”.....	- 45 -
2.6.2.	Principio de proporcionalidad.....	- 48 -
2.6.2.1.	<i>Estructura de los subprincipios de la proporcionalidad</i>	- 50 -
2.6.3.	Ponderación.	- 52 -
2.7.	Principios de la interpretación constitucional	- 58 -
CAPITULO III:		- 60 -
ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL		- 60 -

3.1. Análisis doctrinal y normativo sobre la interpretación constitucional.....	- 61 -
CONCLUSIONES	- 66 -
RECOMENDACIONES	- 67 -
BIBLIOGRAFÍA.....	- 68 -
ANEXOS.....	- 71 -
ANEXO 1	- 72 -
Demanda de inconstitucionalidad. contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993. No. C-022-96. Santafé de Bogotá, D.C. 23 de enero de 1996.....	- 72 -
ANEXO 2.....	- 84 -
Análisis de sentencia de demanda de inconstitucionalidad STC N. ° 007-2006-PI/TC, Tribunal Constitucional de Perú del 22 días del mes de junio de 2007.....	- 84 -
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	- 84 -

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre las implicaciones de la interpretación constitucional como herramienta principal para el desarrollo de los derechos contenidos en la constitución y su funcionalidad dentro del nuevo modelo de Estado. Partiendo del análisis de los diferentes métodos y técnicas de interpretación: gramatical, histórica, lógica y sistemática las cuales se conforman hasta la actualidad como las principales herramientas de aplicación para la jurisprudencia; y las diferentes concepciones jurídicas que determinan la funcionalidad, estructura y desarrollo de los elementos que conforman a cada método de interpretación.

La actividad interpretativa dentro de la esfera constitucional trae consigo cambios en materia de derechos fundamentales, determinando de esta manera la importancia que se otorga a las herramientas de interpretación modernas como el principio de proporcionalidad y la ponderación, para la efectiva protección y estructura del contenido de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVES: Interpretación, Constitución, derechos fundamentales, métodos y técnicas de interpretación, ponderación, principio de proporcionalidad, normas, principios.

ABSTRACT

This research work deals with the implications of constitutional interpretation as a main tool for the development of the rights contained in the Constitution and its functionality within the New State Model. It is based on the analysis of different methods and techniques of interpretation: grammatical, historical, logical and systematic which are regarded up to the present time as the main application tools for jurisprudence; also the different legal conceptions that determine the functionality, structure and development of the elements that make up each method of interpretation have been considered.

The interpretative activity within the constitutional sphere implies changes in the matter of fundamental rights, determining in this way the importance that is given to the modern interpretation tools like the principle of proportionality and the weighting for the effective protection and structure of the fundamental rights.

KEY WORDS: interpretation, constitution, fundamental rights, methods and techniques of interpretation, weighting, principle of proportionality, norms, principles

INTRODUCCIÓN

La interpretación constitucional como actividad que busca la reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de la ley atribuyendo un sentido y significado material, juega un papel central dentro del sistema constitucional dadas las implicaciones propias de la jerarquía y características de los derechos fundamentales, por lo cual, el desarrollo analítico de las implicaciones que trae consigo la interpretación dentro de la esfera constitucional se plantea como la línea de enfoque dentro del presente trabajo.

La centralidad de la constitución dentro del ordenamiento jurídico como norma suprema que organiza y estructura al estado, adquiere vital importancia al otorgar una lista de derechos fundamentales de aplicación directa. La característica de fuerza normativa que posee nuestra constitución, determina que una de las principales herramientas de protección, control y desarrollo de los derechos constitucionales es la actividad interpretativa. La constitución de la República del Ecuador otorga las funciones de interpretación y protección de las normas constitucionales a la Corte constitucional como órgano de cierre al Estado constitucional, de esta manera, es importante determinar de acuerdo al constitucionalismo moderno, el paso de la constitución como ordenación a la constitución como norma, que introduce un sistema jurisdiccional constitucional dentro del cual se origina y desenvuelve la actividad interpretativa.

El desarrollo del contenido y la estructura de los derechos fundamentales se manifiesta como el objetivo principal de la interpretación, por lo cual, la funcionalidad de la actividad interpretativa se lleva a cabo a través de la aplicación de los diferentes métodos y técnicas de interpretación creados por el derecho, los cuales se relacionan de manera directa con los principios propios del sistema jurídico, que busca la estructura y funcionalidad de las normas al momento de su atribución material.

Dentro del primer capítulo se realiza la exposición del origen, desarrollo y estructura de los métodos: gramatical, literal, lógico y sistemático, conformados como las principales herramientas para la actividad interpretativa que más se utilizan; relacionándolos con las diversas concepciones jurídicas como la “escuela histórica del derecho”; “Jurisprudencia pragmática” “jurisprudencia de intereses”; “formalismo jurídico”; “realismo jurídico” y como cada una de ellas a través de sus planteamientos determinan cual técnica debe aplicarse para la resolución de casos concretos, siendo la más efectiva para el sistema jurídico y sus fines.

El segundo capítulo analiza el proceso del constitucionalismo moderno, que trae consigo cambios fundamentales en la forma de función del ordenamiento jurídico, determinando la centralidad de la constitución y su efecto sobre el sistema, que conlleva el paso de la imperante interpretación jurídica de subsunción de reglas, a la interpretación constitucional de normas fundamentales que tienen una estructura en forma de principios, que implica la utilización de modernos métodos y técnicas como el principio de proporcionalidad, la ponderación, los cuales sirven para el desarrollo, aplicación y protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

El tercer capítulo denominado “Análisis de la interpretación constitucional”, aplicando la metodología del estudio analítico, descriptivo y crítico, presenta como corolario el resultado a través del cual se buscó explicar cada parte del tema, por un lado las implicaciones de la interpretación jurídica y luego las complicaciones que trae la interpretación constitucional, relacionándolas de un todo que es la actividad interpretativa, vinculándolas entre sí para acceder al conocimiento de sus causalidades, que permiten comprender y entender el funcionamiento de la interpretación constitucional.

CAPITULO I

CONCEPCIONES JURÍDICAS Y DESARROLLO DE LA INTERPRETACION JURÍDICA

1.1 Introducción

Dentro del presente capítulo se abordará el origen y desarrollo de las técnicas y métodos de interpretación jurídica clásicos: “gramatical o literal”, “histórico”, “sistemático”, “teleológico o finalista”, “lógico-deductivo”, que se conforman como la herramienta principal para los jueces a la hora de emitir una sentencia. La línea de metodología que sigue este capítulo está centrada, en el análisis de cada una de las concepciones jurídicas que se han ido formando en las diferentes etapas del derecho, que desarrollan, a través de sus planteamientos doctrinarios cada uno de los métodos y técnicas de interpretación. Se toma cada etapa a partir de los planteamientos doctrinarios más importantes que la integran, de acuerdo al desarrollo analítico de la estructura y funcionalidad otorgada a cada técnica.

El arte de la hermenéutica jurídica a diferencia de las demás prácticas, encontrará su desarrollo entrada la época moderna, tomando como base los sistemas positivos de derecho que surgen dentro de esta etapa; sin embargo, serán predecesores a su origen, las prácticas de análisis a los textos jurídicos y religiosos.

1.2 Interpretación legal en sus orígenes

El surgimiento de la escritura de las normas jurídicas de manera codificada, originada en la tradición occidental con el derecho romano desde Justiniano y la creación del Corpus Iuris Civilis, origina una primera manifestación para dar explicaciones a los textos legales.

El primer momento de la interpretación y análisis de textos jurídicos, se remonta al periodo hacia el siglo XI, cuando en la ciudad de Roma surgieron los métodos de explicación de los textos denominados glosas, que se reducía a conocer las propias palabras empleadas por el legislador. El jurista italiano Irnerio se conoce como el principal autor, quien realiza comentarios al Corpus Iuris de Justiniano, a través de breves notas o glosas que hacía entre los reglones, las cuales tenían por fin explicar cada palabra y cada párrafo. (Perez Escobar, 2011, pág. 61).

Esta práctica encuentra su desarrollo durante la segunda mitad de la Edad Media, con la creación de Universidades que promulgan una revolución cultural importante; dentro de estas universidades se comienza a estudiar científicamente de nuevo el derecho romano Justiniano;

comenzando a escribirse notas en los márgenes de los libros y entre las líneas ya escritas. Estos autores integran la escuela de los glosadores. Las características del método de los glosadores era la excesiva importancia a las palabras del libro del derecho romano, sin análisis de los principios que formaban el sistema jurídico romano. La escuela de los glosadores y sus métodos se mantiene durante esta etapa comprendida en la segunda mitad de la Edad Media sin desarrollar las técnicas de hermenéutica.

La explicación de los textos que conformaban las pandectas realizada por los glosadores cambia, se transforma con los nuevos métodos y técnicas de interpretación de la ley, surgidos durante el siglo XIX que se produjo con los postulados que expuso la “Escuela Histórica” manifestados por Savigny. “Fue preocupación de la escuela aproximar el derecho a la vida concreta de los pueblos, adaptándolo a las nuevas necesidades sociales y políticas” (Perez Escobar, 2011, pág. 62).

1.3 La metodología de Savigny

El origen de la “escuela histórica del derecho” se da dentro de un contexto social-político caracterizado por el nacimiento de los nuevos Estados Europeos, la Revolución Francesa y su promulgación constitucional da origen a una sociedad-estado fundamentada en el Derecho positivo como fuente de creación; esto influye en las teorías planteadas durante el siglo XIX, sobre la concepción clásica del derecho que se mantenía en esta etapa.

Friedrich Von Savigny (1779-1861) co-fundador de la Escuela Histórica del Derecho Alemana, promulga su método jurídico de interpretación que da comienzo a la moderna ciencia del derecho. Bajo el estudio del Derecho Romano, y su fuerte influencia dentro del desarrollo jurídico regional, los trabajos de los autores integrantes de la escuela histórica plantean teorías sobre la jurisprudencia, legislación y el derecho, las cuales se transformaron en las teorías básicas del derecho seguidas por los más importantes autores de este periodo, incluso con fuerte influencia en épocas modernas; creando las técnicas de interpretación de forma estructurada.

El derecho natural tardío imperante en las ideologías iluministas desarrolladas en las teorías europeas durante el siglo XVIII y XIX, que fundamentaban el contenido del derecho como derivado de un derecho natural supremo y el nacimiento de un nuevo ordenamiento político-

social interno del estado; estas teorías serán analizadas por Savigny bajo un método jurídico diferente.

Referente al derecho positivo, centrando sus planteamientos en base a una oposición del derecho natural tardío, equipara el derecho positivo al derecho legal, y manifiesta (citado por Larenz) que la legislación es un acto del estado, lo cual de manera lógica se relaciona estrechamente con la misma historia del estado. En la concepción de Savigny “ya no considero a la ley fuente originaria de todo Derecho, sino a la convicción jurídica común del pueblo, al espíritu del pueblo” para su conformación. (Larenz, 1994 , pág. 33).

Otra atribución importante para el desarrollo del derecho moderno y las técnicas-métodos de interpretación, es la creación y el estudio de los llamados institutos jurídicos que conforman el sistema judicial; se manifiestan a través de la sociedad con las prácticas tradicionales del comportamiento humano.

La manera en que esta convicción común puede únicamente formarse, no es evidentemente la de una deducción lógica, sino la de una sensación y contemplación inmediatas. Pero estas no pueden inferirse originariamente a la norma – comprensible solo como producto de un pensamiento racional, por ser ya abstracto general o “regla”, sino que solo pueden tener por objeto los modos de comportamiento concretos y a la vez típicos que son observados en general por los ciudadanos, precisamente por tener conciencia de su necesidad interna, es decir, las relaciones de vida típicas, cuya significación jurídica es conocida (Larenz, 1994 , pág. 33)

A partir de esta concepción se establecerán los “institutos jurídicos” conformados por normas con un carácter jurídicamente vinculante; estos institutos jurídicos se convierten en punto de partida, y el fundamento de la evolución del derecho. Conformados como sistema, los institutos jurídicos, poseen una naturaleza orgánica, dentro de la conexión viva de sus partes integrantes, como en su progresiva evolución. Esta característica manifiesta en los institutos jurídicos de tener una materia orgánica cambiante en los tiempos, dadas las relaciones humanas que han sido típicamente entendidas, no pueden ser comprendidas de manera completa por las reglas jurídicas. “Los institutos jurídicos no resultan del conjunto de reglas jurídicas, sino que más bien las reglas jurídicas solo son, por su parte, inferidas de la contemplación total de los institutos jurídicos (en su conexión orgánica) por una abstracción”. (Larenz, 1994 , pág. 34)

Tomando como base los planteamientos establecidos durante su trabajo teórico sobre el método jurídico, Savigny planteó y creó el aporte más importante para la hermenéutica

jurídica, estableciendo las bases para la consolidación de los principales métodos y técnicas interpretativas del derecho.

A diferencia de las prácticas realizadas por los glosadores durante la Edad Media, la hermenéutica crítica de los textos normativos, mediante una reflexión sistemática de los métodos correctos para interpretar los textos, se desarrolla en la modernidad, es a partir del siglo XVIII y XIX cuando la hermenéutica crítica empieza a manifestarse en contrario a la simple exégesis o comentario de los textos.

Savigny analiza que la interpretación es un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos de la antigüedad, buscando sistematizar lo observado propone pasar del arte a una teoría de interpretación.

Manifiesta que la misión de la interpretación es la “reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de la ley”. La persona que interprete debe colocarse en el puesto del legislador, y de este modo, dejar surgir su veredicto. (Von Savigny, 1985)

Las técnicas y métodos que establece Savigny para la interpretación jurídica están conformados por 4 elementos constitutivos: método gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático; que establecen lo siguiente:

1.3.1. Método gramatical.

Tiene por objeto la interpretación de las palabras que el legislador se sirve para comunicar su pensamiento, el lenguaje de las leyes. Savigny rechaza la interpretación “teleológica”, “el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto. Solo le es lícito ejecutar la ley, pero no desarrollarla creativamente” (Larenz, 1994 , pág. 33). La posición positivista legalista es clara en las manifestaciones de Saigny sobre la interpretación amplificadora o limitadora del tenor de la ley.

1.3.2. Método lógico.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus partes.

1.3.3. Método histórico.

Para poder saber la idea de la ley tiene que tenerse en cuenta las circunstancias históricas de su génesis. Tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ello introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. (Lopez, 2006, pág. 16).

1.3.4. Método sistemático.

Karl Larenz señala que el método sistemático en cambio, tiene la misión de ver lo diverso en la unión que le corresponde. Ha de ocuparse de la evolución de los conceptos, de la exposición de las normas jurídicas según su conexión interna.

El elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que ella ocupa en el sistema (Von Savigny, 1985 , pág. 187)

Es importante señalar que para la interpretación de las reglas contenidas en la ley, no pueden ser vistas únicamente a partir de ellas mismas, sino que de acuerdo a la teoría del instituto jurídico como fundamento del sistema.

La doctrina de Savigny sobre la metodología de la práctica interpretativa, señala que existe una desproporción entre la contemplación del “instituto jurídico” y la forma abstracta de la regla jurídica (concepto) cuya superación está encomendada a la ciencia del derecho, “el legislador tiene presente la contemplación total del instituto jurídico orgánico y de ella tiene que formar, mediante un proceso artificial, el precepto abstracto de la ley, si es que esta ha de responder a su final” (Von Savigny, 1985) quien aplique la ley debe realizar un proceso inverso, integrar la conexión orgánica de manera particular, esto significa que el pensamiento jurídico debe darse entre la contemplación y el concepto; la contemplación sería el “todo” mientras que la forma abstracta del concepto formada, solo puede abarcarse de manera parcial, por ello debe ser complementada por la contemplación del todo.

Sin embargo se critica su doctrina, ya que no consiguió explicar de qué modo se puede dar el paso, exigido por él, de la “contemplación del instituto” a la forma “abstracta de la regla”, y luego volver de esta a la contemplación. (Larenz, 1994 , pág. 34). Por lo cual el sistema no se forma por la conexión “orgánica de los institutos” sino por la conexión lógica de los conceptos, limitando el modo de lógica formal para la comprensión de reglas jurídicas abstractas. Esta concepción influyó de manera directa en el comienzo de la “jurisprudencia de conceptos” con la idea de un sistema científico formado solo por conceptos jurídicos.

La creación de los 4 elementos constitutivos para la interpretación de ley (gramatical, histórico, lógico, sistemático) basados en las prácticas tradicionales realizadas por los juristas, sienta las bases sobre las cuales, la hermenéutica jurídica se desarrollará, dejando atrás prácticas incipientes de análisis jurídico, como el híper textualismo de la exégesis que no permite una comprensión profunda de los principios del sistema de derecho y su sistema normativo. La importancia de esta teoría tradicional será trascendental para el derecho contemporáneo, su influencia se encontrara en las codificaciones jurídicas del derecho occidental, incluso perdurando hasta la actualidad como las técnicas más aplicadas por las Cortes y Tribunales.

1.4 Teorías clásicas de la interpretación

1.4.1 Jurisprudencia de conceptos.

Los postulados establecidos por la Escuela Histórica del Derecho, serán los precedentes que permitan la integración doctrinaria de la denominada “Jurisprudencia de Conceptos”. Entre sus máximos representantes se puede nombrar a Georg Friedrich Puchta (1798-1846) jurista alemán, quien tiene la principal característica de ser el sistematizador de los conceptos del Derecho Romano. Si bien los juristas alemanes buscaban alejarse de las instituciones romanas, (las cuales integraban los principales códigos de la región) su relevancia y trascendencia para el sistema jurídico no permiten su independencia, más bien, serán tomadas como fundamento para creación teórica del sistema de derecho. El aporte de la “jurisprudencia de conceptos” para la hermenéutica jurídica, se manifiesta, por la creación de las formas lógicas- deductivas, a través de las cuales, la positivización y las cuestiones del derecho pueden ser resueltas.

Un aspecto importante dentro del cual se desarrollan las teorías de la conceptualidad del derecho, que llevan a ejercer influencia en la doctrina de la “jurisprudencia de conceptos”, será la fuerte ideología científica imperante de la época; la cual establecía que solo se admitirán las

ciencias que sean comprobadas a través de los métodos experimentales, que no incluyan cuestiones relativas a la metafísica dentro de sus análisis.

La hermenéutica de la “Jurisprudencia de Conceptos”, por la cual, la unidad puede ser pensada, es la del concepto general abstracto, extraído de lo especial. A esta clase de unidad conduce la lógica formal. Transformando a los conceptos como estructuras lógicas, Puchta establece que la explicación de las leyes puede ser guiada por los principios del silogismo.

Los conceptos jurídicos conformados de manera sistemática, de acuerdo a las reglas de la lógica formal, se presentan en forma piramidal.

La anchura corresponde al contenido; la altura a la extensión (ámbito de aplicación) de un concepto abstracto. El ideal del sistema lógico se consigue plenamente, cuando en la cúspide esta un concepto generalísimo, bajo el cual, es posible subsumir todos los demás conceptos, es decir los de clases y subclases, al que, por tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalones intermedios, eliminando cada vez lo especial (Larenz, 1994 , pág. 41).

La importancia de este método jurídico, radica en el predominio de la lógica, si bien Savigny buscaba siempre, el equilibrio entre el elemento lógico y el elemento sistemático, la “genealogía de conceptos” que es la pirámide de conceptos, se rige por las reglas de la lógica formal, y mediante esta conexión lógica de conceptos se puede conocer las normas jurídicas. Los conceptos jurídicos superiores, contienen forzosamente todos los enunciados que valen por él, de esta manera, se puede subsumir los conceptos inferiores que son derivados en su contenido. Siguiendo este método jurídico, las normas jurídicas se aplican bajo principios técnicos.

Mediante el sistema lógico formal, las reglas jurídicas manifestadas como conceptos generales y abstractos que se caracterizan por la unidad, totalidad y coherencia de la pirámide del sistema, en completa armonía, podrían ser aplicadas por los jueces de manera directa, limitando en su totalidad el arbitrio judicial. Al haber sustituido los métodos de interpretación orientados al fin de la ley y a la conexión de sentido, los institutos jurídicos por el método lógico-deductivo, Puchta preparó la idea para que se implementara el “formalismo” jurídico, que predominará durante el siglo XX, contra el que se originan críticas por su alejamiento de la ciencia del derecho de la realidad social, política y moral, la corriente contraria tomara su punto de partida por los fines, consecuencias e intereses de la interpretación judicial. (Bernal P. , 2007, pág. 18).

Bernhard Windscheid (1817-1892) será el principal seguidor de Puchta; participando del modo de pensar lógico-sistemático de su tiempo, promulgara con un giro propio, cambios sobre el método de construcción jurídica. El positivismo legal racionalista de Windscheid introduce el psicologismo, la ley no es solo un “factum” sino que es producto de la “razón de los pueblos”; el derecho es racional. La ley no es entendida como mero arbitrio sino que resulta de la voluntad del legislador guiado por condiciones racionales y basadas en conocimientos racionales.

La doctrina de la interpretación de este importante jurista y su sistema, se comprende a través de la distinción de la voluntad fáctica del legislador y la voluntad autentica, entendida esta voluntad autentica como la consecuencia racional de sus ideas. Por lo cual la interpretación tiene la misión de poner en manifiesto las verdaderas ideas, que están detrás de la norma escrita que el legislador ha querido expresar, además no solo debe quedarse satisfecha con lo escrito si no que debe ir mas allá y conocer la voluntad racional.

El método jurídico aplicado, se basa en el cambio de la manera como se conforman las normas jurídicas, éstas no son resultado solamente factico, sino que han de ser construidas bajo la influencia de la voluntad racional del legislador, y la forma a través de la cual se puede comprender el sistema jurídico, es la comprensión de los conceptos jurídicos.

1.4.2 Teoría objetiva de la interpretación.

El periodo de la primera mitad del siglo XIX que vio surgir a la hermenéutica jurídica, se encontraba contenido por la metodología jurídica historicista y racionalista del derecho, que expresaba la evolución histórica del derecho romano dentro de ley que es de creación empírica; y el deber de la ciencia del derecho que es encontrar esa razón intrínseca en el sistema normativo; a este fin servirán las técnicas de interpretación lógica, conceptual o sistemática, que se guían en la voluntad empírica del legislador histórico, las cuales no serán compatibles con la teoría objetiva de interpretación.

En los años 1885 y 1886 científicos del derecho como Binding, Wach y Kohler, sustentan la teoría objetiva, que declara en su principal argumento la independencia de la interpretación; si bien una ley al momento de ser promulgada puede ser entendida de manera diferente y adoptar para otros un significado que el autor no pensaba, “la meta de la interpretación jurídica es poner en claro el sentido racional de la ley como un todo objetivo con sentido” (Larenz, 1994

, pág. 53). Lo “jurídicamente decisivo” radica en el significado “objetivo”, inherente de la ley, mas no, en el significado que el autor haya tenido en cuenta para su disposición.

La ley al momento de su promulgación y puesta en vigor, se justifica en si misma desde su propia conexión de sentido, de esto resulta, que no se trata de lo que el “autor quiere de la ley” sino de “lo que la ley quiere”, Wach exige que la ley ha de interpretarse del modo que mejor responda a su fin cognoscible y a los postulados de los principios jurídicos. Prima sobre las demás situaciones la “voluntad del derecho” (que está expresada a través de las normas que conforman el sistema jurídico).

La teoría objetiva de interpretación, centrándose en el alejamiento interpretativo de la voluntad del legislador y enfocando la aspiración al fin de la ley, origina una relación de oposición entre las proposiciones del método filológico-histórico, que en cambio busca conocer en las palabras, el sentido que el autor había introducido en ellas, analizando los momentos bajo los cuales ocurrió su génesis. (Larenz, 1994 , pág. 56).

1.4.3 Jurisprudencia pragmática.

La segunda mitad del siglo XIX se encuentra caracterizada por el desarrollo de una ciencia del derecho pragmática, la “carencia de valor de la jurisprudencia” promulgada por el Fiscal alemán Von Kirchmann, expresa un malestar en contra del desarrollo teórico de las “escuelas de derecho clásicas”, que fundamentaban sus corrientes de pensamiento en las tradicionales fuentes del Derecho Romano procurando integrarlas a la situación del presente; no aportaban al desarrollo de la práctica jurídica debido a que los cambios sociales, económicos y políticos demandaban nuevas obligaciones al derecho que no podía dar un respuesta satisfactoria.

Solo a final del siglo, la ciencia del derecho planteara la “misión social del derecho”. El giro que el jurista Rudolf Von Ihering toma es de reconocimiento, dejando los postulados de la “Jurisprudencia de conceptos” y la “Escuela histórica del derecho”, percibe la insuficiencia de la ciencia del derecho Pandectista y empieza un análisis crítico enfocando la importancia del desarrollo práctico del sistema jurídico. (Larenz, 1994 , pág. 66).

Las nuevas ideas de Ihering se van manifestando a partir de 1861, con el apareamiento de la obra “Primeras cartas de un desconocido sobre la Jurisprudencia actual” obras que contienen una burla contra la “Jurisprudencia de conceptos” calificándola de inútil para la práctica; si bien este trabajo no ofrece una nueva orientación científica y desarrollo de la Jurisprudencia

pragmática, ya pone en énfasis, una nueva concepción sobre la funcionalidad de la interpretación de las normas y de las técnicas y métodos empleados.

Dentro de la obra “Espíritu del Derecho Romano” aparecida en 1864, la nueva orientación de Ihering va destacándose más claramente, opina: “la vida no existe a causa de conceptos, sino que los conceptos existen a causa de la vida. No ha de suceder lo que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico, aunque sea lógicamente necesario o imposible” (Von Ihering, 1998, pág. 312), las normas jurídicas cambian de contenido con el tiempo, los conceptos jurídicos romanos derivados de ellas, no pueden mantener la misma persistencia. La consecuencia que mantienen las teorías no es equivalente a vigencia práctica de una norma jurídica. Se vuelve contra la “fantasmagórica de la dialéctica jurídica, contra el culto de lo lógico que piensa elevar la Jurisprudencia a una matemática del derecho” (Von Ihering, 1998, pág. 312). Los parajes de esta obra “contienen el comienzo de un programa para una Jurisprudencia “Pragmática”, a la que no importa tanto un profundo “conocimiento del derecho” sino el valor vital de sus esfuerzos. Los esfuerzos de ese valor vital se dirigen al cambio social o al tráfico jurídico, Ihering deberá dar respuesta a estas proposiciones para dar seriedad a la nueva orientación de la ciencia del derecho, y esto lo pretenderá en su obra aparecida en 1877 “El fin del Derecho”.

La idea fundamental de la obra consiste en que “el fin es el creador de todo derecho, que no existe ninguna norma jurídica que no deba su origen a un fin, esto es, a un motivo práctico” (Von Ihering, 1911, pág. 8). El núcleo de la obra está por ello, en la realidad, en la cuestión relativa al sujeto del fin que está detrás de las normas jurídicas y que consigue imponerse por medio de ellas, el legislador es el sujeto que se encuentra detrás de este fin, pero dice Ihering que el querer o la aspiración solo se pueden hallar en la sociedad; (Larenz, 1994 , pág. 68) entendida como una cooperación para fines comunes, en la que cada uno, al actuar para otros, actúa también para sí, y al actuar para sí, actúa también para otros, crea en su esencia una manifestación de la sociedad, cualquiera que esta sea, a la búsqueda por establecer fines comunes para su mantenimiento; las condiciones establecidas deben ser controladas para garantizar las conductas de los individuos, de ahí se auto crea el poder coercitivo del Estado a través del derecho, por lo tanto señala Ihering que “todas las normas jurídicas tienen como fin el aseguramiento de las condiciones de vida de la sociedad, y que la sociedad es el sujeto final de todas las normas jurídicas”. (Von Ihering, 1911, pág. 362).

De la completa teoría de Ihering los razonamientos principales de su trabajo los señala Larenz en lo siguiente:

Primero: trasladó el centro de gravedad del legislador –como persona- a la Sociedad, como magnitud que le determina, en cierto modo el verdadero actor. “Derecho” para él, es solo la norma coactiva establecida por el estado. Segundo: junto a la cualidad formal de ser una norma coactiva creada por el Estado, Ihering atribuye a toda norma jurídica una relación de contenido con un fin determinado, útil a la sociedad, merced al cual existe. Para él, el Derecho es la norma coactiva estatal al servicio de un fin social. Por ello para comprender una norma jurídica, no se necesita tanto un análisis lógico o psicológico, cuanto un análisis sociológico. Tercero: Ihering no reconoce ninguna jerarquía objetiva de los fines sociales. Estas resultan más bien, según él, únicamente de las distintas “necesidades vitales” de las sociedades concretas históricamente existentes (Larenz, 1994 , pág. 69)

Los planteamientos de Ihering parten del fin consecutivo que posee la norma jurídica, más allá de la literalidad, las normas funcionan como motor de cambio social en el derecho, para interpretar una norma jurídica, no se necesita tanto un análisis lógico o psicológico, sino un análisis sociológico; de esta manera se vincula al derecho dependiente de otras ciencias estableciendo fines sociales; de acuerdo a este análisis, los planteamientos promulgados dentro de esta doctrina se adhieren a las técnicas y métodos de interpretación finalistas.

1.4.4 Jurisprudencia psicológica.

La psicología del derecho de la época la presenta Bierling, señala que la “norma es inherente a nuestro espíritu, de modo que puede reaparecer en nuestra conciencia, no solo al evocarla expresamente sino también involuntariamente según las leyes de la asociación de ideas, y puede hacer actuar su fuerza motriz”, el paso de la norma, por las ideas y a la fuerza motriz, determina el derecho a un fenómeno o hecho psíquico, las normas son reconocidas como deberes jurídicos, que poseen una pretensión entendida psicológicamente, al ser expresiones de un querer que se espera ser realizado. Deben interpretarse según Bierling averiguando la voluntad real del legislador que este expresó en las palabras por él usadas; el modo es el conocimiento de la historia de la génesis de las leyes. (Larenz, 1994 , pág. 89).. De acuerdo a los planteamientos de este corriente, para llegar a este resultado el jurista debe aplicar el método histórico de interpretación, buscando la intención principal de la norma de acuerdo a la voluntad del legislador.

1.4.5 Jurisprudencia de intereses.

Sus principales representantes la conforman Philipp Heck; Heinrich Stoll y Rudolf Erbach. La jurisprudencia de intereses tomando como inicio a la jurisprudencia pragmática, hace referencia sobre el método que sigue el derecho para proporcionar la resolución judicial del caso; a diferencia del método de la “Jurisprudencia de conceptos” que limita al juez a la subsunción lógica la situación de hecho bajo los conceptos jurídicos, la misión de la “Jurisprudencia de Intereses” busca un primado de la investigación “la meta final de la jurisprudencia de los tribunales y de la resolución judicial del caso es la satisfacción de las necesidades de la vida, de las apetencias y tendencias tanto materiales como ideales, existentes en la comunidad jurídica” explica Heck; se entiende como “intereses “las apetencias y tendencias apetitivas de las necesidades de la vida. (Larenz, 1994 , pág. 72).

La jurisprudencia de intereses expresa que el núcleo fundamental de las leyes está compuesto por los “intereses” (de diferentes orientaciones), que buscan el reconocimiento, siendo producto de otros intereses como los demás preceptos. Para esta doctrina el legislador pasa a segundo plano con relación a la fuerza de los intereses sociales que han demostrado su ingreso a la ley. Su interpretación (citado por Larenz) postula Heck “ha de retroceder por encima de los ideales del legislador a los intereses causales de la ley.

La fuerza social de los intereses influye en el legislador al establecer mandatos de “deber ser” que se producen a través de las normas jurídicas, intereses como el orden o la paz, bajo la influencia positivista son considerados por Heck como “hechos”, y por eso se da una conexión real de causalidad de conceptos jurídicos.

El mecanismo científico para comprender o explicar las “causas” en el derecho se da por la interpretación de la ley, por lo cual Heck postula como método de interpretación la “investigación histórica de los intereses”.

El precepto emitido por el legislador es el factor causal que ha sido ocasionado por los intereses, sin embargo, dentro de una situación donde varios “intereses” son los que luchan entre sí para ser formulados, para elegir el interés el legislador debe realizar un “juicio de valor”, entre el interés más deseable; si se da esta valoración ya se abandona la condición de “causalidad” de las normas, se deja la científicidad positiva y el método lógico deductivo.

Señala Larenz que “al indicar al juez que lleve a término, con respecto al caso enjuiciable, los juicios de valor contenidos en la ley, la Jurisprudencia de Intereses influyo liberadora y fecundamente en una generación de juristas educada en el pensamiento formal y en el positivismo legal estricto – sin, por cierto, derribar realmente las barreras del positivismo” (Larenz, 1994 , pág. 75).

Heck no ve que solo se puede subsumir correctamente bajo los conceptos de precepto de una norma cuando estos conceptos han sido antes “rectamente “comprendidos; es decir, en el sentido de las pautas de valor a ellos subyacentes. Por tanto, el resultado de la interpretación determina el contenido concreto del “concepto de precepto”. También el legislador, antes de admitir un concepto proporcionado por la Ciencia del Derecho y formado supuestamente sólo con fines de orden y antes de servirse de él - ya sea para designar un elemento del supuesto de hecho, ya sea de una consecuencia jurídica-, ha de examinar si es apropiado para originar la delimitación o valoración que pretende, por tanto, no se pueden pensar estos conceptos completamente desligados de la valoración, intentada y llevada a cabo por su medio (Larenz, 1994)

Los conceptos correctamente comprendidos, luego de esforzarse por aplicar las valoraciones correctas de acuerdo con el sentido del orden jurídico, han de servir al que aplica el derecho, que no puede depender de su arbitrio si ha de contentarse con la subsunción bajo el concepto-precepto, que le parece suficientemente claro, o si ha de desligarse de ello y juzgar según el interés; mejor dicho, según las pautas de valoración subyacentes.

La convicción práctica de la Jurisprudencia de Intereses, tomando en cuenta los intereses de la sociedad y pensar más libre de la influencia positivista del derecho, que si bien se desarrolla dentro esa línea, sustituye cada vez más el método de la subsunción de rígidos preceptos (lógico-formales), por el del enjuiciamiento ponderativo de un hecho complejo y de la evaluación de los intereses que entran en juego en el sistema jurídico al momento de aplicar las técnicas de interpretación.

1.4.6 La metodología de Kelsen.

La obra del jurista Hans Kelsen se da dentro de un contexto donde el derecho como ciencia, venia tomando una concepción que parte de un contenido y fines sociales, mostrándose a través de un ciencia Sociológica, Psicológica o incluso considerándose una tecnología o medio

auxiliar de la jurisprudencia judicial. La idea de la ciencia del derecho relacionado directamente con ciencias de carácter social conlleva a una autorreflexión metódica de la ciencia del derecho dando origen a la Teoría “Pura” del Derecho que sin duda resulta ser una de las obras más importantes del siglo XX.

La “Teoría Pura del Derecho” trata de la independencia metódica de la ciencia del derecho y de su peculiaridad lógica, no se ocupa de los contenidos integrantes, sino enfoca el estudio de la estructura lógica de las normas jurídicas que cumple con la exigencia de una pureza del método. Kelsen desarrolla su teoría concretamente en un derecho positivo, las normas como existencia científica del derecho, las caracteriza, para comprender mediante un análisis de su estructura y aprehender de la teoría del positivismo jurídico su esencia. Además ofrece, justamente sobre la base de esta teoría general del derecho positivo, una teoría de interpretación jurídica.

Entre los puntos más importantes del estudio de Hans Kelsen, primeramente, para fundamentar la independencia metódica de la ciencia del derecho, se debe analizar la situación del contenido de las normas que integran el sistema jurídico.

El punto de partida del autor, es la distinción entre juicios del “ser” y juicios del “deber ser”, es enteramente distinto decir: que regularmente las instituciones del derecho, como los contratos, se cumplen, o no se cumplen, dentro de la masa de casos; a decir: los contratos deben cumplirse regularmente de acuerdo a esta manera y en virtud del derecho. La primera proposición contiene un enunciado sobre un suceso fáctico, observado, un juicio de hecho; la segunda contiene un enunciado sobre algo que debe suceder (es lo mismo que de hecho suceda o no), un juicio sobre un deber o estar preceptuado. (Kelsen, La Teoría Pura del Derecho, 2013). La primera proposición es real y exacta, si concuerda con los hechos; la segunda el “deber ser”, se sigue de un precepto¹ vigente. Ambos enunciados tienen un valor propositivo o sentido enteramente diferente; se fundan en un modo de consideración enteramente diferente. “es inexacto, subraya Kelsen enérgicamente, confundir uno con otro estos dos modos de consideración, por ejemplo: inferir del estar preceptuada una acción su ejecución efectiva; o derivar de los hechos observados que la correspondiente conducta esta preceptuada”. (Larenz, 1994 , pág. 91).

Cada proposición sigue una línea diferente, independiente, el modo de consideración del “ser” es práctico sobre los hechos, Kelsen lo denomina “explicativo”, se describen los hechos y

¹ Disposición o mandato de una autoridad contenido en las normas jurídicas

explica sus causas; el modo de consideración del “deber ser”, denominado “normativo”, conoce el contenido de un deber ser por las normas que le son dadas; su distinción es clara e independiente y cada uno sigue un método peculiar propio.

De acuerdo a la distinción realizada por Kelsen, la ciencia del derecho, no tiene que ver con la conducta fáctica de los hombres, sino solamente con lo jurídicamente preceptuado. La herramienta a la cual se dirige el carácter científico son las “normas”, su objeto no es lo que es o lo que sucede, por ello no es una “ciencia de hechos”, como la sociología; su misión se limita y se mantiene pura en su método, restringiendo estrictamente de toda mezcla de elementos ajenos a su esencia; es decir, de toda influencia de “dogmas”, ya sean de naturaleza ética o religiosa. (Kelsen, La Teoría Pura del Derecho, 2013) Su ciencia se ocupa solo de las normas jurídicas, no como hechos de conciencia, sino como contenidos de sentido.

Otro aspecto que analiza Kelsen es la unión del derecho y la ética o metafísica jurídica. Señala que las normas y la moral, guardan un mismo origen, son producidas por la costumbre y creación consciente, pero las normas del derecho son coactivas, buscan ocasionar una conducta humana determinada, gravando la conducta contraria con un acto coactivo socialmente organizado; en cambio la moral carece de carácter coactivo”. Cuando se dice que el derecho debe orientarse por normas morales, no se puede establecer a que orden moral, pues desde el punto de vista científico, se rechaza la admisión de valores absolutos en general y un valor absoluto en particular. No es posible determinar lo que se tiene que estimar bueno y malo, justo o injusto, en todas circunstancias; por lo tanto el derecho no puede distinguirse de otros órdenes coactivos. (Kelsen, 1992, pág. 185)

El contenido de las normas no está determinado por la moral, la teología o en modo alguno por la razón, sino que es arbitrario; subraya Kelsen que una norma jurídica, no vale porque tiene un contenido determinado, sino porque ha sido creada de un modo determinado, legitimado, en último término, por una Norma Fundamental presupuesta. (Kelsen, 1992, pág. 200)

La norma fundamental, es la norma suprema, que como fuente común, constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que forman el orden jurídico. Una norma según Kelsen solo puede constantemente referirse a otra norma de rango superior. Su coherencia formal de todas las normas de un derecho positivo, se basan en que todas ellas pueden ser referidas a una norma única como último fundamento de validez es decir la “Constitución”. (Kelsen, 2013) Si la consecuencia de una norma es otra superior, llegando a la norma fundamental que representa el último fundamento de validez objetiva, ¿a qué norma superior se remitiría su origen? Según

Kelsen dicha norma no es establecida, sino que es necesariamente presupuesta por la ciencia del derecho para poder interpretar como un orden jurídico el material de normas que esta dado.

1.4.6.1. Teoría de la interpretación de Kelsen.

Sobre la teoría de la interpretación manifiesta Kelsen que “si se entiende por interpretación la constatación cognoscitiva del sentido objeto interpretable, el resultado de una interpretación jurídica solo puede ser la constatación del marco que representa el derecho interpretable y, con ello, el conocimiento de varias posibilidades que se dan dentro de ese marco”. (Kelsen, 2013, pág. 349) Nos muestra los posibles significados según el sentido literal, entre los cuales el que aplica la norma ha de elegir uno; los métodos de interpretación tradicionales “histórico”, “sistemático, “teleológico”.

Al igual que la ley, la sentencia judicial se lleva a efecto solo por un acto de voluntad, y no por un acto de conocimiento. La norma general tiene que ser individualizada o concretizada, convertida en norma individual, para desembocar finalmente en un acto concreto de ejecución, mediante un proceso, en el que el derecho se reproduce en cierto modo constantemente así mismo. Esto ocurre por medio de la sentencia judicial que produce la norma concreta, que finalmente puede ser ejecutada, la función de la sentencia judicial no es, por tanto, solo declaratoria, sino constitutiva.

Señala Kelsen que la norma de rango superior, nunca puede determinar completamente y en todas direcciones el acto mediante el cual es ejecutada. Al órgano llamado a establecer la norma de rango inferior le queda siempre un margen de libre arbitrio; de modo que la norma superior tiene siempre, en relación con el acto de producción de la norma o de ejecución que la aplican, solo el carácter de marco que ha de ser llenado por ese acto.

La interpretación, entendida como la actividad cognoscitiva, solo puede indicar el marco, por el que se ha de guiar la producción o ejecución de aplicación, pero nunca podrá llenarlo, es decir, la interpretación desarrollada por Kelsen, manifiesta que no puede existir una sola interpretación correcta, de acuerdo al marco sobre el que puede actuar la actividad interpretativa se puede aplicar la técnica más conveniente.

1.5. La era de la transición

1.5.1. La interpretación en el derecho contemporáneo.

La interpretación durante el siglo XX se analiza de acuerdo a las diversas concepciones y sentidos que se ha dado al derecho; las técnicas y métodos de interpretación jurídica aplicados serán analizados bajo sus características y funciones dentro de un contexto jurídico determinado.

Las concepciones jurídicas formuladas durante este periodo, servirán como proceso de transición entre los planeamientos clásicos y las nuevas concepciones que va tomando el derecho, claramente este proceso de transición influye de manera directa sobre las técnicas y métodos de interpretación. Este periodo se conforma con el paso de la interpretación jurídica a la interpretación constitucional, de acuerdo al nuevo modelo de estado y al nuevo modelo jurídico basado en el sistema constitucional de justicia.

1.5.2. Formalismo jurídico.

“El formalismo entiende la interpretación como una operación cognoscitiva, consistente en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera que no queda espacio alguno para la discrecionalidad del interprete” (Atienza, 2013, pág. 289)

La interpretación lógica y literal de las normas forma parte del formalismo jurídico de esta etapa, su aplicación bajo el silogismo jurídico y la subsunción, rechazan decisiones judiciales que contengan elementos extrajurídicos y analicen consecuencias sociales de una determinada decisión, debido a que el formalismo jurídico se presenta como uno de los componentes básicos del positivismo jurídico.

1.5.2.1. Características del formalismo.

Señala el autor Atienza (2013) que las tesis principales del formalismo son las siguientes:

- “Las tres grandes corrientes con que se inicia la ciencia jurídica moderna a comienzos del siglo XIX (la escuela histórica alemana, la escuela francesa de la exegesis y la jurisprudencia analítica inglesa) parten del concepto de Derecho positivista y dan lugar a tres concepciones formalistas del derecho: el formalismo conceptual, que reduce el Derecho a un sistema de conceptos, a “formas “que no da cuenta de la singularidad histórica de los contenidos de cada derecho; el formalismo legal, que identifica el derecho como ley general y abstracta de origen estatal; y el formalismo jurisprudencial.

- El derecho es un sistema completo y coherente, capaz de dar respuesta correcta a toda cuestión jurídica.
- Solo los legisladores y no los tribunales, pueden crear derecho.
- El derecho tiene un carácter esencialmente estático, los cambios legislativos deben reducirse al mínimo.
- Los conceptos jurídicos poseen "lógica interna" que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos
- Las decisiones judiciales solo pueden justificarse deductivamente.
- La certeza y la predecibilidad (seguridad jurídica) son los máximos ideales jurídicos (Atienza, 2013, pág. 290)

El formalismo jurídico trajo consigo muchas críticas durante el siglo XX por parte de las concepciones del derecho que buscan la transformación social, al desentenderse de las funciones sociales y establecer netamente lo jurídico como lo justo excluyendo la crítica moral.

1.5.3. Realismo jurídico.

La interpretación aplicada bajo la concepción del realismo jurídico se origina en contraposición al formalismo jurídico que planteaba el desinterés social del derecho. La interpretación finalista que maneja el realismo jurídico busca la conexión dinámica y abierta del derecho con la realidad social, que incluye cambios constantes junto con lo político, social, económico, cultural, etc. Señala Diego López que "por fin debe entenderse, en general, una adecuada comprensión del problema social que la ley busca resolver y una evaluación de si, en el caso concreto, la aplicación de la norma se traduce en las consecuencias que se desprenden de su propósito". (Lopez, 2006, pág. 18).

Esta nueva corriente de pensamiento jurídico señala una interpretación que toma en cuenta los intereses y necesidades sociales, queriendo introducir la idea de un derecho vivo que funciona en razón y con el objetivo de transformación social, respondiendo a los intereses actuales de cada sociedad.

El realismo jurídico declara que las normas se deben a su eficacia más que a la validez formal, por lo cual el rol de los jueces es más protagónico, es importante que los jueces tengan una preparación, comprensión y conocimiento de las ciencias sociales que determinan las demandas que exige la sociedad. Las sentencias representan un rol fundamental para la transformación social dando mayor importancia a los factores pragmáticos en la interpretación.

1.5.4. Normativismo.

Se encuentra conformado por el normativismo analítico representado por el trabajo de Herbert Hart. El positivismo normativista de Kelsen y Hart elabora un análisis de la decisión judicial a partir de una concepción del ordenamiento jurídico.

1.5.4.1. Normativismo analítico Herbert Hart

Referente a la interpretación Hart ha distinguido la textura abierta de los conceptos jurídicos, frente a estas características al encontrarse los ordenamientos jurídicos conformados por preceptos jurídicos que en unos casos se pueden aplicar y en otros no, la interpretación deductiva de la actividad judicial no puede ser siempre aplicada.. (Hart, 2004, pág. 132)

Al no tener un carácter cerrado el derecho, pues maneja normas que se expresan en un lenguaje natural, cuya principal característica es la vaguedad o textura abierta; los conceptos jurídicos no pueden definirse de manera totalmente precisa, de esta manera las normas dejan una zona clara de aplicación y por otro lado una zona oscura o de penumbra difícil de cerrarla previamente. De esta manera el autor Hart habla de casos fáciles los que tienen un precepto claro aplicable, y de casos difíciles que caen un precepto de penumbra en los que el juez necesariamente tiene que decidir, y ejercer su discrecionalidad.

De acuerdo a este planteamiento se puede concluir que con el uso del lenguaje natural, a diferencia del lenguaje absoluto de otras ciencias como las matemáticas o la lógica, las fronteras dentro de las cuales se desarrolla el ordenamiento jurídico de palabras no son totalmente claras, la decisión judicial frente a estos casos, necesita de la interpretación jurídica sobre la aplicabilidad o no de los mandatos jurídicos.

1.5.5. Postpositivismo: R. Dworkin.

La obra del jurista Ronald Dworkin y su aporte para la interpretación constitucional se encuentra entre las más influyentes de las últimas décadas del siglo. Sus ideas se dirigen a realizar un análisis sobre la actividad de los jueces en la esfera del derecho constitucional.

Dworkin (citado por Atienza) “contempla el derecho esencialmente, no desde el punto de vista del legislador, sino desde la perspectiva del juez que ha de resolver un caso difícil” (Atienza, 2013, pág. 319)

Dentro de sus nociones doctrinarias constitucionales, Dworkin indica una distinción fundamental entre “conceptos” y “concepciones”. La constitución se encuentra conformada por conceptos y no por concepciones. Señala el autor que cuando apelo al concepto de justicia las opiniones particulares no tienen una importancia especial; mientras que si se apela a las concepciones las opiniones si tienen una relevancia. El apelar al concepto de justicia plantea una cuestión moral, mientras que formular mi concepción de la justicia responde a ella. En base a la diferenciación de conceptos y concepciones de las clausulas constitucionales, surge la perspectiva sobre la interpretación y aplicación de los conceptos constitucionales; frente a esta perspectiva el autor manifiesta el activismo judicial frente a la restricción judicial. “El juez al decidir, no debe crear derechos, sino confirmar o denegar los derechos que han sido establecidos por los principios”. (Atienza, 2013, pág. 320)

La tesis de los principios planteada por el autor Dworkin señala que el ordenamiento jurídico no puede entenderse solamente como un conjunto de reglas sino que también se conforma de principios; señala Atienza que lo que “caracteriza a los principios frente a las reglas es que, mientras estas últimas pueden aplicarse en la forma todo-nada, los principios tienen una dimensión de peso: cuando se aplican para resolver un caso, deben ser ponderados entre sí” (Atienza, 2013, pág. 320). Los principios se dividen en dos tipos: policies o directrices y principios en sentido estricto, las policies son normas que se dirigen esencialmente al legislador mientras que los principios se dirigen a los jueces. Otra característica fundamental es que las policies fijan objetivos sociales y los principios establecen derechos (limitan la persecución de objetivos sociales). Además cabe señalar que los principios no se rigen por su forma o fuente de pertenecer al ordenamiento jurídico sino en razón de su contenido.

Tras desarrollarse la clasificación de las normas que integran el ordenamiento jurídico en principios y reglas, se deberá desarrollar técnicas y métodos de interpretación que permitan lograr una correcta ponderación de los principios.

1.5.6. Contexto constitucionalista.

Paso del estado de derecho a la centralidad de la constitución como eje del ordenamiento jurídico y su aplicación directa. Debido a los efectos negativos de la Segunda Guerra Mundial que trajo consigo una distorsión del estado democrático de derecho permitiendo el quebrantamiento del orden constitucional de derechos fundamentales, se genera un cambio sobre la justicia constitucional

El proceder jurídico-social de los estados totalitarios de esta época que actuaban bajo la concepción del Estado de derecho, fundamentado en el principio de legalidad y de la supremacía legislativa como instancia de producción del concepto de ley, reduce el contenido y la concepción de la justicia y los derechos a la voluntad legislativa, simplificando la actividad judicial netamente a lo que la ley señale, cerrando el desarrollo jurídico y dinámico de los derechos fundamentales.

A partir de la época de post guerra la concepción y modelo de estado, se reestructura, centrándose en el desarrollo y protección de los derechos fundamentales; orden garantista y democrático del estado bajo los siguientes aspectos:

- Importancia otorgada a los principios—además de las reglas- para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico.
- La tendencia a considerar las normas —reglas y principios-, no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico.
- La idea de que el derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto en una serie de normas cuanto en una práctica social compleja, que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.
- la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del derecho.
- La asunción del paradigma del constitucionalismo, lo que supone: a) entender la validez en términos sustantivos y no meramente formales (para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la constitución); b) entender que la jurisdicción no puede verse en términos legalistas – de sujeción del juez a la ley-, pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales.
- La importancia puesta en la argumentación jurídica —en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones-, como característica esencial de una sociedad democrática en la que es el poder el que se somete a la razón, y no la razón al poder.
- La consideración de que el derecho no es solo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una

determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada. (Atienza, 2013, pág. 322)

A partir de esta etapa de fuerte influencia social-política, el contexto jurídico se transforma dejando atrás un modelo, se pasa a conformar la centralidad de la constitución y su influencia directa para el resto del ordenamiento jurídico otorgando una característica normativa de aplicación directa a los derechos fundamentales. De acuerdo a este cambio contextual, la interpretación pasa a conformarse como una actividad de aplicación dentro del campo constitucional, que deberá adaptarse a las implicaciones propias del sistema constitucional de justicia.

1.6. La era contemporánea

1.6.1. Introducción.

Es importante analizar los cambios actuales que se producen dentro del orden jurídico contemporáneo y su relación que guardan con la interpretación jurídica. Pasar de un derecho netamente civilista a un sistema constitucional de derechos implica muchos cambios fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, que formulan nuevas concepciones y formas de funcionalidad del sistema.

1.6.2. De la interpretación jurídica.

Tras realizar un breve análisis de la interpretación, se ha podido constatar que a partir de los planteamientos de Savigny los métodos de interpretación gramatical, histórico, lógico, sistemático, se han conformado como las principales herramientas de aplicación de la jurisprudencia dentro de los ordenamientos jurídicos.

De la misma manera cada uno de los métodos ha sido desarrollo por las diferentes concepciones jurídicas; cada una de estas concepciones integra un método de interpretación como el más adecuado para sus planteamientos.

La jurisprudencia de conceptos integra al método lógico deductivo como forma de aplicación del derecho de acuerdo a su concepción de estructura lógica de las normas; la jurisprudencia pragmática considera la importancia de los fines sociales del derecho que se encuentran tras las normas, su consideración se conforma como eje principal en sus análisis, por lo cual la

interpretación finalista del derecho se introduce como su aplicación; la jurisprudencia de intereses plantea una interpretación histórica para la comprensión de los intereses promulgados por el legislador dentro de las normas. Dentro del análisis de Kelsen sobre el marco que permiten las normas para su interpretación, considera que no existe un método único de aplicación, sino que cada uno puede ser aplicado.

Cada una de las concepciones jurídicas que ha integrado un método de interpretación, ha permitido ir más allá en el análisis de la estructura y funcionalidad de las técnicas y métodos de interpretación.

1.6.3. De la interpretación constitucional.

La interpretación a partir del nuevo modelo constitucional toma relativa importancia, de acuerdo a las nuevas implicaciones que trae consigo el carácter central de la constitución y su influencia directa en el ordenamiento jurídico; bajo este contexto la interpretación constitucional inicia una etapa.

CAPITULO II:
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. Constitucionalismo en Ecuador

El nuevo modelo de estado constitucional en Ecuador responde a la influencia constitucionalista regional y europea que se ha venido consolidando durante las últimas décadas. El cambio a un estado constitucional transforma la concepción jurídica del país, reestructurando aspectos jurídicos-institucionales, que dejan atrás la concepción de legalidad y supremacía legislativa, por el control jerárquico que la constitución como eje central, imprime sobre el orden jurídico, social y político del estado. Este cambio involucra la actividad de interpretación influyendo en su materia de aplicación, la constitución y sus normas se presentan como el objeto a interpretar, de esta manera es importante ir analizando estos cambios en la concepción y desarrollo de la justicia constitucional.

Señala el jurista Ferrajoli (2009) que este cambio de paradigma del derecho, se produce en tres alteraciones del antiguo Estado Legislativo de derecho:

- La condición de validez de las leyes: no depende solo de su validez formal sino también de la coherencia de su contenido con los principios constitucionales.
- Además de controlar la producción legislativa, impone prohibiciones y obligaciones de contenido sobre los derechos de libertad y derechos sociales.
- La actividad jurisdiccional: la ley es aplicable solo si es constitucionalmente válida, en caso de no ser el juez tiene el deber de censurarla demandando su inconstitucionalidad. (Ferrajoli, 2009, pág. 18)

De acuerdo a estas alteraciones se puede analizar que en el modelo de estado legislativo de derecho, el poder emanado de la ley, era el soberano ya que formaba la voluntad general, en cambio, en el estado constitucional de derecho, el poder queda sometido a la constitución que controla los derechos sociales y de libertad.

2.1.1. Constitución y orden jurídico

La relación entre constitución y orden jurídico dentro del estado constitucional tiene un carácter regulativo. La constitución al incorporar valores y fines en sus normas, exige un carácter regulativo de las formas de acción jurídica y política para que sean legítimas con el orden constitucional. De acuerdo al modelo de estado, la constitución es el límite central del resto del

ordenamiento jurídico, pero también exige que el orden jurídico desarrolle las exigencias y deberes que ha establecido en sus normas.

La estructura constitucional al expandir sus normas con un contenido axiológico sobre el ordenamiento jurídico introducirá cambios sobre la concepción hermenéutica jurídica tradicional sobre lo cual ha manifestado el autor Ávila Santamaría (2011) que:

El derecho positivo se restringe a describir el derecho, de ahí que el método gramatical y la analogía sean formas típicas de enfrentarse a los textos jurídicos. En el neoconstitucionalismo se suman dos métodos a los tradicionales: la ponderación y el teleológico. El derecho se enfrenta ya a conflictos que suceden casos reales y pone en contexto la interpretación y la aplicación del derecho (Avila Santamaria, 2011, pág. 56)

Bajo esta perspectiva de cambio profundo en la concreción para la realización y desarrollo de los derechos constitucionales, se introducen diversos cambios institucionales y jurídicos que permitan la aplicación adecuada de la justicia constitucional que se manifestará bajo las siguientes características.

2.1.2. Características

Señala el autor Zambrano Pasquel (2011) que el ámbito del neoconstitucionalismo presenta una estructura conceptual que persigue los siguientes elementos caracterizadores:

1) Carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución; 2) supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes; 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental; 4) garantía judicial; 5) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrados por principios derechos, directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados solo en aquellas cuestiones concretas; 6) rigidez constitucional, esto es cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional (Zambrano Pasquel, 2011, pág. 45)

La Constitución del 2008 establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (art. 1). Bajo esta concepción se construye un Estado garantista, conformándose sobre la base de los derechos fundamentales y desde esta perspectiva crea un sistema de garantías que ordena el amparo y protección de los derechos fundamentales.

Manifiesta el jurista Zavala Egas (2010) que todos los derechos constitucionales “son fundamentales y todos se rigen por el principio de su eficacia directa, entendida como la precedencia lógica de la vinculación del derecho fundamental al legislador... el que solo puede desarrollarlo para el logro de su máxima optimización”; su aplicación es directa sin mediación de legislación ordinaria dado su rango constitucional. (Zavala Egas, 2010, pág. 282)

El artículo 11 de la Constitución señala que los derechos se regirán por los siguientes principios:

- Eficacia y aplicación directa de la ley fundamental; Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación. Numeral 3
- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
- En materia de derechos y garantías constitucionales.. se deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
- Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
- El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva.
- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

2.1.3. Garantías de aplicación de los derechos constitucionales.

“Las garantías constitucionales, o también, adjetivas como instituciones, son las que constituyen el sistema de protección tendiente al aseguramiento de la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales que, desprovistos de dichas garantías [...] no configurarían ningún régimen constitucional válido y eficaz”. (Zavala Egas, 2010, pág. 298)

Las garantías constitucionales como herramientas para la aplicación directa y protección de los derechos, se encuentran determinadas en el Título III de la Constitución del 2008 divididas en: Garantías normativas (art. 85); Garantías jurisdiccionales; Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (art. 86).

El amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución se podrán proponer por cualquier persona, grupo, nacionalidad, a través de: acción de protección (art. 89); acción de habeas corpus (art. 90); Acción de acceso a la información pública (art. 92); Acción de

hábeas data (art. 93); Acción por incumplimiento; (art. 94) Recurso extraordinario de protección (art. 95).

Adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución para garantizar la dignidad del ser humano es una obligación del Estado Garantista (art. 85)

La Corte Constitucional como máximo órgano de control de la constitución, actuara ante cualquier infracción a las normas constitucionales; he interpretara las normas constitucionales aplicando las técnicas y métodos de interpretación que más favorezcan para su efectiva vigencia.

El constitucionalismo contemporáneo genera el desarrollo de una nueva teoría jurídica, muy distinta al positivismo legalista antiguo, que tiene como características resaltadas por Alexy, Zagreberlsky, Guastini y Prieto Sanchis en forma común las siguientes: 1) Es un derecho más de principios que de reglas, lo cual analizaremos detenidamente; 2) Mayor utilización del método de la ponderación que el de la subsunción para la aplicación del derecho; 3) Una plenitud constitucional que llena al detalle el ordenamiento jurídico, dejando menos ámbito a la ley; 4) Poder del juez para la determinación de los derechos, en lugar de la antigua exclusividad del legislador para desarrollarlos y; 5) Una apertura a que cohabiten valores plurales que, eventualmente, pueden colisionar, en lugar de cerrarse a un escaso número de principios coherentes y compatibles (Zavala Egas, 2010, pág. 275)

Bajo este supuesto la hermenéutica jurídica como herramienta principal de aplicación de las normas constitucionales, se concentrará como un mecanismo principal para el sistema de justicia constitucional del Ecuador, que deberá actuar bajo los diversos aspectos e implicaciones que trae consigo la aplicación de reglas y principios con carga axiológica en el moderno sistema constitucional.

La actividad jurisdiccional del sistema constitucional se aplicara por parte de la Corte Constitucional como máximo órgano de control de la Constitución. La Corte se presenta como pieza central del modelo, ya que es el órgano de cierre del estado Constitucional, por lo cual es importante adentrarse en su estudio partiendo desde su evolución hasta la actualidad y las funciones principales que adquiere.

2.2. Corte constitucional.

La constitución de 2008 continuando con una línea constitucional moderna, pone en funcionamiento y mejora los planteamientos de cambio en materia constitucional, introducidos en la constitución de 1998 que no se aplicaron.

Tras afirmarse el legislativo como el intérprete final de la constitución durante la mayor parte de la historia del Ecuador, la Constitución de 2008 concluye con este periodo evolutivo atribuyendo esta función a la “corte constitucional” que en su artículo 429 determina como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia.

2.2.1. Atribuciones de la corte constitucional

Señala el artículo 436 de la constitución que la corte constitucional ejercerá las atribuciones de:

- Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, tratados internacionales de derechos humanos.
- Conocer y resolver las acciones las acciones públicas de inconstitucionalidad.
- Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas.
- Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento
- Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las garantías jurisdiccionales
- Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones entre las funciones del Estado
- Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción
- Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales
- Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado

Las nuevas atribuciones otorgadas a la corte constitucional responden a la estructura del sistema constitucional implementado. Al conformarse la constitución como eje central del sistema jurídico de acuerdo al artículo 426 de la constitución, los diversos órganos, actos y funciones del estado, estarán sometidos a la constitución que actuará a través de la corte constitucional como órgano jurisdiccional de control jurídico.

Bajo esta concepción las corte constitucional actuara fundamentalmente sobre tres aspectos: la supremacía de la constitución; el respeto a los derechos constitucionales; la división de poderes:

En el primer caso, la corte interpreta la constitución pero siempre confrontándola con la ley u otras normas jurídicas, a efectos de invalidarlas o interpretarlas conforme a la constitución. En el segundo caso, la Corte interpreta la Constitución para delimitar y concretar el contenido de los derechos constitucionales como límites y fines de la ley u otras normas jurídicas. En el tercer caso, la Corte autolimita su actividad interpretativa a efectos de no invadir o sustituir funciones constituyentes y no reemplazar totalmente las funciones legislativas, además de esclarecer las competencias constitucionales de cada órgano o función pública o gobierno territorial (Grijalva Jimenez, 2012, pág. 277)

La interpretación se presenta como la principal herramienta que debe aplicar la Corte Constitucional para definir y desarrollar el contenido de las normas, para así efectivizar la supremacía de la Constitución y su armonía con el contenido de las leyes.

El avance actual en materia de hermenéutica constitucional, plantea nuevos métodos y técnicas de interpretación frente a la limitada literalidad y del método subjetivo; señala el jurista Grijalva “con mención... del prncio prohomine, se relega relativamente los métodos objetivos de interpretación, por lo cuales las normas constitucionales deben entenderse adaptándose a las realidades sociales y culturales en las que se aplican.” (Grijalva Jimenez, 2012, pág. 275)

El rol principal otorgado a la corte constitucional demanda un alto desempeño en sus funciones que permita encontrar una línea de progreso en justicia constitucional, y consolide un sistema jurídico de transformaciones jurídico-sociales, a través de una jurisprudencia constitucional que contribuya a la definición y desarrollo de los derechos constitucionales.

2.3. Hermenéutica constitucional

La interpretación constitucional es un tema relativamente nuevo dentro del contexto jurídico, toma importancia durante las últimas décadas, debido al avance en materia constitucional consecuencia de diversos acontecimientos sociales y jurídicos

Previo a desarrollarse la interpretación constitucional como materia central del orden constitucional contemporáneo, se puede analizar que la actividad interpretativa dentro del mundo jurídico se plantea a través de las codificaciones del siglo XIX, a partir de esta etapa se

considera como un tema estructurado y orgánico. Este inicio se da dentro de un contexto marcado por el derecho privado, por toda esta etapa el derecho civil, al ser una rama antigua del derecho que influye y de la cual se han derivado las demás ramas, integra en su sistema la interpretación jurídica, dejando sin interés el tema de la hermenéutica constitucional, que al no ser el siglo del constitucionalismo no se desarrolla ni practica ni académicamente.

Bajo este aspecto durante el siglo XIX no se puede obtener trabajos orgánicos e importantes que desarrollen en forma ordenada y metódica lo que es la interpretación constitucional y las implicaciones que posee dentro del contexto jurídico. Por lo tanto se aceptaban las categorías elaboradas por la disciplina civilista sobre el tema de la interpretación para todas las ramas del derecho.

Sin embargo la concepción privada y civilista de la interpretación jurídica a partir de las constituciones de posguerra del siglo XX ha ido cambiando, debido al despertar de las implicaciones que trae consigo el conjunto de derechos fundamentales contenidos en la parte dogmática de la constitución directamente justiciables; el objeto de interpretación ahora versa sobre los preceptos de la máxima jerarquía normativa que es la constitución.

El surgimiento del nuevo paradigma constitucional luego de la post guerra inicia una nueva etapa que plantea en realidad el problema de la interpretación constitucional, al ser considerada como una parte decisiva en el ordenamiento jurídico que cuenta con una jurisdicción constitucional. Señala el autor Pérez Luño (2010) que:

No deja de suscitar cierta perplejidad comprobar la escasa atención que ha merecido en la teoría jurídica el tema de la interpretación constitucional, en relación con el interés que ha promovido la actividad interpretativa en otros sectores del ordenamiento jurídico, particularmente en el ámbito del Derecho privado, pese a la mayor trascendencia que, sin lugar a dudas, reviste la interpretación de la Constitución (Perez Luño, 2010, pág. 256)

El nuevo carácter específico que reviste la justicia constitucional, se introduce como una nueva concepción del sistema jurídico, que se ha encontrado establecido bajo los principales elementos que lo componen. De ahí que la actividad interpretativa que trae consigo el constitucionalismo actual exija reestructurar y desarrollar en base a los nuevos cambios planteados el problema interpretativo en materia constitucional.

El hecho de concebir a la constitución fuera del ámbito jurídico, bajo la premisa de su actividad netamente política, implica que la actividad interpretativa quede fuera del carácter jurídico; bajo

esta concepción se introducen los temas de la actividad jurídica del constitucionalismo; el Estado constitucional de derechos, la supremacía constitucional, la superación de la rígida distinción entre la parte dogmática y la parte orgánica a través de los derechos fundamentales que junto con las libertades tradicionales de la persona, civiles y políticas, se integran los derechos económicos, sociales y culturales, que fundamentan los derechos constitucionales que circunscriben la defensa y protección de los derechos colectivos, integrando su calidad normativa al establecerse principios de garantía y de aplicación directa de los derechos. Estas premisas se concentran en la fuerza normativa de la constitución.

De ahí que la tarea actual de cualquier teoría de la interpretación de la constitución se plantee prioritariamente como un doble empeño: de un lado, debe tratar de reivindicar el carácter jurídico de dicha actividad, frente a quienes la entienden como un puro proceso político supeditado a la fuerza determinante de los hechos; de otro, debe dar cumplida respuesta a los problemas específicos que implica la interpretación de la norma constitucional, para lo que precisa emanciparse de la metodología iusprivatistas y afirmar autonomía con la consiguiente elaboración de sus propias categorías metódicas (Perez Luño, 2010, pág. 259)

El primer enfoque de este tema se da en razón de las premisas mantenidas sobre el carácter relegado que se mantenía el ámbito constitucional, relegado por el sistema privatista de derecho, principalmente por la materia civilista que estableció su propia categoría metodológica. Dentro de este contexto el ámbito constitucional solamente se entendía con carácter organizador del sistema político-jurídico del estado, concepción que poco a poco ha ido cambiándose bajo el neoconstitucionalismo que otorga un carácter central a la cartas fundamentales.

El enfoque externo que manifiesta el autor Pérez Luño sobre la actividad jurídica de la interpretación de la constitución que debe reivindicarse, se produce a través de la constitucionalización del derecho como proceso de transformación a partir del cual el ordenamiento jurídico con base en la constitución se debe aplicar e interpretar como norma básica. Este enfoque se desarrolla bajo estos planteamientos institucionales y del sistema jurídico.

Por otra parte, trabajar en dar respuesta a los problemas específicos que implica la interpretación de la norma constitucional se maneja como tesis principal del sistema metodológico interpretativo actual, procurando desarrollar autonomía e independencia de las categorías metódicas desarrolladas por el derecho privatista.

Los problemas específicos que trae jurídicamente la interpretación constitucional, se derivan, en parte de las dificultades inherentes al proceso hermenéutico, y también de las características propias del objeto a interpretar.

Siguiendo la famosa frase pronunciada por el Juez John Marshall dentro del juicio *McCulloch vs Maryland*: “no olvidemos que es una constitución lo que estamos interpretando”, se puede partir el análisis de las implicaciones que trae consigo aplicar y manejar la Constitución a través del proceso interpretativo de sus normas. Señala el autor Montaña Pino (2012) que:

Las constituciones no solamente son la manifestación de acuerdos políticos –base de la paz social y la convivencia en un momento determinado-, sino también el conjunto de derechos, principios y valores que funcionan como límite del poder, y por tanto, garantías de los derechos de las personas... Además de la relevancia jurídica y política de la Constitución, la interpretación de las normas constitucionales enfrenta las dificultades que son propias del derecho como objeto de la hermenéutica, entre las que resalta la estructura abierta de las normas, la indeterminación del lenguaje jurídico, entre otras, pero a la vez encara particularidades propias de las normas fundamentales, la principal es la posible tensión que se presenta entre principios o valores constitucionales, en cuyo caso el juez debe hacer un ejercicio ponderativo (Montaña Pinto, 2011, pág. 139)

Encontrándose con la constitución como objeto a interpretar, se desprenden las tensiones del tema dadas sus características propias; si la textura abierta de las normas las encontramos presentes en la mayoría de textos normativos, se da más tratándose de las normas generales y ambiguas como son las que integran las constituciones por su característica de norma superior, en la medida que en su contenido se introducen el compendio de compromisos políticos, y se recogen las líneas para la convivencia de la sociedad. Además las normas de las cartas fundamentales no pueden ni deben contener normas con detalle y una estructura igual a los códigos secundarios del sistema normativo, porque de otra manera se correría el riesgo de saturar su estructura y lógica jurídica. Por lo tanto las normas están redactas, en su mayor parte, bajo la forma de principios, lo que trae ciertas peculiaridades y tensiones al momento de realizar la actividad interpretativa. (Guastini, 2010, pág. 13)

Al momento de entrar en conflicto o en tensión los principios constitucionales con otros, la actividad interpretativa se dificulta para el intérprete, por que deberá aplicar criterios hermenéuticos modernos, como la ponderación y el principio de proporcionalidad para estar en capacidad de superar esas contradicciones o tensiones.

Por otro lado el asunto en la distribución de funciones entre los jueces constitucionales y el legislador al momento de ir aplicando las disposiciones constitucionales, se presenta como otro problema, la cuestión se plantea sobre quién debe tener la última palabra: el juez o el legislador.

Para un sector la última decisión la debe tener el órgano legislativo, porque de esta manera se concreta la democracia al otorgarse la decisión final y definitiva a quienes el pueblo ha elegido como sus representantes; se aplica el principio de la mayoría. Sin embargo para otro sector es importante la decisión de los jueces y particularmente de los jueces constitucionales; quienes serían los encargados de llevar a la práctica las mismas disposiciones constitucionales sobre su control al poder público; se aplica el principio de la minoría. El sistema funcionaria otorgando en un primer momento al legislador la función de decidir sobre la extensión de los derechos; y luego será el juez constitucional el que determine si la interpretación legislativa fue correcta y si las normas están o no en armonía a lo que ordena la constitución.

2.4. CONDICIONES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

2.4.1. Sobre interpretación.

Encontrar la independencia de la interpretación constitucional para dar significado de autonomía del método iusprivatista clásico imperante, no supone alejarse del análisis de las características propias de la actividad interpretativa que posee sus rasgos comunes. Por lo tanto es necesario analizar cuál es el sentido que proyectan los principales factores de la actividad interpretativa y sus consiguientes repercusiones dentro de la esfera constitucional. El autor Pérez Luño señala el significado y procesos de la actividad interpretativa:

“<<Interpretar>> significa atribuir un significado a manifestaciones de un determinado lenguaje. El conjunto de procesos lógicos y prácticos a través de los que se realiza esa atribución de significado se denomina <<interpretación>>; termino que designa, al mismo tiempo, a la actividad encaminada a describir el sentido de los enunciados o manifestación de un lenguaje (dimensión subjetiva y dinámica de la interpretación), y al resultado obtenido a través de dicha actividad (dimensión objetiva o estativa)” (Perez Luño, 2010, pág. 260)

Siguiendo el estudio de la interpretación el autor Ricardo Guastini si bien señala que mediante la interpretación se hace referencia a la “atribución de significado a un texto normativo, o bien a una calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto (calificación que da fundamento para la solución de una controversia específica)”, donde lógicamente lo segundo presupone a lo primero, se trata de dos actividades diferentes. Por lo tanto distingue entre:

- a) La interpretación <<en abstracto>>, que consiste en identificar el contenido de significado – es decir, el contenido normativo (la norma o normas)- expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo (una fuente del derecho) sin referencia a algún supuesto de hecho concreto; y
- b) La interpretación <<en concreto>>, que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada <<en abstracto>>. (Guastini, 2010, pág. 30)

El proceso interpretativo en un primer momento busca la atribución de significado a un determinado precepto jurídico. El resultado del proceso interpretativo se lleva a través de la dimensión subjetiva donde el lenguaje de la norma mantiene un significado, que deberá ser de desarrollado o dotado de significado mediante la dimensión objetiva.

2.4.2. Sobre constitución.

2.4.2.1. Estructura.

La Constitución se estructura tanto por el conjunto de normas que regulan y organizan los poderes públicos que conforman su parte orgánica y por las normas que contienen los derechos, libertades y garantías del individuo que se integran en su parte dogmática. El proceso de operaciones que integran la actividad interpretativa, se aplicaran para desarrollar y aplicar las normas constitucionales.

2.4.2.2. Concepción.

Si bien la función clásica de la constitución era la organización, distribución y limitación del poder político que regulaba solamente las relaciones verticales, el sistema jurídico moderno cambia esta concepción, otorgando a la constitución la función de organizar también la sociedad civil. La dimensión social y colectiva de las normas que contiene la constitución, se presenta como una moderna concepción, que implica modelar sus relaciones introduciendo un

proyecto de relación tanto vertical como horizontal, a través de las normas sustantivas que pueden ser aplicadas directamente por parte de cualquier juez en cualquier controversia.

Hay que tomar en cuenta las peculiaridades que la norma dentro de la justicia constitucional posee, el catálogo de derechos de las personas no solo recogen su dimensión individual sino también social y colectiva, conlleva a analizar su importancia para el fin último del estado, bajo la protección de los derechos humanos como sustanciales de la constitución y su acción directa. Bajo esta nueva esfera, se desentiende la teoría formalista, que presupone la existencia del sentido previo y acabado de las normas, donde existe un significado objetivo que solo tendrá una interpretación verdadera; los derechos no podrán ser desarrollados.

2.4.2.3. Implicaciones jurisdiccionales.

La teoría actual entiende la vaguedad del lenguaje normativo, y determina que como consecuencia pueden existir casos difíciles, en los cuales la aplicación de la norma supone un problema, frente al cual, el juez ejerce a nivel de interpretación en concreto su poder discrecional. “Esta teoría reconoce el equívoco del lenguaje normativo, la pluralidad de métodos interpretativos, la influencia de la dogmática sobre la interpretación, y el poder discrecional de los intérpretes”. (Guastini, 2010, pág. 40)

La carga axiológica que poseen las normas constitucionales, conlleva que su forma se presente como principios generales y programáticos. Los cuales exigen: por un lado, un trabajo de <<concretización>>, para ser aplicados a controversias concretas; por otro lado, una estrategia de <<ponderación>> o <<balanceamiento>>, siempre que entran en conflicto uno con el otro.

Sobre la concretización y la estrategia de ponderación manifiesta el autor Pérez Luño:

“La concretización del texto constitucional resulta una tarea obligada, siempre que no se conciba dicho texto como un sistema cerrado y axiomático. De ahí que el intérprete deba adecuar la norma constitucional al problema, a través del hallazgo y comprobación de los puntos de vista dilucidados mediante la invento y sometidos a la prueba de las opiniones en favor y en contra, para motivar la decisión de la norma más conveniente posible. Entre tales procesos de concretización posee especial interés para la interpretación de los derechos y libertades constitucionales la denominada <<ponderación, de bienes>>, que tiende a resolver el conflicto entre los distintos valores o intereses que pueden incidir en un mismo supuesto” (Perez Luño, 2010, pág. 268)

La contextualización de la interpretación constitucional, no se realiza fuera, sino que al tratarse de una materia reguladora de la vida social, esto es, se lleva a cabo dentro de condiciones sociales e históricas determinadas que generan los usos lingüísticos de los que debe partir cualquier atribución de significado; bajo los principios a través de los cuales se fija directrices o exigencias de tipo que establecen derechos y nos llevan a conformar una línea jurisprudencial.

2.5. Normas y principios

A partir de los años sesenta particularmente de los trabajos realizados por el jurista norteamericano Ronald Dworkin se puede partir el análisis de la distinción lógica de que cada sistema jurídico incluye dos tipos de normas: reglas y principios.

Se plantea en un primer momento la idea del surgimiento de los principios dentro del sistema, cuando surgen problemas no de carácter técnico propios del derecho, sino cuando surge una interrogante que no posee un acuerdo general de proceder. Un ejemplo, es el problema ético que se plantea, cuando no se pregunta si una ley determinada está en vigor y fue promulgada formalmente, sino si es justa para la sociedad.

Previo a establecerse los códigos que contenían las normas reguladoras, la sociedad ya maneja un sistema de principios con carga axiológica que regula de manera general el sistema jurídico. Sin embargo el positivismo del derecho mantiene la idea de las reglas de directa aplicación, que surgen con la positivización de los códigos jurídicos. Frente a esta cuestión el jurista Ronald Dworkin ha señalado que el sistema jurídico se encuentra conformado por aquellos estándares que no son normas, y realiza una distinción lógica entre reglas, directrices y principios. El modelo positivista solamente toma en cuenta e identifica las reglas y deja fuera del análisis los principios y las directrices.

Llamo <<directriz>> o <<directriz política>> al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo <<principio>> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su

propia injusticia, un principio. Mientras que las normas tienen la particularidad de aplicarse en todo o no se aplican (Dworkin, 1989, pág. 73)

Guastini señala como concepto de regla “un enunciado condicional que conecta una consecuencia jurídica cualquiera con una clase de supuestos concretos. La consecuencia jurídica en cuestión puede ser una sanción, la adquisición de una obligación, estatus o derecho, validez o la invalidez de un acto”. El concepto de principio es más complejo, otorga dos características; los principios como normas fundamentales y los principios como normas estructuralmente indeterminadas. El campo jurídico dentro del cual se estipulan los principios forma su primera característica, constituye un elemento esencial para la identificación de la fisonomía del sistema porque se concibe con un contenido axiológico. La esfera constitucional integra la mayoría de principios que regulan los subsectores del sistema jurídico. La segunda característica se da de acuerdo al contenido indeterminado de los principios; como derrotables y de carácter abierto. (Guastini, 2010, pág. 75)

La diferencia entre los principios y las normas jurídicas se da en razón de su distinción lógica, difieren en el carácter de la orientación que dan; las reglas tienen una aplicación a manera de disyuntivas, es decir otorgan dos orientaciones; si se cumplen los hechos que estipula la norma entonces es válida, su respuesta debe ser aceptada, o si no lo es, entonces no aporta nada a la decisión; en cambio los principios se presentan como mandatos de optimización, es decir ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados

Es importante señalar que por un lado las normas se pueden identificar de acuerdo a su origen, en cambio los principios y directrices políticas se dan en razón de su contenido y fuerza argumentativa. Los principios tienen una dimensión de peso o importancia; cuando los principios se interfieren entre sí, el órgano encargado de resolver el conflicto debe tener en cuenta el peso relativo de cada principio.

Consecuentemente, ante un conflicto entre principios se impone un ejercicio de ponderación referido al caso concreto que no lesiona la existencia simultánea en el mismo ordenamiento de tales principios, mientras que un conflicto entre normas o reglas, si es real, parece que ha de resolverse con la pérdida de validez de una de ellas; en otras palabras, los principios pueden hallarse en una tensión superable sin afectar a su reconocimiento jurídico, pero las normas solo

pueden aparecer en una contradicción que hace de ellas elementos incompatibles. (Prieto, 2013, pág. 42)

De acuerdo a la caracterización del “peso” o “importancia” de los principios, cuando entran en conflicto o se interfieren ambos siguen siendo válidos, dentro de la ideología constitucional que otorga igualdad de derechos, los principios de carga axiológica confluyen entre sí de manera consistente. Por lo cual los conflictos entre principios constitucionales, conlleva a los interpretes la aplicación de técnicas de interpretación que integren la caracterización de los principios y su peso o importancia relativa para la resolución del conflicto.

2.6. Métodos y técnicas de interpretación modernos

Bajo el contexto de un estado constitucional con cartas fundamentales que poseen un largo catálogo de derechos con contenido axiológico y valores como fin, que en su mayoría poseen una estructura jurídica de principios, se da la necesidad de concretizar el contenido de los derechos fundamentales a través de la interpretación, por lo tanto resulta necesario conocer y analizar las técnicas de interpretación modernas.

Sobre las características que presentan actualmente la estructura de las normas dentro de la Constitución y su influencia para la jurisdicción constitucional señala el autor Böckenförde (citado en Cárdenas Zambonino) que:

(...) el carácter de normas abiertas de los principios constitucionales, a través de los cuales se consagran los derechos fundamentales, exige del intérprete constitucional una tarea no solo explicativa, sino “rellenadora” que los haga operativos para los casos concretos. En esa tarea, no es posible apoyarse exclusivamente en la literalidad, el significado de las palabras, y en el contexto normativo de la constitución (Cardenas, 2011, pág. 149)

De acuerdo a esta declaración los métodos y técnicas de interpretación tradicionales necesitan ser complementados y auxiliados por técnicas modernas, que respondan al apareamiento del Estado Constitucional de Derechos, que demanda una optimización y desarrollo del contenido de los derechos fundamentales para su efectiva aplicación en los casos concretos.

Una primera etapa de las técnicas de interpretación se da en la jurisprudencia de Estados Unidos, al crear los test de razonabilidad e igualdad como herramientas que en las decisiones constitucionales señalan como proceder al análisis de derechos contrapuestos. Los test

judiciales servirán como base para el desarrollo de técnicas modernas de interpretación que se manifiestan en una segunda etapa, el principio de proporcionalidad y la ponderación.

2.6.1. “Test de razonabilidad” y “test de igualdad”.

Los test de razonabilidad y ponderación se desarrollan por primera vez dentro de la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos durante la primera etapa del siglo XX, la Corte de los Estados Unidos empieza a crear líneas jurisprudenciales en las que empieza a utilizar una “ponderación abierta” de intereses en conflicto. Lo que entraba en conflicto para la corte no eran solamente intereses, sino derechos y poderes. En los casos se discutirá la intervención reguladora de los poderes del Estado para intervenir en las actividades de la sociedad, por lo cual, la corte empieza a estructurar la interpretación desde una teoría del conflicto. La corte no utiliza en si métodos directos para la resolución, empieza por realizar una exposición detallada de los derechos que entraban en conflicto. Lo que se analiza en cada caso es la oposición del “fin” estatal perseguido por la norma (protección de derechos) con algún derecho individual reclamado por actores privados (libertad de contratación, de empresa). (Lopez, 2006, pág. 60)

La corte empieza a descomponer de manera analítica los argumentos de las dos partes para adoptar, no tanto una resolución concreta y cerrada en la ponderación de derechos, sino un

método abierto en el que examina las variables que deben tenerse en cuenta dentro de estos casos en los que se usa el poder regulatorio del estado en materia económica. Así la Corte empieza por investigar el “fin” o “propósito” estatal de la medida; de igual forma, examina si existe relación entre la norma y el “fin” son reales o tan solo aparentes; y finalmente parece preguntarse si el fin estatalmente buscado tiene “peso” como para justificar la limitación de los derechos individuales contrapuestos (Lopez, 2006, pág. 60)

A través de la metodología abierta de ponderación que permite examinar la “razonabilidad de la norma”: en primer lugar debe identificarse el fin u objetivo de la norma; en segundo lugar debía examinarse la legitimidad de dicho fin; en tercer lugar debía estudiarse que dicho fin no fuera meramente aparente y para ello se requiera que la norma fuera medio adecuado para la consecución del fin.

Si bien con la aplicación del test de razonabilidad de manera rigurosa y exigente la Corte declaró la inconstitucionalidad de medidas que fueron expidiendo los estados para regular

sectores como por ejemplo la materia económica; durante la década de los años treinta, la Corte cambio su posición en relación con los poderes regulatorios del estado y empieza a mostrarse más deferente hacia las medidas de intervención económica. Por lo cual como consecuencia se da un cambio sobre el test de razonabilidad “la Corte afirma que en el análisis del “fin estatal” se contentara con que la norma tenga una base racional (...) según la Corte las leyes con contenido económico solo tendrían que demostrar que su finalidad buscaba algún “objetivo racional”. Este nuevo estándar llamado “test de racionalidad” forma parte de las diversas “intensidades” del test de razonabilidad.

Junto al test de razonabilidad, la corte de Estados Unidos da origen al “test de igualdad”, al señalar la disposición de ser exigente en el control de la finalidad de leyes que estuvieran direccionadas a ciertas minorías diferenciadas y aisladas. La corte no adoptará el test de razonabilidad basado en una mera “base racional”, sino que realizará un “escrutinio estricto” de la constitucionalidad de la medida.

De esta manera la experiencia judicial de los Estados Unidos da origen, al test de razonabilidad, el test de igualdad y sus diversas intensidades en las que pueden emplearse. A partir de su creación los test (razonabilidad e igualdad) se desarrollaran como una técnica de interpretación constitucional, sobre las cuales, la mayoría de cortes constitucionales modernas aplican los test (razonabilidad e igualdad) como una herramienta útil para describir y decidir el choque de ley contra derechos o derechos contra derechos que se dan típicamente en el ámbito constitucional.

La jurisprudencia de la corte constitucional colombiana demostrando un importante avance en materia constitucional, ha desarrollado el test de razonabilidad dentro de sus sentencias analizando su composición, estructura y función. Dentro de la sentencia C-022² de 1996 la corte constitucional de Colombia desarrolla el test de razonabilidad para la aplicación del principio de igualdad, que permite realizar una comprensión práctica de su aplicación determinando lo siguiente:

Por otra parte, el principio de igualdad puede ser descompuesto en dos principios parciales, que no son más que la clarificación analítica de la fórmula clásica enunciada y facilitan su aplicación:

a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.”

² Corte Constitucional. Sentencia C-22 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

b. “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.”

Dos consecuencias se desprenden con claridad de esta enunciación del principio de igualdad: en primer lugar, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.

En segundo lugar, el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. El problema queda concentrado, entonces, en la justificación del trato desigual. El análisis de esta justificación ha sido decantado por esta Corte mediante la aplicación de un “test de razonabilidad”³, que será enseguida detallado y aplicado al caso concreto.

6.3.3. El “test de razonabilidad”

En la evaluación de la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad, “fundada en la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos.”; la Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que “una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”.

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad (cf. infra, 6.3.1.): ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?. Esta Corte, en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad; en esta ocasión, completará esos lineamientos e introducirá distinciones necesarias para su aplicación al caso objeto de la demanda de inexecutable.

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (cf. 6.3.1.), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.

b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.

³Sentencia T-230/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado⁴.

Los test como herramientas de interpretación en sentencias constitucionales se han aplicado y desarrollado dentro de la jurisprudencia de la mayoría de Cortes Constitucionales de la región, demostrando su importancia para el avance en materia de derechos a través de las técnicas de interpretación modernas.

2.6.2. Principio de proporcionalidad.

El test de razonabilidad sirve de base o precedente para la creación y surgimiento del principio de proporcionalidad. La distinción entre razonabilidad y proporcionalidad radica en que su objeto es diferente, mientras el objeto de la razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas de dicha diferenciación.

⁴Cf., entre otras, las sentencias T-403/92 , T-422 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y U-089/95, M.P: Jorge Arango Mejía

Su origen se da en Alemania, el primer acto de este principio ocurre en el derecho prusiano de policía, donde la proporcionalidad cumple la función orientadora respecto de las libertades individuales; como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite del poder de la policía; estos actos de control de proporcionalidad en Prusia se encuentran dentro de una etapa más formalista donde el Estado de Derecho era concebido en un sentido formal, basado más bien en el principio de legalidad y no en la protección y valor normativo de los derechos fundamentales, por lo cual el principio de proporcionalidad solo se aplicaba al ejecutivo. Este primer acto de aplicación del principio de proporcionalidad sirve de inicio para conformar un principio más estructurado, a partir de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que otorga al principio un rango constitucional; bajo los estándares actuales del constitucionalismo desarrollando el concepto de proporcionalidad con estrecha referencia a la naturaleza de los derechos fundamentales. A partir de su concreción en materia constitucional y control general, en 1952 el Tribunal Constitucional Federal de Alemania aplica el principio a las actuaciones del Ejecutivo dentro de sus decisiones constitucionales; en 1958, el Tribunal explica dogmáticamente el significado de este principio en la famosa sentencia sobre la admisión limitada de farmacias, conocida como Apothekenurteil de 11 de junio de 1958. (Rainer & Martinez, 2012, pág. 65)

Este principio ha evolucionado y se ha difundido de mayor manera en el ámbito del derecho constitucional, tanto en el sistema europeo y los países de Sudamérica. La jurisprudencia del tribunal constitucional alemán ha sido la precursora en la aplicación de este principio en el control constitucional de los actos públicos enfocándose de manera directa en los derechos fundamentales.

El significado del principio de proporcionalidad es en esencia el control y protección de los derechos fundamentales de las actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos y privados que puedan afectar a los derechos y libertades.

Al encontrarse conformada la Constitución por “principios” que pueden ser cumplidos en diferentes grados y como mandatos de optimización, dado este carácter de los principios, tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios.

Señala el autor Bernal Pulido que desde sus inicios en el derecho constitucional alemán así como también desde su aplicación en las diferentes jurisdicciones constitucionales de los

ordenamientos que aplicaban el principio de proporcionalidad, este se compone de subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Sobre la estructura del principio de proporcionalidad y su conformación a través de los subprincipios es importante determinar que se lo debe considerar como un concepto unitario, ya que los subprincipios se invocan de manera conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias de los tribunales constitucionales. “Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional” (Bernal P. , 2007, pág. 59)

Estos subprincipios actúan en un proceso:

Sucesivo y escalonado de aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. En primer lugar el Tribunal Constitucional verifica si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe ser declarada inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airosa, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma legal no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipio también debe ser declarada inconstitucional (Bernal P. , 2007, pág. 692)

2.6.2.1. Estructura de los subprincipios de la proporcionalidad.

a) Subprincipio de idoneidad

El subprincipio de idoneidad es conocido también con el nombre de subprincipio de adecuación. De acuerdo a este subprincipio toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

En este subprincipio se determina dos momentos frente a toda intervención cuando se involucre a los derechos fundamentales: primero que se persiga un fin legítimo (si no está prohibido explícita o implícitamente por la constitución) y segundo que la medida sea idónea o efectiva para conseguir ese fin perseguido. Los jueces deben primero observar si el fin perseguido es legítimo dentro de la perspectiva constitucional, y si esta medida está justificada, se podrá pasar a realizar el análisis si es idónea o efectiva para alcanzar el fin propuesto.

b) Subprincipio de Necesidad

De acuerdo a este subprincipio la medida restrictiva “debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisen por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”. (Bernal P. , 2007, pág. 740)

Este subprincipio implica que el juez lleva a cabo una medida de comparación, debiendo observar las múltiples alternativas con las cuenta al momento de aplicar el principio; si el juez dentro de este proceso encuentra que una medida siendo igual de idónea que las medidas alternativas, es más restrictiva de derechos fundamentales, debe aplicar obligatoriamente la medida menos gravosa y restrictiva. En conclusión, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de este medio. ⁵

c) Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo a este principio la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido. Se procura que la solución a la cual se ha llegado responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego.

Señala el autor Bernal Pulido que este subprincipio se estructura en tres pasos:

1. El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
2. El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
3. El tercero es construir una relación de procedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso. Cuando mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor (es decir, por lo menos del mismo grado) tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. (Bernal P. , 2007, pág. 765)

Existe una relación estrecha de género como el principio de proporcionalidad y la ponderación como especie, sin embargo la ponderación se ha desarrollado como método de interpretación que

⁵ Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-022 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

adquiere sus propias características. Este subprincipio se relaciona con la ley de la ponderación de la siguiente manera:

Los principios exigen su máxima realización posible, en cuanto a sus posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad determinan el mando de optimización referido a las posibilidades fácticas, sobre estos dos subprincipios la ponderación no interviene. La ponderación interviene o tiene el objetivo de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que se puedan evitar sin dañar o con un costo para otros principios. En conclusión el campo específico de la ponderación es la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, de allí que se lo tome como un método de interpretación específico, diferenciado al principio de proporcionalidad es ese aspecto.

2.6.3. Ponderación.

La ponderación es una técnica de interpretación utilizada por la mayoría de las Cortes y Tribunales Constitucionales en la actualidad, para resolver los conflictos entre principios constitucionales.

Es importante señalar que durante las últimas décadas uno de los más importantes trabajos del derecho, ha sido la determinación que los ordenamientos jurídicos no están compuestos solamente por reglas, sino también por principios. La concepción tradicional sostenía que el derecho estaba constituido exclusivamente por reglas, es decir, normas bien determinadas y provistas de una estructura condicional hipotética. De acuerdo a esta concepción, la única manera de aplicar el derecho era a través de la subsunción, que es una especie de silogismo compuesto por dos premisas y una conclusión. La premisa mayor es la norma con su estructura condicional hipotética: si A, entonces B, luego pasa a la premisa menor que es un enunciado subsuntivo de la forma: x es A, la conclusión se deriva de las premisas mayor y menor, y establece que debe aplicarse la sanción. Al establecerse los principios como mandatos de optimización surge la ponderación como método de aplicación.

Los principios son normas, pero no contienen una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción; los principios se caracterizan como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. Una vez diferenciadas las normas existentes en los sistemas

Jurídicos actuales, al momento de realizarse el mandato de optimización los jueces deben aplicar la técnica de ponderación.

El autor Bernal Pulido señala el concepto de ponderación de la siguiente manera:

La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario, La palabra ponderación deriva de la locución latina pondus que significada peso. Esta referencia etimológica es significativa, porque cuando el juez o fiscal pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto. Y es que, como dejo claro Ronald Dworkin, los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Los principios tienen un peso en cada caso concreto, y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión (Bernal C. , 2005)

La ponderación es entonces la actividad que consiste en sopesar dos principios cuando entran en colisión en un caso concreto, estableciendo una jerarquía axiológica, para poder determinar cual tiene mayor peso dentro de las circunstancias específicas.

Una de las características es que la ponderación tiene su ámbito de aplicación, cuando existe un conflicto entre normas constitucionales los criterios de solución de los conflictos *lex posterior* y *lex superior* no juegan ningún papel en esta representación, al encontrarse dentro del mismo ámbito y misma esfera jerárquica. Si bien un conflicto se produce en el mismo cuerpo legal resultando inservibles las reglas de jerarquía y cronología, también resulta inservible el criterio de especialidad ya que puede mostrarse insuficiente, por ejemplo, porque entre las dos normas aplicables sea imposible establecer una relación de tipo general/especie. Por lo cual la ponderación se ha determinado como el método adecuado para la resolución del conflicto entre principios y derechos fundamentales.

La ponderación tiene una estructura que está compuesta por tres elementos que la conforman: la ley de la ponderación; la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

a) La ley de la ponderación

La ley de la ponderación se formula de la siguiente manera: Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Alexy señala que la ley de la ponderación se divide en tres pasos: En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un

segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. (Alexy, 2007, pág. 161)

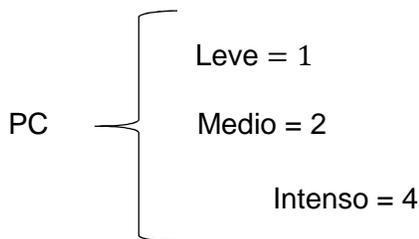
El grado de afectación puede determinarse con el uso de una escala tríadica o de tres intensidades. De acuerdo a esta escala el grado de afectación de un principio puede ser “leve”, “medio” o “intenso”. El grado de afectación es la primera variable; para determinar el tercer paso, hay que sumar la segunda variable que es el llamado “peso abstracto” de los principios relevantes. Esta variable se conforma por el reconocimiento de la importancia que puede tener un principio sobre otro. Por ejemplo el derecho a la vida tiene un mayor peso abstracto que el derecho a la libertad. Por ultima hay que agregar una tercer variable, esta se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable, surge del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al principio.

b) La fórmula del peso

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_{iC}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}} =$$

Esta fórmula expresa que el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por un parte, y el producto de la afectación del principio Pj en concreto, su peso abstracto y la seguridad de la premisas empíricas relativas a su afectación.

Alexy señala que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto se les puede atribuir un valor numérico.



c) Las cargas de la argumentación

Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos.

La sentencia STC N. ° 007-2006-PI/TC, LIMA. Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, aplicada por el Tribunal Constitucional de Perú, desarrollada las técnicas de interpretación modernas, permitiendo ejemplificar su contenido y estructura para un mejor entendimiento.

En el caso de la calle de las pizzas⁶ emblemático de la aplicación jurisprudencial del principio de proporcionalidad, el Municipio de Miraflores impone restricciones de horario a los negocios de la calle referida, a fin de defender el derecho al descanso por parte de los vecinos, frente a la invocada afectación del derecho al trabajo, por parte de los comerciantes.

Este caso permite una ilustración didáctica de cómo viene resolviendo el Tribunal Constitucional en materia de proporcionalidad.

“4.2 Análisis de proporcionalidad ii

34. El objetivo de la medida es la protección de la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a aquella donde opera la restricción analizada. En efecto, como es de público conocimiento, en la zona de restricción se produce un ruido que razonablemente puede considerarse como perturbador del sueño de los vecinos de la zona y, por tanto, el permitir que tal ruido se produzca en los horarios que opera la restricción y que corresponden justamente a los horarios de descanso o del dormir de las personas, perturbaría intensamente el desarrollo de estas necesidades humanas.

35. El ruido que se produce en la zona de restricción origina una contaminación acústica de considerable magnitud y se origina, por lo menos, en tres factores. Los elevados ruidos procedentes de la música de los establecimientos, pubs, discotecas y de otros. Por otra parte, el desplazamiento de los concurrentes a los establecimientos de la zona de la restricción y la evacuación de los mismos hasta altas horas de la noche o de la madrugada ocasionan ruidos

⁶ STC N. ° 007-2006-PI/TC, LIMA. Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari.

provenientes tanto de las conversaciones de aquellos como también del tráfico de vehículos en la zona de restricción que traslada a los concurrentes.

36. En suma, el objetivo de la restricción es evitar la contaminación acústica de la zona aledaña a la de la restricción. Tal objetivo tiene como fin o se justifica en el deber de protección del poder público, en este caso de la Municipalidad, con respecto a los derechos al medio ambiente (entorno acústicamente sano) y a la tranquilidad y el derecho a la salud de los vecinos que residen en las zonas aledañas donde opera la restricción. En conclusión, siendo el fin de la restricción la protección de estos derechos, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción

37. Análisis de idoneidad. La medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del objetivo. La restricción del horario de atención de los establecimientos introducida por la Ordenanza, justamente en las horas de descanso o del dormir de las personas, impide que la elevada contaminación acústica de la zona continúe durante las horas de descanso o del dormir de las personas, posibilitando de ese modo un entorno acústicamente sano para el desarrollo normal de aquellas necesidades.

38. Análisis de necesidad. La restricción es un medio necesario dado que no hay medidas alternativas, igualmente eficaces, que posibiliten un entorno acústicamente sano (objetivo) en las zonas aledañas a la de la restricción. Evidentemente, existen medios alternativos, pero que no son igualmente eficaces, como el permitir prolongar el horario de apertura con el establecimiento de niveles de decibelios tope en los establecimientos; sin embargo, resulta evidente que ello no eliminaría el sonido de la música en la zona y la contaminación acústica resultante de los otros factores de contaminación que seguirían produciendo sus efectos lesivos, de modo que no se lograría el entorno acústicamente sano requerido para la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud. Por el contrario, la restricción del horario de atención en los establecimientos en las horas determinadas en la Ordenanza constituye un medio más eficaz para posibilitar un entorno acústicamente sano que la mencionada alternativa hipotética. En consecuencia, si bien existe al menos una medida alternativa a la restricción examinada, dicha medida no es igualmente eficaz y, por tanto, la restricción examinada constituyó un medio necesario para la protección de los derechos al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud de los vecinos de las zonas aledañas a la de la restricción.

39. Análisis de ponderación. Para efectuar este análisis es preciso identificar los derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que se hallan en conflicto. Hemos dejado establecido que el fin constitucional de la restricción es la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud. Por su parte, la restricción constituye una

intervención o limitación de la libertad de trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales de la zona restringida (los miembros de la asociación demandante) y, además, una intervención del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida.

40. En esta estructura, el derecho a la libertad de trabajo y al libre desenvolvimiento de la personalidad constituyen los derechos intervenidos o restringidos con la restricción examinada. Frente a ello se tiene los derechos al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud, como los derechos por cuya protección se adopta la restricción examinada.

41. Por tanto, la ponderación tiene lugar, entonces, ante el conflicto del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (de los vecinos de la zona restringida), frente a la libertad de trabajo y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los concurrentes, respectivamente).

42. La estructura del examen de ponderación ha sido definida por este Tribunal Constitucional, con motivo de examinar una restricción en la libertad de trabajo, señalándose que “Conforme a éste [-la ponderación-] se establece una relación según la cual cuanto mayor es la intensidad de la intervención de la libertad de trabajo, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si tal relación se cumple, entonces, la intervención en la libertad de trabajo habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la libertad de trabajo sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional⁷.

43. Dado que la restricción examinada interviene también en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, la formulación de la ponderación en el presente caso habría de integrar este derecho, de modo que resultaría formulada en los siguientes términos:

“cuanto mayor es la intensidad de la intervención en la libertad de trabajo y en el libre desenvolvimiento de la personalidad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización de la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (fin constitucional).”

Corresponde ahora examinar cada una de las intensidades y los grados de realización a efectos de que posteriormente pueda analizarse si se cumple o no esta ley de ponderación. La valoración de las intensidades puede ser catalogada como: grave, medio o leve, escala que es

⁷ STC 8726-2005-PA/TC, fundamento N.º 22.

equivalente a la de: elevado, medio o débil Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los grados de realización del fin constitucional de la restricción.

44. La intensidad de la intervención en la libertad de trabajo es leve. La Ordenanza no establece una limitación absoluta o total del ejercicio de la libertad de trabajo de los propietarios de establecimientos comerciales en la zona bajo restricción; por el contrario, ella sólo establece una limitación parcial, circunscrita a determinadas horas de la noche y la madrugada.”

Al realizar, finalmente, el juicio de ponderación, la valoración desarrollada nos remite al grado de afectación del derecho, pues cuanto mayor es el grado de afectación- intensidad de la intervención dice textualmente el Tribunal Constitucional- de uno de ellos (el derecho al trabajo), tanto mayor debe ser el grado de realización del otro derecho (derecho al descanso). La coincidencia con el nivel de afectación resulta también cercana con los juicios de Bernal Pulido y Robert Alexy respecto a los grados de afectación. Podríamos inferir, en el caso sujeto a valoración y bajo otros términos, que el grado de afectación del derecho al trabajo pudo haber resultado de nivel leve (en efecto, no se ordenó cerrar los negocios de los afectados, ni existían medidas que pudieran acercarse al cierre de los negocios), en tanto que la afectación del derecho al descanso, resultaba grave. En consecuencia, resultaba más afectado el derecho al descanso y por lo tanto, correspondía concederse tutela al respecto.

2.7. Principios de la interpretación constitucional

La labor interpretativa que tiene por finalidad encontrar el sentido de las normas constitucionales, debe estar orientada por los principios de derecho constitucional, que se encargan de conformar líneas básicas como directrices o pautas fundamentales para la interpretación del sistema constitucional. Entre los más importantes se encuentran: el de la unidad constitucional; el de corrección funcional; el de eficacia o efectividad; el de fuerza normativa de la constitución; el de interpretación conforme.

- a) **Unidad Constitucional:** de acuerdo a este principio, las normas constitucionales al momento de ser interpretadas deben conformarse como una unidad integral del sistema constitucional y evitar que se desarrollen de forma aislada, ocasionando una variación de sentido y forma del sistema que integran y se constituyen. Es importante señalar el análisis del autor Pérez Luño quien manifiesta que “dicha unidad remite, a su vez, a la necesidad de *coherencia*, o sea, a la falta de contradicciones o antinomias entre las distintas partes (normas) que integran <<el todo>> o sistema constitucional”. (Perez Luño, 2010, pág. 282)

- b) Concordancia práctica:** relacionado con el principio de unidad, la concordancia práctica hace referencia en el sentido de que los bienes jurídicos deben ser compatibilizados en la solución de problemas interpretativos de manera que cada uno conserve su entidad.
- c) Corrección funcional:** este principio regula de manera extrínseca a la labor interpretativa, señalando la no interferencia en la distribución de funciones a los diferentes órganos del Estado consagrados por la Constitución. De la misma manera se regula las funciones de la Corte Constitucional impidiendo rebasarlas.
- d) Eficacia o efectividad:** constituyéndose como uno de los principios básicos de la interpretación constitucional, dirige y señala que el intérprete constitucional debe orientar su actividad hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido. (Perez Luño, 2010, pág. 284)
- e) Fuerza normativa:** la interpretación de todo el sistema jurídico se debe hacer conforme a las disposiciones constitucionales por hallarse en la cúspide de la jerarquía normativa. La naturaleza de ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella.
- f) Interpretación conforme:** parte de dos presunciones: una subjetiva que supone que el legislador actuó conforme a los límites de la Constitución y objetiva que supone la constitucionalidad de las normas legales.

La interpretación constitucional se presenta como una de las principales actividades para el desarrollo de los derechos fundamentales, por lo cual es de vital importancia que su aplicación respete los principios básicos que conforman el sistema constitucional. Constituyendo un mecanismo de protección y desarrollo funcional que tomando en cuenta las características propias de la naturaleza de los derechos fundamentales, optimice y maximice su contenido para que su aplicación práctica pueda realizarse cumpliendo los fines propios del sistema de derechos fundamentales, propiciando un sistema dinámico.

CAPITULO III:

ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

3.1. Análisis doctrinal y normativo sobre la interpretación constitucional

El primer enfoque que ha buscado el presente trabajo ha sido el estudio de la interpretación constitucional a través de su relación con la interpretación jurídica, la cual se ha desarrollado de manera general mucho tiempo antes que la interpretación constitucional propia. Se destaca el surgimiento de la interpretación dentro de la esfera constitucional como un tema relativamente nuevo, surge dentro del paradigma del constitucionalismo originado a partir de la segunda mitad del siglo XX que se adquiere en nuestra región.

La técnica interpretativa resulta una actividad necesaria para la comprensión de las normas que integran los diferentes cuerpos normativos. Partiendo de esta idea, el presente trabajo proyecta las etapas principales a través de las cuales el derecho a través de sus planteamientos jurídicos va dando forma y creando una metodología para la atribución de sentido a las normas positivas.

Desde el inicio del constitucionalismo a partir de la Revolución Francesa y Revolución Americana debido a la imperante concepción jurídica del derecho civilista, el cual se manifiesta dentro de la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales como legado del sistema romano, no se aplica de manera directa la Constitución, por lo cual se interpreta sus normas de manera incipiente. Bajo este aspecto no se puede obtener trabajos orgánicos e importantes que desarrollen en forma ordenada y metódica lo que es la interpretación constitucional y las implicaciones que posee dentro del contexto jurídico. Por lo tanto se aceptaban las categorías elaboradas por la disciplina civilista sobre el tema de la interpretación para todas las ramas del derecho.

La “escuela histórica del derecho” representada por el jurista Savigny, crea y da forma a las técnicas y métodos de interpretación jurídica clásicos: gramatical, histórico, lógico y sistemático; estos métodos de interpretación de las normas, se concreta como el trabajo más importante para la interpretación jurídica. Desde la creación y distinción de estos métodos, se aplicaran hasta la actualidad como las principales herramientas que utilizan los juristas para la actividad interpretativa al aplicarla a casos concretos.

A partir de su concreción las técnicas literal, gramatical, histórica y sistemática, irán desarrollándose a través de los diferentes planteamientos que proponen las diversas concepciones jurídicas, como se ha ido analizando en el presente trabajo. Sobre cada una de

estas corrientes el surgimiento de nuevos planteamientos contrarios de acuerdo a sus enfoques o complementarios a las ideas básicas, servirán para ir conformando cada elemento propio de las técnicas y métodos clásicos. A través de esta concepción la subsunción se determina como la principal forma de interpretación.

La interpretación constitucional toma como punto de inflexión a partir de la segunda mitad del siglo XX, el surgimiento del nuevo paradigma constitucional luego de la post guerra, inicia una nueva etapa que plantea en realidad, el problema de la interpretación constitucional, al ser considerada como una parte decisiva en el ordenamiento jurídico que cuenta con una jurisdicción constitucional. El nuevo carácter específico que reviste la justicia constitucional, se introduce como una nueva concepción del sistema jurídico, de ahí que la actividad interpretativa que trae consigo el constitucionalismo actual, exija reestructurar y desarrollar, en base a los nuevos cambios planteados, el problema interpretativo en materia constitucional.

En Ecuador la interpretación constitucional se consolida a partir de la Constitución de la República publicada en el registro oficial No. 449 20 de octubre de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional promulgada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009. Mediante la presente normativa nuestro sistema de derecho constitucional cambia la forma de soberanía parlamentaria, en su artículo 429 la constitución del 2008 otorga funciones sobre control de constitucionalidad a la Corte Constitucional como “máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en esta materia”.

Si bien la Corte Constitucional debe en base a sus funciones, marcar los parámetros normativos para que las leyes no violen los derechos constitucionales, su actividad se centra en respetar y hacer respetar los contenidos esenciales de los derechos, no puede otorgarse funciones de órgano constituyente, adhiriéndose como legislador negativo. Sin embargo se señala que su rol es más amplio y complejo que la función de eliminar normas inconstitucionales.

La Constitución de la República del Ecuador, señala que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

“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.

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

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Tomando en cuenta, cada una de las implicaciones que trae consigo la aplicación de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, que han sido analizados dentro del presente trabajo, surge un segundo momento para la actividad interpretativa, se da el paso a la interpretación constitucional. Los problemas específicos que trae jurídicamente la interpretación constitucional, derivados, en parte de las características propias del objeto a interpretar como es la constitución, nos lleven a tomar en cuenta nuevos planteamientos para la actividad interpretativa, que complementen los ya conocidos. La ponderación de derechos debido a su carga axiológica, entra a la esfera constitucional como el método válido para interpretar normas constitucionales.

De esta manera nuestro sistema jurídico introduce en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 3 lo siguiente:

Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto

mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

Podríamos destacar que la base para el desarrollo de una jurisprudencia constitucional que contribuya a la definición de los derechos se debe a la adecuada actividad de interpretación constitucional, el artículo 3 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, agrupa principios, métodos y reglas de interpretación constitucional que pueden ser utilizados para la solución de conflictos. Es correcta la adopción de los diversos principios, reglas y métodos de interpretación, debido a los diferentes escenarios y características de los conflictos constitucionales.

Como bien se ha señalado en el presente trabajo, la estructura de los derechos fundamentales como normas abiertas, exigen al intérprete constitucional una tarea no solo explicativa, sino “desarrolladora” de manera que optimice y maximice los derechos para que de esta manera, sean operativos para los casos concretos; es una tarea que no puede apoyarse exclusivamente en la literalidad de las palabras, y en contexto normativo de la constitución; debe aplicar técnicas modernas que respondan al surgimiento del estado constitucional de derechos, que demanda un desarrollo del contenido de los derechos fundamentales.

Por lo tanto mediante la actividad interpretativa dentro de la esfera constitucional, aplicando las técnicas y métodos que mejor se ajusten a las exigencias de desarrollo y protección de los

derechos fundamentales, se puede ir progresando en la concreción y aplicación de los derechos fundamentales en cada caso concreto que se presente.

Dentro del título IX sobre la Supremacía de la constitución se determina lo siguiente:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

Del análisis se puede determinar que el sistema jurídico constitucional como herramienta o mecanismo para el desarrollo y aplicación de los derechos fundamentales integra la interpretación constitucional como su máxima de acción. Esta acción, toma la dirección de dimensiones relevantes para la aplicación a cada caso; en primer lugar, interpretar significa investigar el derecho que se encuentra contenido en las normas constitucionales, todas las dimensiones que abarca su contenido jurídico-social; en segundo lugar, interpretar dentro de la esfera constitucional permite el análisis jurídico de las normas, examinando su naturaleza, control material y formal, que proporcione al juez la seguridad de su aplicación al caso concreto y posteriores; por último, interpretar permite la aplicación de técnicas y métodos que posibilitan el goce de los derechos humanos reconocidos en la constitución.

CONCLUSIONES

- En conclusión referir como centro de actuación el goce de los derechos reconocidos por la constitución, mediante el proceso de jurisdicción constitucional moderno, refleja la disyuntiva común entre la discrecionalidad y racionalidad judicial frente a la cual se debe orientar la decisión judicial en el panorama de conflictos jurídicos, políticos y sociales que rige el orden constitucional.
- La interpretación dentro del sistema constitucional actúa como el principal mecanismo de funcionalidad de los derechos reconocidos en la constitución, permitiendo su desarrollo y mejorando el pleno goce de los mismos.
- La estructura abierta de los derechos constitucionales exige una aplicación de reglas y métodos de interpretación constitucional modernos, que permitan estructurar y desplegar su contenido, al momento de aplicarlos a los casos concretos.

RECOMENDACIONES

- La interpretación constitucional se presenta como el principal mecanismo de desarrollo y protección de los derechos reconocidos en la constitución, a través del cual el sistema constitucional puede perfeccionar su estructura y mejorar su aplicación.
- El sistema constitucional presenta una estructura de los derechos fundamentales como normas abiertas, lo cual exige al intérprete constitucional una tarea no solo explicativa, sino desarrolladora, que optimice y maximice los derechos para que de esta manera, sean operativos para los casos concretos.
- Debido a los diversos escenarios y características de los conflictos constitucionales, el sistema jurisdiccional constitucional dentro de nuestro sistema de derecho, debe incorporar reglas y métodos de interpretación modernos que garanticen el pleno goce de los derechos fundamentales permitiendo que su interpretación y aplicación sea adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilo, J. (2004). *La Constitucion del Estado Constitucional* . Bogota : Temis S.A.
- Alexy, R. (2007). *Teoria de los Derechos Fundamentales* . Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2013). *El Sentido del Derecho* . BARCELONA: ARIEL.
- Avila Santamaria, R. (2011). *El neoconstitucionalismo tranformador. El estado y el derecho en la constitucion de 2008*. Quito : Abya-Yala.
- Bernal Gomez, B. (2010). *Historia del Derecho* . Mexico D. F .
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia .
- Bernal, P. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales.
- Bernal, P. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales .
- Caballero, A. M. (1997). *Hermenéutica Jurídica*. Bogota : Rosaristas .
- Carbonell, M. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cardenas, Á. (2011). *Interpretacion Constitucional. Mecanismo de sensibilizacion de proteccion de derechos humanos*. Quito: Cevallos.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio* . Barcelona: Ariel S.A.
- Ferrajoli, L. (2009). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta.
- Fonseca, R. M. (2012). *Introduccion Teorica a la Historia del Derecho* . Madrid : Dykinson .
- Garcia Belaunde, D. (1994). La Interpretacion Constitucional como problema . *Estudios Politicos (Nueva epoca)*, 12.
- Grijalva Jimenez, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho.
- Guastini, R. (2010). *Teoria e ideologia de la interpretacion constitucional*. Madrid: Trotta.

- Hart, H. (2004). *El concepto de derecho*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H. (1992). *Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel.
- Kelsen, H. (2013). *La Teoría Pura del Derecho*. Mexico : Mexico Purrúa.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia jurídica* . España: Ariel Editorial .
- Lopez Medina, D. E. (2006). *Interpretacion Constitucional* . Bogotá : Consejo Superior de la Judicatura.
- Lopez, D. (2006). *Interpretacion Constitucional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Montaña Pinto, J. (2011). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional* . Quito : Centro de estudios y difusión del derecho constitucional .
- Montaña Pinto, J. (2012). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho.
- Perez Escobar, J. (2011). *Metodología de la Investigacion*. Bogotá : Temis S. A.
- Perez Luño, A. (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Tecnos.
- Prieto, L. (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho* . Madrid: Trotta .
- Prieto, L. (2013). *Sobre Principios y Normas* . Bogota : Temis .
- Rabinovich-Berkman, R. (2006). *Recorriendo la Historia del Derecho* . Quito : Cevallos Editora.
- Rainer, A., & Martinez, J. (2012). El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Scielo* , 65.
- Salgado Pesantes, H. (2004). *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Editora Nacional.
- Salgado Pesantes, H. (2010). *Lecciones de Derecho Constitucional* . Quito : Ediciones Legales .
- Von Ihering, R. (1911). *El Fin del derecho*. Madrid: Biblioteca Juridica Virtual.

Von Ihering, R. (1998). *El espíritu del Derecho romano. En las diversas fases de su desarrollo*. Granada,; Ed. Comare.

Von Savigny, K. F. (1985). *Sistema de Derecho Romano Actual* . Madrid : Centro Editorial de Gongora.

Wolfe, C. (1991). *La Transformacion de la Interpretacion Constitucional*. Madrid: Civitas .

Zambrano Pasquel, A. (2011). *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo* . Guayaquil : Edilex S.A.

Zavala Egas, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentacion Juridica*. Guayaquil : Edilex S.A.

ANEXOS

ANEXO 1

Demanda de inconstitucionalidad. contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993. No. C-022-96. Santafé de Bogotá, D.C. 23 de enero de 1996

Ref.: Expediente No. D-1008

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Acta No. 02

1. ANTECEDENTES

El ciudadano ALVARO MONTENEGRO GARCÍA, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inexecutable el artículo 40, literal b, a excepción del párrafo, de la Ley 48 de 1993. Considera el demandante que esta norma viola los artículos 13, 43, 47 y 70 de la Constitución Política.

Estando cumplidos los trámites constitucionales y legales establecidos para procesos de esta índole, procede la Corte Constitucional a decidir.

2. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

Artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993:

“Artículo 40-. **Al término de la prestación del servicio militar.** Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

...

b. A los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a continuar estudios en Centros de Educación Superior, el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o su asimilado realizado por el ICFES o entidad similar, se le sumará un número de puntos equivalente al 10% de los que obtuvo en las mencionadas pruebas. El ICFES expedirá la respectiva certificación.”

3. LA DEMANDA

Sostiene el demandante que la norma transcrita es contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. El privilegio otorgado a los bachilleres que prestan el servicio militar establece un trato discriminatorio, en opinión del actor, contra las mujeres, quienes, de acuerdo con el artículo 10 de la misma Ley 48 de 1993, no tienen la obligación de prestar el servicio militar, y con los varones que por sorteo, limitación física o sensorial o cualquier otra razón, no prestan dicho servicio.

En la práctica, afirma el ciudadano demandante, la disposición acusada implica para las personas que no hayan prestado el servicio militar y que aspiren a ingresar a un centro de educación superior, una situación desventajosa frente a un candidato que lo haya prestado. Esa situación es originada no en la mejor preparación académica de este último, sino en el solo hecho de haber prestado el servicio militar, de tal manera que personas que han obtenido un mayor puntaje en las pruebas del ICFES, por tener un mejor nivel académico, pueden verse desplazadas, al momento de solicitar el ingreso a una institución de educación superior, por un bachiller que reciba el beneficio previsto en la norma acusada.

Finalmente, considera el demandante que dicha norma vulnera el artículo 43 de la Constitución Política, que garantiza la igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer, así como los artículos 47 y 70 de la Carta, que establecen, respectivamente, el deber del Estado de adelantar una política de integración social de los disminuidos físicos y sensoriales, y el de promover y fomentar el acceso de todos los colombianos a la cultura en igualdad de condiciones, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional.

4. INTERVENCIÓN OFICIAL

4.1. El Comandante General de las Fuerzas Militares (E), presentó a la Corte un escrito en el que defiende la constitucionalidad de la norma acusada. En su opinión, el privilegio otorgado a los bachilleres que prestan el servicio militar y que aspiran a ingresar a un centro de educación superior, no vulnera el principio de igualdad, porque éste ordena tratar igual a las personas que se encuentran en supuestos de hecho iguales, y permite tratar de manera desigual a las personas ubicadas en supuestos de hecho distintos. Un bachiller que ha prestado el servicio militar se encuentra, en concepto del Comandante General de las Fuerzas Militares (E), en una situación distinta a la de aquél que no lo ha hecho, por cuanto el cumplimiento de ese deber

implica la interrupción de los estudios por los menos durante un término de 12 meses. El aumento del 10% en el puntaje obtenido en las pruebas del ICFES sería, entonces, una compensación para quienes debieron aplazar la continuación de sus estudios para prestar el servicio militar.

4.2. El Director Nacional de la Policía envió igualmente a la Corte un escrito en el que presenta las razones que, en su parecer, sustentan la constitucionalidad de la disposición legal acusada. Sostiene, en primer lugar, que el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, no es más que el desarrollo legal del artículo 216 de la Constitución Política, que establece que en su último inciso que “la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.” En segundo lugar, afirma que el trato privilegiado para los bachilleres que prestan el servicio militar persigue un fin legítimo (incentivar a los bachilleres a incorporarse a las Fuerzas Armadas y compensar los sacrificios que el servicio militar implica) y establece una diferencia de trato razonable y proporcional al tiempo invertido en la prestación de dicho servicio.

4.3. El Ministro de la Defensa Nacional (E) envió a esta Corte un escrito en el que defiende la constitucionalidad de la norma acusada. Fundamenta su posición en los siguientes argumentos: por una parte, la disposición demandada es un desarrollo directo de la facultad otorgada al legislador por el inciso final del artículo 216 de la Carta. Por otra parte, el hecho de que el servicio militar no sea obligatorio para las mujeres, no impide que éstas lo presten de manera voluntaria (de acuerdo con la posibilidad establecida en el artículo 10 de la Ley 48 de 1993) y logren, así, el beneficio concedido por la norma demandada. En cuanto a las personas con limitaciones físicas y sensoriales, el hecho de que no puedan prestar el servicio militar y recibir el aumento correspondiente en el puntaje de las pruebas del ICFES, no implica la negación de su derecho a acceder a la cultura y a la educación. Dichas pruebas, por lo demás, en opinión del Ministro de Defensa (E), no determinan con exactitud la capacidad intelectual de los estudiantes.

5. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación emitió el concepto de rigor mediante oficio No. 727 del 25 de agosto de 1995, en el que solicita a la Corte declarar exequible la norma atacada. Afirma el mencionado funcionario que el beneficio previsto en el literal b, del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, es correlativo a la restricción de las libertades y los derechos que debe soportar el bachiller que presta el servicio militar, así como a los riesgos que debe correr en desarrollo de

esta actividad. Igualmente, sostiene que la norma demandada cumple cabalmente los términos del artículo 216 de la Constitución Política, pues establece una prerrogativa que hace más atractiva para los bachilleres la incorporación a las Fuerzas Armadas.

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

De acuerdo con el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, es competente esta Corte para conocer de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993.

6.2. Planteamiento del problema

El problema jurídico sometido a la decisión de la Corte por el demandante puede ser expresado de la siguiente manera:

¿El beneficio otorgado a los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a ingresar a un centro de educación superior, consistente en un aumento del puntaje de las pruebas del ICFES, equivalente al 10% del puntaje obtenido, vulnera el derecho a la igualdad de los demás candidatos a ingresar a una institución de esa índole?

Para responder a este interrogante, la Corte hará inicialmente unas consideraciones generales sobre la naturaleza y la estructura del derecho a la igualdad. Posteriormente, retomará los criterios de razonabilidad establecidos en su jurisprudencia sobre este derecho, para finalmente aplicarlos a la evaluación de la justificación del trato desigual consagrado en la norma acusada.

6.3. El derecho a la igualdad

6.3.1. La formulación clásica del derecho a la igualdad

El punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”⁸. Aunque en este mandato se pueden distinguir con claridad dos partes, diferenciadas por los conceptos de igualdad y desigualdad, su sola enunciación carece de utilidad para discusiones o decisiones

⁸Aristóteles, *Política* III 9 (1280a): “Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales.”

acerca de los tratos desiguales tolerables o intolerables. En efecto, la fórmula requiere un desarrollo posterior que permita aclarar sus términos. Esto se debe a que, como lo ha afirmado Bobbio⁹, el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en tres aspectos:

- a. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes;
- b. Los bienes o gravámenes a repartir;
- c. El criterio para repartirlos.

En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio?. Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc.

Los dos primeros interrogantes pueden ser respondidos a través del estudio de los hechos materia de la controversia. En el caso sometido a examen de la Corte, el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, establece una diferenciación *entre* los bachilleres que han prestado el servicio militar y aquéllos que no lo han hecho, *respecto de* la oportunidad de ingresar a un centro de educación superior, originada en el aumento previsto en el puntaje de las pruebas del ICFES.

El tercer interrogante, relativo al criterio utilizado para establecer un tratamiento diferenciado, implica una valoración por parte de quien pretenda responderlo. En el seno de un Estado Social de Derecho, en el que se establece el control constitucional de las leyes¹⁰, el criterio de diferenciación usado por el legislador está sometido al control del juez constitucional. En nuestro ordenamiento jurídico, corresponde a la Corte Constitucional determinar si dicho criterio valorativo está conforme con el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, que garantiza a todos los colombianos la misma protección y trato de las autoridades, así como los mismos derechos, libertades y oportunidades. El mismo artículo 13 prohíbe algunos criterios de diferenciación -el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la

⁹Norberto Bobbio. *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*. Editorial Taurus. Madrid. 1995. p. 136 y ss.

¹⁰Cf. Sentencia T-230/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

lengua, la religión, la opinión política o filosófica-, lo que no excluye que otros criterios sean igualmente contrarios a los valores, principios y derechos constitucionales.

La valoración judicial del criterio de diferenciación, a la luz de la Constitución, es una tarea compleja. Sin embargo, algunas precisiones analíticas, de las que la Corte se ocupará enseguida, facilitan esa tarea, aunque ello no signifique la solución incontestable del problema. En el ámbito de la razón práctica, el juzgador dispone de razonamientos dialécticos y problemáticos, no de un conjunto de axiomas que pueda aplicar con pleno rigor lógico.¹¹

6.3.2. La estructura del derecho a la igualdad y la carga de la argumentación

La teoría jurídica analítica, aplicada al tratamiento del derecho a la igualdad, ha establecido algunas distinciones de mucha utilidad para la solución de casos relacionados con ese derecho. La primera de ellas tiene que ver con la *estructura* de las normas que establecen el derecho a la igualdad, tales como la formulación aristotélica clásica o el artículo 13 de nuestra Constitución Política. En efecto, los conflictos en que entra en juego el derecho a la igualdad muestran que las normas que lo consagran pueden ser tratadas como *principios*, esto es, son normas cuya aplicación en un caso concreto depende de la ponderación que se haga frente a los principios que con él colisionan¹². El principio de igualdad de tratamiento entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, por ejemplo, puede entrar en pugna con el principio de la autonomía de la voluntad, expresado en la posibilidad del patrono de firmar convenciones colectivas con los primeros y pactos colectivos con los segundos¹³ o en la de contratar a sus trabajadores para laborar horas extras¹⁴. Corresponde al juez hacer la ponderación entre el principio a la igualdad y el principio que entra en conflicto con él, y decidir sobre la prevalencia de uno de ellos en el caso concreto, a la luz del ordenamiento constitucional.

Por otra parte, el principio de igualdad puede ser descompuesto en dos principios parciales, que no son más que la clarificación analítica de la fórmula clásica enunciada y facilitan su aplicación:¹⁵

¹¹Theodor Viehweg. *Tópica y jurisprudencia*. Editorial Taurus. Madrid. 1964. p. 49 y ss.

¹²Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. p. 409

¹³Sentencia U-342/95. M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹⁴Sentencia T-230/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁵Robert Alexy. *op. cit.* p. 395 y ss.

a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.”

b. “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.”

Dos consecuencias se desprenden con claridad de esta enunciación del principio de igualdad: en primer lugar, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.

En segundo lugar, el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la *razón suficiente* que justifique el trato desigual. El problema queda concentrado, entonces, en la justificación del trato desigual. El análisis de esta justificación ha sido decantado por esta Corte mediante la aplicación de un “test de razonabilidad”¹⁶, que será enseguida detallado y aplicado al caso concreto.

6.3.3. El “test de razonabilidad”

En la evaluación de la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad, “fundada en la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos.”¹⁷ Muestra de lo anterior es la sorprendente coincidencia de los criterios utilizados por los distintos tribunales encargados de analizar casos que involucran el principio de igualdad. La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que “los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad”¹⁸; el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha afirmado que “la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable...”¹⁹; la Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que “una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no

¹⁶Sentencia T-230/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁷Id.

¹⁸McLaughlin v. Florida. 379 U.S. 184, 191 (1964). Citado por Laurence Tribe. *American Constitutional Law*. The Foundation Press. Mineola, N.Y. 1988. p. 1440.

¹⁹BVerfGE 1, 14 (52). Citado por Alexy. op. cit. p. 391.

persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.”²⁰.

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad (cf. infra, 6.3.1.): ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?. Esta Corte, en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad; en esta ocasión, completará esos lineamientos e introducirá distinciones necesarias para su aplicación al caso objeto de la demanda de inexecutableidad.

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recaer (cf. 6.3.1.), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

²⁰Cour Européenne des Droits de l’Homme. Arrêt MARCKX c. Belgique. 13 juin, 1979.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de *proporcionalidad*²¹. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado²².

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la *adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la *necesidad* de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sobre este último punto, el de la proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte en la sentencia T-422 de 1992:

“Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.”

6.3.4. Examen de la proporcionalidad del trato desigual en el caso concreto

Las consideraciones conceptuales anteriores permiten examinar con mayor claridad el problema jurídico objeto de la presente sentencia. En la primera parte de las consideraciones

²¹Robert Alexy. op. cit. p. 112.

²²Cf., entre otras, las sentencias T-403/92, T-422 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y U-089/95, M.P. Jorge Arango Mejía

de la Corte (cf. 6.3.1.), se estableció que el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, establece un trato desigual entre los candidatos a ingresar a un centro de educación superior, que han prestado el servicio militar, y aquéllos que no lo han hecho. Dicho trato recae sobre el puntaje de las pruebas del ICFES, que para los primeros es aumentado en un 10% del puntaje obtenido. Procede ahora la Corte a examinar la razonabilidad de ese trato, a través del procedimiento descrito en la sección anterior.

a. Es claro que el beneficio otorgado a los bachilleres que prestan el servicio militar persigue un objetivo: estimular la incorporación de los jóvenes a las Fuerzas Armadas y compensar la interrupción de los estudios que significa la prestación de ese servicio.

b. El objetivo perseguido es válido desde el punto de vista constitucional, no sólo porque la misma Constitución establece, en su artículo 216, la posibilidad de establecer prerrogativas por la prestación del servicio militar, sino también porque está destinado a satisfacer valores y principios constitucionales (mantenimiento del orden público, la convivencia, la independencia nacional, etc.), establecidos en el Preámbulo de la Carta y en varios de sus artículos (cf., entre otros, los artículos 1, 2, 217 y 218).

c. Sin embargo, el trato desigual establecido por la norma acusada carece de una justificación razonable, en cuanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad. En efecto, si bien el privilegio otorgado en materia del puntaje en las pruebas del ICFES a los bachilleres que prestan el servicio militar, es adecuado para estimular la prestación de ese servicio y puede constituir una considerable compensación para quienes se han incorporado a las Fuerzas Armadas, no es ni necesario para el logro de ese fin ni proporcionado frente al sacrificio de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a un centro de educación superior.

No es necesario el trato desigual establecido por la norma demandada porque es posible estimular y recompensar la prestación del servicio militar mediante el otorgamiento de otras prerrogativas que, sin implicar el sacrificio exagerado de los derechos de otras personas, logren eficazmente ese fin. En este punto, es particularmente importante para la decisión de la Corte el hecho de que el privilegio otorgado por la disposición acusada *no guarda relación de conexidad con el tipo de actividad realizada por el bachiller que presta el servicio militar*. En efecto, las pruebas del ICFES tienen como único objetivo la medición de la preparación académica de los alumnos que terminan sus estudios secundarios, con el fin de establecer un punto de referencia para el ingreso a las instituciones de educación superior. El único criterio

relevante en relación con dichas pruebas es, por tanto, la competencia académica del bachiller. En consecuencia, no se entiende cómo la prestación del servicio militar, que es una actividad que, aunque contribuye al logro de valiosos objetivos sociales, no tienen una finalidad académica, pueda implicar para quienes en ella participan un beneficio de esta índole. Es por esto por lo que la Corte no comparte la opinión de los ciudadanos intervinientes y del Ministerio Público, cuando afirman que ese beneficio es una “compensación” por la prestación del servicio militar, pues la naturaleza de aquélla y de ésta son completamente diferentes.

Finalmente, aceptar el trato desigual establecido por la norma implicaría no sólo desnaturalizar las pruebas del ICFES, sino introducir un trato desigual desproporcionado contra los candidatos a ingresar a un centro de educación superior que, por cualquiera de los motivos establecidos en la misma Ley 48/1993, no han prestado el servicio militar. La falta de proporcionalidad es evidente si se ponderan el fin perseguido por el trato desigual y los principios sacrificados por su aplicación. La prerrogativa otorgada por la disposición demandada busca la satisfacción de un principio constitucionalmente relevante, representado en las funciones que corresponden a las Fuerzas Armadas (artículos 216, 217 y 218 C.P.); sin embargo, implican el sacrificio de principios elevados a la categoría de derechos fundamentales, particularmente el derecho a la igualdad, establecido en el artículo 13 de la Carta, en los siguientes términos:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y *oportunidades* sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...” (cursivas fuera del texto)

Para esta Corte, no cabe duda de que la norma acusada establece una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar y que, teniendo méritos académicos para continuar sus estudios en su etapa superior, se pueden ver desplazados por los beneficiarios del privilegio otorgado por la norma demandada. Esta disposición, en fin, produce en la práctica un perjuicio injustificado a las personas que la misma Ley 48 de 1993 autoriza a no prestar el servicio militar, entre ellas las mujeres (artículo 10), los varones descartados por el sistema de sorteo (artículo 19) y los varones exentos del cumplimiento de ese deber (artículo 28).

Por todo lo anterior, la Corte declarará inexecutable el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, a excepción del párrafo, que no fué demandado y que no contradice la norma superior, observando, eso sí, que tal declaración no significa que esté constitucionalmente prohibido al legislador establecer ciertas prerrogativas, a manera de estímulo, para los bachilleres que presten servicio militar, siempre que ellas satisfagan condiciones como las que la Corte señala en el presente fallo y que se echan de menos en el caso sub-lite.

6.3.5. Efectos de esta sentencia

En ejercicio de su competencia para definir los efectos de sus sentencias²³, en esta oportunidad considera la Corte procedente ordenar que la declaratoria de inexecutable de la norma acusada surta efecto desde el momento de su notificación, de tal manera que los bachilleres que hubiesen culminado el servicio militar antes de ese momento, pueden obtener el beneficio otorgado por dicha norma. Sin embargo, el beneficio no será otorgado a los bachilleres que, al momento de la notificación de la sentencia, no hayan comenzado la prestación del servicio militar.

En razón de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar inexecutable el artículo 40, literal b , a excepción del párrafo, de la Ley 48 de 1993.

SEGUNDO. Disponer que los efectos de la presente sentencia se producirán a partir del momento de la notificación de la misma. En consecuencia, los bachilleres que hayan culminado el servicio militar antes de ese momento y los que aún se hallen prestándolo, tienen derecho a recibir el beneficio previsto en dicha disposición. Por el contrario, los bachilleres que al momento de la notificación de la presente providencia no hayan comenzado la prestación del servicio militar, no serán beneficiarios de la prerrogativa prevista en la norma objeto de la presente declaratoria de inexecutable.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

²³Sentencia C-113/93. M.P. Jorge Arango Mejía

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANEXO 2

Análisis de sentencia de demanda de inconstitucionalidad STC N. ° 007-2006-PI/TC, Tribunal Constitucional de Perú del 22 días del mes de junio de 2007

EXP. N.º 007-2006-PI/TC

LIMA

**ASOCIACIÓN DE
COMERCIANTES
SAN RAMÓN Y FIGARI**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de junio de 2007, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Mesía Ramírez

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, contra las Ordenanzas N.º 212-2005 y N.º 214-2005, expedidas por la Municipalidad de Miraflores.

II. DATOS GENERALES

Demandante: Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari

Norma impugnada: Ordenanza N.º 212-2005 y Ordenanza N.º 214-2005.

Vicio de inconstitucionalidad: Inconstitucionalidad por el fondo. Infracción del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 25, inciso c; Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 23, numeral 1, literal c).

Petitorio: Demanda de inconstitucionalidad de la Ordenanza 212-2005 y Ordenanza 214-2005, que establecen una restricción del horario de funcionamiento de los locales ubicados en las calles San Ramón y Figari, conocida como Calle de las Pizza; y demás zonas de influencia,

constituidas por la Av. Óscar Benavides (Diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín, cuadras 1, 2 y 3 y calle Benavides, cuadras 1 y 2, del distrito de Miraflores.

III. NORMA OBJETO DEL JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Ordenanza N.º 212-2005

Que regula el horario máximo de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales ubicados en los pasajes San Ramón y Figari, autodenominados “Calle las Pizzas” y zonas de influencia

“Artículo Primero.- Establézcase el siguiente horario máximo de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales que se ubiquen en las calles San Ramón y Figari, actualmente autodenominadas “Calle de las Pizzas”, y demás zonas de influencia, constituidas por la avenida Oscar Benavides (Diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín cuadras 1, 2 y 3; calle Bellavista cuadras 1 y 2, debiendo cesar sus actividades:

- De domingo a jueves a la 01:00 horas del día siguiente
- Los días viernes, sábado y vísperas de feriado a las 02:00 horas del día siguiente.

Artículo Segundo.- Modificar el Cuadro de Infracciones y Sanciones vigente, agregando la siguiente infracción municipal:

CÓDIGO	INFRACCIONES	MONTO DE LA MULTA EN PROPORCIÓN A LA UIT VIGENTE	MEDIDA COMPLEMENTARIA
02-114	Por operar un establecimiento comercial fuera del horario permitido.	1UIT	CLAUSURA DEFINITIVA

Artículo Tercero.- La presente Ordenanza entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Artículo Cuarto.- Deróguese cualquier disposición municipal que se oponga en la presente Ordenanza, y déjese sin efecto las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas.

Artículo Quinto.- Encárguese el cumplimiento estricto de lo dispuesto en la presente Ordenanza, a la Gerencia de Fiscalización y Control y a la Gerencia de Seguridad Ciudadana, en coordinación con la Policía Nacional, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 46 de la Ley N.º 27972.

Ordenanza N.º 214-2005

Que precisa el horario de cese de actividades de los locales y establecimientos comerciales ubicados en las calles San Ramón y Figari, autodenominadas “Calle las Pizzas” y zonas de influencia

“Artículo Primero.- Establecer que el horario de cese de actividades de los locales y establecimientos comerciales ubicados en las Calles San Ramón y Figari, autodenominadas “Calle de las Pizzas” y demás zonas de influencia, será el señalado en la Ordenanza N.º 212, quedando autorizados a reiniciar sus actividades a partir de las 07:00 horas.

IV. ANTECEDENTES

A. Demanda

La Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari manifiesta que, mediante la Ordenanza N.º 212-2005, se restringió el horario de atención y funcionamiento de los locales comerciales ubicados en las calles San Ramón y Figari, denominada *Calle de las Pizzas*, y zonas de influencia constituidas por la Av. Óscar Benavides (diagonal) cuadras 3 y 4 ; calle Berlín, cuadras 1,2 y 3 y calle Bellavista, cuadras 1 y 2, del distrito de Miraflores, imponiéndose el límite para apertura de los establecimientos comerciales hasta la 1 a.m. de lunes a jueves y hasta las 2 a.m. los días viernes, sábados y feriados. Asimismo mediante la Ordenanza 214-2005, se amplía los efectos de la Ordenanza 212-2005, estableciendo que los locales comerciales solo podrán reiniciar sus actividades a partir de las 7 a.m. Del mismo modo objeta que las cuestionadas normas son contrarias al carácter general que debe revestir toda ordenanza, por el hecho que estas tienen un ámbito de aplicación localizado y específico, cuando las mismas deben tener exigencias sustantivas de carácter general, según lo establecido en el artículo 40 de la Ley 27972, y que su contenido no constituye materia regulable por medio de una ordenanza.

B. Contestación

La Municipalidad Distrital de Miraflores propone la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, la misma que fundamenta señalando que el cálculo del 1% de ciudadanos adherentes se ha efectuado en base al padrón utilizado en el proceso electoral a nivel nacional el año 2001, según lo establecido en el artículo 203, inciso 5),

de la Constitución; sin embargo en la mencionada norma no se precisa si dicho monto porcentual de ciudadanos debe computarse respecto del último acto electoral válido del año 2001, como erróneamente lo interpreta el JNE, o del número de ciudadanos hábiles al momento en que se interpone la demanda, es decir del año 2006. Además señala que del total de firmas o suscriptores consignados en la relación de adherentes se ha constatado que 254 personas que figuran como registradas, no son ciudadanos que residen dentro de su ámbito territorial, por lo tanto no se cumple con el requisito del uno por ciento de registros válidos de ciudadanos del ámbito territorial del distrito de Miraflores establecido en artículo 203, inciso 5), de la Constitución.

Respecto al fondo de la demanda señala que le asiste la facultad constitucional de ejercer sus funciones de gobierno emitiendo para ello ordenanzas municipales en virtud de la autonomía política, económica y administrativa. Así mediante Ordenanza N.º 214-2005, se complementa la Ordenanza N.º 212-2005, pues si bien la primera establece el horario en que deben cesar sus actividades los locales y establecimientos comerciales de la zona determinada, la siguiente fija el horario a partir del cual pueden reiniciar sus actividades fijándolo hasta las 7:00 horas. Afirma que la restricción en el horario de atención para los locales y establecimientos comerciales se justifica en el interés público y los beneficios para la comunidad que se esperaba obtener con ella pues dichos establecimientos vienen incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa civil, causando peligro inminente a la vida e integridad de las personas que laboran y concurren a dichos locales; consecuentemente, tal restricción de horarios tiene como justificación la conservación del orden, la preservación de la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salud de los vecinos del distrito de Miraflores.

Respecto a la inconstitucionalidad de las ordenanzas por defecto de regulación general distrital, afirma que estas fueron emitidas por un órgano estatal de jurisdicción distrital, por lo que se trata de disposiciones restringidas a determinado ámbito territorial; además es posible legislativamente establecer restricciones o tratamientos especiales a determinado ámbito territorial o determinada actividad dentro de un distrito. De igual manera las ordenanzas no regulan materia distinta a las señaladas en el artículo 40 de la Ley 27972 pues las funciones y competencias de los municipios distritales no culmina únicamente con lo establecido por dicha ley ya que existen otras disposiciones que reconocen atribuciones especiales a los gobiernos locales.

V. FUNDAMENTOS

A. EXCEPCIÓN PROPUESTA

§1. REPRESENTACIÓN DEFECTUOSA O INSUFICIENTE DEL DEMANDANTE

1. La demandada ha propuesto la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante. Ha alegado que la cifra que se consideró para contabilizar el 1% de la

población, para poder interponer una demanda de inconstitucionalidad contra las Ordenanzas cuestionadas, ha sido la que corresponde al padrón electoral del año 2001, debiendo, por el contrario, haber considerado el “padrón electoral del año 2005, que sirvió para las últimas elecciones presidenciales, por tratarse del último padrón fiscalizado y aprobado por el organismo electoral”. Asimismo, afirmó que el “número de firmas registradas o suscribientes en los respectivos planillones (...) consigna a personas que no residen en el distrito de Miraflores, que no son contribuyentes y (...) [que] en 81 casos si bien se encuentran registradas que viven en el distrito de Miraflores no tienen la condición de ciudadanos residentes en el distrito de Miraflores.”

2. El Tribunal Constitucional, por resolución de fecha 18 de octubre de 2006, solicitó al Jurado Nacional de Elecciones que se informara al respecto, solicitud que fue absuelta por carta del Secretario General, de fecha 5 de enero de 2007.
3. En dicha información se ha afirmado que el padrón electoral que se tomó en cuenta para la contabilización del 1% de ciudadanos fue el de las elecciones regionales y municipales del año 2002 “por ser las últimas elecciones de carácter nacional realizadas en el país, al momento de presentarse la citada solicitud”. En el citado documento, se informa que la solicitud de comprobación de firmas fue presentada el 14 de diciembre de 2004. Cabe precisar que la resolución del Jurado Nacional de Elecciones por la que se comprueba positivamente el recaudo de firmas correspondientes al 1% de ciudadanos, por parte de la demandante, fue expedida con fecha 14 de febrero de 2006 (Cfr. fojas 86 de autos).
4. De lo anterior se infiere que la determinación del cumplimiento del requisito de que la demanda de inconstitucionalidad sea interpuesta por el 1% de ciudadanos de la circunscripción correspondiente a la Municipalidad que expidió las Ordenanzas cuestionadas, ha tenido en consideración el padrón electoral de las últimas elecciones nacionales que tuvo lugar con motivo de las elecciones regionales y municipales del año 2002, ello debido a que en el momento de que la demandante solicitó la comprobación de firmas, esto es, el 14 de diciembre de 2005, la cifra correspondiente al 1% era la que había sido publicada el 22 de octubre de 2004 y que, según afirma, ha sido la considerada para efectos de examinar si la demandante cumplía o no el requisito cuestionado.
5. En cuanto a la alegación de que 81 casos de las personas que registran sus firmas en los planillones no corresponden a ciudadanos “residentes” en el distrito de Miraflores, cabe afirmar que la dirección de los ciudadanos es la que corresponde a la que se halla inscrita en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a cargo de la RENIEC. El registro de esta dirección es *iure et iure* el que ha de considerarse a efectos de interpretarse el concepto “ciudadanos del respectivo ámbito territorial” a que se refiere el artículo 203, inciso 5), de la Constitución.

B. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA

§1. VICIO DE INCOMPETENCIA DE LA ORDENANZA: LAS MATERIAS REGULADAS POR LAS ORDENANZAS NO SON DE SU COMPETENCIA

6. Los Gobiernos Municipales son titulares de competencias sobre determinadas materias. Ello significa que detentan potestad normativa para regular las materias que corresponden al ámbito de su competencia.

7. El artículo 40º, primer párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades, N.º 27972, (en adelante LOM) establece:

“Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las *normas de carácter general* de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, *la regulación*, administración y supervisión de los servicios públicos y *las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.*”

8. Conforme a esta norma, el ámbito propio de regulación de una Ordenanza no se circunscribe a la aprobación de la organización interna de las Municipalidades, y la regulación de los servicios públicos, sino abarca también la regulación de las “materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa”. En consecuencia, el problema a abordarse es si la materia objeto de regulación de las Ordenanzas corresponde o no a la competencia de la Municipalidad demandada.

9. La Constitución en su artículo 195º, incisos 6 y 8, establece, respectivamente, que los Gobiernos Regionales son competentes para:

“*Planificar el desarrollo urbano y rural* de sus circunscripciones, *incluyendo la zonificación*, urbanismo y el acondicionamiento territorial.” (énfasis añadido)

“*Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de* educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, *recreación* y deporte, conforme a ley.” (énfasis añadido)

10. Conforme a estas disposiciones, los Gobiernos Municipales detentan competencia sobre la regulación de los *servicios en materia de recreación* y sobre planificación del desarrollo urbano y zonificación.

11. La Ley Orgánica de Municipalidades, N.º 27972, (en adelante LOM) establece en su artículo 79º, apartado 3.6.4, que es condición de competencia exclusiva de la Municipalidad Distrital, la de:

“Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de:

“Apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación.”

12. De una interpretación literal de esta disposición se infiere que la regulación de las condiciones relativas a la “apertura de establecimientos comerciales” constituye materia propia de las Municipalidades Distritales. Ahora bien, bajo este concepto debe entenderse las condiciones y requisitos que, en general, se deben satisfacer para la apertura de establecimientos comerciales. Dentro de ellas, no sólo están los requisitos para la concesión de una licencia para la apertura de un establecimiento comercial, sino también las normas que regulan algunos aspectos que, según el caso, puedan estar relacionados con la “apertura de establecimientos comerciales”.
13. Ello no significa que tal regulación pueda ser arbitraria o se halle desprovista de límites materiales; por el contrario, como toda norma, ella deberá ser plenamente compatible con el conjunto de derechos fundamentales y principios de la Constitución; sin embargo, el examen de si tal compatibilidad es satisfecha o no por una Ordenanza Municipal concierne al examen del contenido o eventual vicio material, que debe ser claramente distinguido del vicio competencial aquí analizado.

§2. DELEGACIÓN DE FACULTADES A TRAVÉS DE ORDENANZA

14. La demandante ha impugnado también la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ordenanza N.º 212. Esta disposición establece:

“Facúltese al Alcalde de Miraflores para que, mediante Decreto de Alcaldía, dicte normas complementarias a la presente Ordenanza así como también señale nuevos lugares del distrito en los que se pudiese generar la misma problemática, a la que se aplicarán las reglas de la presente Ordenanza.”

15. Esta norma faculta al Alcalde para dos aspectos: el dictado de “normas complementarias” de la Ordenanza y la extensión del ámbito de aplicación de aquélla a otros lugares del distrito.
16. En cuanto a la primera cuestión, la premisa de la que debe partirse es la siguiente. La LOM dispone en su artículo 42º que los Decretos de Alcaldía “establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas”. Asimismo, señala que el Alcalde está facultado para “Dictar decretos (...), *con sujeción a las leyes y ordenanzas*” (art. 20, numeral 6, LOM, énfasis añadido). Esto significa que en el sistema de fuentes de lo que la LOM ha denominado *ordenamiento jurídico municipal* (art. 38º), los Decretos de Alcaldía constituyen manifestación de la potestad reglamentaria de la Alcaldía, en tanto *órgano ejecutivo del gobierno local* (art. 5º LOM). En tal sentido, el Alcalde puede ejercer tal potestad a efectos de desarrollar o concretizar una Ordenanza, para la expedición de lo que en doctrina se conoce como *reglamento ejecutivo*.

17. En consecuencia, el dictado de *normas complementarias* a través de Decreto de Alcaldía no puede interpretarse sino como alusión a la potestad reglamentaria que el Alcalde puede ejercer a efectos de desarrollar o concretizar la Ordenanza, para la expedición de lo que en doctrina se conoce como *reglamento ejecutivo*. En consecuencia, en tanto la facultad de dictado de *normas complementarias* por Decreto de Alcaldía está aludiendo, en realidad, a la potestad reglamentaria de la Ordenanza, la primera norma de la disposición no resulta inconstitucional.
18. En cuanto a la extensión del ámbito de aplicación de la Ordenanza a otros lugares del distrito, ella resulta inconstitucional por contravenir las normas que componen el *bloque de constitucionalidad* y, concretamente, la Ley Orgánica de Municipalidades. A diferencia del supuesto anterior, el objeto de la norma es *facultar* o *delegar* al Alcalde una potestad normativa propia del Consejo Municipal. Se está aquí ante un supuesto de *delegación de facultades normativas* propias del Consejo a favor del Alcalde.
19. La LOM establece en su artículo 40º las materias que son propias o pueden ser reguladas por una Ordenanza. Según ella, tales materias pueden ser:
- aprobación de la organización interna de la Municipalidad;
 - regulación, administración y supervisión de servicios públicos, y
 - regulación, administración y supervisión de materias de competencia normativa de la municipalidad
20. De la lectura de esta disposición se infiere que no es materia propia de una Ordenanza la regulación de las fuentes del ordenamiento jurídico municipal. La *delegación de facultades* que la Ordenanza efectúa a favor del Alcalde para regular materias propias de aquella categoría, significa introducir una forma de creación de derecho municipal, esto es una norma sobre la producción de normas no prevista en el citado artículo 40º. No hay en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico municipal una figura análoga a la *delegación de facultades*, que sí existe en el ordenamiento jurídico nacional cuando el Congreso la puede efectuar a favor del Poder Ejecutivo en virtud del artículo 104º de la Constitución. No se lee en ella que sea objeto de la Ordenanza la delegación de facultades normativas a favor del Alcalde. Tampoco se ha previsto como atribución del Consejo (art. 9º LOM), en cuanto titular de la potestad de expedir Ordenanzas (art. 39º, LOM), la figura de una delegación de facultades, y tampoco está contemplado que el Alcalde pueda ejercer potestad normativa a través de esa vía (Art. 20º LOM).
21. Por otra parte, ha de considerarse lo siguiente. La extensión del ámbito de aplicación territorial, personal o temporal, de una norma no es en absoluto *concretización* o *especificación* de dicha norma, sino la introducción *ex novo* de una nueva a un ámbito territorial, personal o temporal, en el que, hasta antes de ella, tal norma no existía.

22. En consecuencia, la *facultad* de que a través de Decreto de Alcaldía se extienda el ámbito de aplicación de las regulaciones de la Ordenanza a otros lugares del distrito no constituye una concretización o especificación de aquella que pudiera ser comprendida como ejercicio de la potestad reglamentaria del Alcalde, sino la introducción *ex novo* de una norma, aún no existente, en otros lugares del distrito, pero no a través de una Ordenanza, sino a través de Decreto de Alcaldía. La norma está facultando para introducir, a través de decreto de alcaldía, nuevas normas en una materia –la apertura de establecimientos comerciales- que es propia de una Ordenanza.

§3. PRINCIPIO DE GENERALIDAD DE LAS NORMAS

23. La demandante ha sostenido que la norma cuestionada es contraria al carácter general que debe revestir toda ordenanza de conformidad con lo establecido en el artículo 40º de la Ley N.º 27972, esto es, que deba tener “como ámbito de aplicación a toda la jurisdicción distrital y no a un sector localizado y específico integrante de aquella”.

24. La Ordenanza N.º 212-2005, expedida por la Municipalidad de Miraflores y publicada el 2 de noviembre de 2005, establece en su artículo 1º un “horario máximo de funcionamiento y atención al público” para el caso de “locales y establecimientos comerciales” que se ubican en la “Calle de las Pizzas” y demás “zonas de influencia”. Conforme a esta disposición el horario máximo de funcionamiento es de domingo a jueves, a la 1.00 a.m. del día siguiente, y de viernes, sábado y vísperas de feriado, hasta las 2.00 a.m. del día siguiente.

25. El principio de generalidad de las normas que se infiere de lo establecido en el artículo 103º, *ab initio*, de la Constitución, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho. Conforme a este principio las normas deben ser generales y no establecer un régimen contrario al derecho a la igualdad. El concepto de generalidad alude a que el supuesto comprendido por la norma es abstracto y los destinatarios de la misma son indeterminados. Así, la abstracción del supuesto y la indeterminación de sus destinatarios configuran la generalidad de una norma. Desde tal perspectiva, una norma que satisfaga estas condiciones es *general*.

26. Ahora bien, una norma general puede no obstante tener como destinatario un conjunto o sector de la población, con lo cual no se infringe este principio, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas. Para tal efecto, ha de analizarse la restricción del horario en aplicación del principio de proporcionalidad. Si la medida satisface las exigencias de este principio, entonces resulta constitucional; lo contrario supondrá su inconstitucionalidad.

§4. ANÁLISIS DE LA RESTRICCIÓN CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

§4.1 ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD I

27. Corresponde entonces examinar si la Ordenanza cuestionada constituye una norma general y, adicionalmente, si es que ella no es contraria al derecho a la igualdad. En cuanto al primer aspecto, cabe afirmar que ella satisface el requisito de generalidad debido a que el supuesto es *abstracto* y los destinatarios son *indeterminados*. El supuesto es los “locales y establecimientos comerciales” que se ubican en la denominada *Calle de las Pizzas* y “zonas de influencia”. El objeto de regulación de la Ordenanza no es un supuesto concreto, sino cualquier establecimiento que esté ubicado en esa zona, se trata de cualquier local o cualquier establecimiento, actual o futuro, con lo cual se satisface la exigencia de *abstracción*; pero, además, constituye una regulación cuyos destinatarios no están determinados en función de los caracteres o condiciones personales de sus titulares, sino al margen del titular o los titulares de dichos establecimientos, de modo que dentro de ella quedan comprendidas todas las personas que desarrollan actividades comerciales en la zona o cualquiera que, en el futuro, pueda desarrollarla. Con esto, la Ordenanza satisface, además, la exigencia de *indeterminación*.
28. Una cuestión adicional que debe plantearse es si la Ordenanza, aun cuando es general, contraviene o no el derecho a la igualdad. No obstante que la absolución de este problema ya se encuentra anticipada con la respuesta afirmativa respecto de la exigencia de la indeterminación, la problemática de la igualdad requiere ser abordada específicamente.
29. La restricción del horario máximo de atención no es contraria al derecho a la igualdad puesto que tiene un fundamento objetivo y razonable. De la lectura de la parte considerativa de la Ordenanza N.º 212 se advierte que el objetivo de la restricción es que “se resguarde la tranquilidad y seguridad de los vecinos mirafloresinos”, ello en tanto los establecimientos “no reúnen las medidas de seguridad necesarias” (décimo tercer considerando) y los propietarios de estos establecimientos venían “incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa Civil” (noveno considerando); que “no cumplen con las condiciones mínimas de seguridad, causando un peligro inminente a la vida e integridad física de las personas que laboran y concurren a dichos locales” (décimo considerando).
30. Pero ¿puede garantizarse la vida y la integridad estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento? Están en juego tanto la tranquilidad y seguridad de los vecinos de Miraflores como también la seguridad, vida e integridad física de las personas que trabajan en los locales y de sus concurrentes. ¿Puede la vida, seguridad e integridad física de los trabajadores y concurrentes de los establecimientos de la zona bajo restricción garantizarse restringiendo el horario máximo de apertura del mismo? La respuesta es negativa.
31. La restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante

de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada.

32. Podría restringirse, incluso más, tal horario, pero ello no garantizaría la vida, la seguridad y la integridad de los trabajadores y de los concurrentes a los establecimientos. Este planteamiento se basa en una presuposición no exacta, consistente en que en tanto los establecimientos estén abiertos hasta altas horas de la noche o hasta la madrugada, tanto más embriagados podrían estar los concurrentes y, así, ocasionar peligro en el resto de personas o, también, exponer aquellos su propia vida, seguridad e integridad. La inexactitud de tal presuposición reside en que omite que otro sector de concurrentes no opta por la ingesta de bebidas alcohólicas hasta el nivel de embriaguez, sino por la realización de actividades de diversión (baile, canto o la simple conversación), acompañada de la ingesta moderada de bebidas alcohólicas o, sencillamente, por la ingesta de bebidas no alcohólicas. En suma, no todos los concurrentes optan por la ingesta de bebidas hasta el nivel de la embriaguez, de modo que la mencionada suposición no es exacta y, por ello, no puede servir de premisa para fundamentar la medida restrictiva de la Ordenanza.
33. En consecuencia, la restricción de la Ordenanza es una medida inadecuada para la protección de los derechos de las personas que trabajan en establecimientos y de las personas que concurren a los mismos. Esta conclusión podría conducir a que la restricción de la Ordenanza sea declarada inconstitucional; sin embargo, como a continuación se analiza, ella sí representa una medida *proporcional*, esto es, idónea, necesaria y ponderada, a efectos de proteger determinados derechos fundamentales de los residentes en las zonas aledañas a aquélla donde opera la restricción analizada.

§4.2 ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD II

34. El *objetivo* de la medida es la protección de la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a aquélla donde opera la restricción analizada. En efecto, como es de público conocimiento, en la zona de restricción se produce un ruido que razonablemente puede considerarse como perturbador del sueño de los vecinos de la zona y, por tanto, el permitir que tal ruido se produzca en los horarios que opera la restricción y que corresponden justamente a los horarios de descanso o del dormir de las personas, perturbaría intensamente el desarrollo de estas necesidades humanas.
35. El ruido que se produce en la zona de restricción origina una *contaminación acústica* de considerable magnitud y se origina, por lo menos, en tres factores. Los elevados ruidos procedentes de la música de los establecimientos, pubs, discotecas y de otros. Por otra parte, el desplazamiento de los concurrentes a los establecimientos de la zona de la restricción y la evacuación de los mismos hasta altas horas de la noche o de la madrugada ocasionan ruidos provenientes tanto de las conversaciones de aquellos como también del tráfico de vehículos en la zona de restricción que traslada a los concurrentes.

36. En suma, el *objetivo* de la restricción es evitar la contaminación acústica de la zona aledaña a la de la restricción. Tal objetivo tiene como *fin* o se justifica en el *deber de protección* del poder público, en este caso de la Municipalidad, con respecto a los derechos al medio ambiente (*entorno acústicamente sano*) y a la tranquilidad y el derecho a la salud de los vecinos que residen en las zonas aledañas donde opera la restricción. En conclusión, siendo el fin de la restricción la protección de estos derechos, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción.
37. *Análisis de idoneidad.* La medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del *objetivo*. La restricción del horario de atención de los establecimientos introducida por la Ordenanza, justamente en las horas de descanso o del dormir de las personas, impide que la elevada contaminación acústica de la zona continúe durante las horas de descanso o del dormir de las personas, posibilitando de ese modo un entorno acústicamente sano para el desarrollo normal de aquellas necesidades.
38. *Análisis de necesidad.* La restricción es un medio necesario dado que no hay *medidas alternativas, igualmente eficaces*, que posibiliten un *entorno acústicamente sano (objetivo)* en las zonas aledañas a la de la restricción. Evidentemente, existen medios alternativos, pero que no son igualmente eficaces, como el permitir prolongar el horario de apertura con el establecimiento de niveles de decibelios tope en los establecimientos; sin embargo, resulta evidente que ello no eliminaría el sonido de la música en la zona y la contaminación acústica resultante de los otros factores de contaminación que seguirían produciendo sus efectos lesivos, de modo que no se lograría el entorno acústicamente sano requerido para la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud. Por el contrario, la restricción del horario de atención en los establecimientos en las horas determinadas en la Ordenanza constituye un medio *más eficaz* para posibilitar un *entorno acústicamente sano* que la mencionada alternativa hipotética. En consecuencia, si bien existe al menos una medida alternativa a la restricción examinada, dicha medida no es igualmente eficaz y, por tanto, la restricción examinada constituyó un medio *necesario* para la protección de los derechos al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud de los vecinos de las zonas aledañas a la de la restricción.
39. *Análisis de ponderación.* Para efectuar este análisis es preciso identificar los derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que se hallan en conflicto. Hemos dejado establecido que el *fin constitucional* de la restricción es la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud. Por su parte, la restricción constituye una *intervención* o limitación de la libertad de trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales de la zona restringida (los miembros de la asociación demandante) y, además, una *intervención* del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida.
40. En esta estructura, el derecho a la libertad de trabajo y al libre desenvolvimiento de la personalidad constituyen los derechos intervenidos o restringidos con la restricción

examinada. Frente a ello se tiene los derechos al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud, como los derechos por cuya protección se adopta la restricción examinada.

41. Por tanto, la ponderación tiene lugar, entonces, ante el conflicto del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (de los vecinos de la zona restringida), frente a la libertad de trabajo y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los concurrentes, respectivamente).
42. La estructura del examen de ponderación ha sido definida por este Tribunal Constitucional, con motivo de examinar una restricción en la libertad de trabajo, señalándose que “Conforme a éste [-la ponderación-] se establece una relación según la cual *cuanto mayor es la intensidad de la intervención de la libertad de trabajo, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*. Si tal relación se cumple, entonces, la intervención en la libertad de trabajo habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la libertad de trabajo sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional.”^[1]
43. Dado que la restricción examinada interviene también en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, la formulación de la ponderación en el presente caso habría de integrar este derecho, de modo que resultaría formulada en los siguientes términos:

“cuanto mayor es la intensidad de la intervención en la libertad de trabajo y en el libre desenvolvimiento de la personalidad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización de la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (fin constitucional).”

Corresponde ahora examinar cada una de las *intensidades* y los *grados de realización* a efectos de que posteriormente pueda analizarse si se cumple o no esta *ley de ponderación*. La valoración de las *intensidades* puede ser catalogada como: grave, medio o leve^[2], escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil^[3]. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los *grados de realización* del fin constitucional de la restricción.

44. La intensidad de la intervención en la libertad de trabajo es *leve*. La Ordenanza no establece una *limitación absoluta* o *total* del ejercicio de la libertad de trabajo de los propietarios de establecimientos comerciales en la zona bajo restricción; por el contrario, ella sólo establece una *limitación parcial*, circunscrita a determinadas horas de la noche y la madrugada.

§5. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD

45. El *derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad* no se halla enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como sí lo estuvo por la Constitución de 1979. En efecto, el artículo 2, inciso 1, de ésta establecía que toda persona tiene derecho:

“A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al *libre desenvolvimiento de su personalidad*.” (énfasis añadido)

46. Aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al “libre desarrollo y bienestar” pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que *desarrollo* y *bienestar*, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido –desarrollo y bienestar-. Por ello, corresponde examinar si hay otra vía a efectos de considerarlo como un derecho conformante de nuestro ordenamiento constitucional.

47. El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un *derecho fundamental innominado o implícito* que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.

48. El Tribunal Constitucional alemán, en el célebre caso Elfes^[4], interpretar este clásico enunciado de la *Ley Fundamental* alemana, -la Constitución de ese país- en su artículo 2.1, entendiéndolo que el contenido o ámbito de protección del derecho al *libre desenvolvimiento de la personalidad* comprende la “libertad de actuación humana en el sentido más amplio”, la “libertad de actuación en sentido completo”^[5]. Se trata, entonces, de un “derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre”^[6] y que no se confunde con la libertad de la actuación humana “para determinados ámbitos de la vida” que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales^[7], tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc.

49. En el caso concreto, los concurrentes a los establecimientos comerciales de la zona de la *Calle de las Pizzas*, tales como discotecas, pubs, karaokes, etc., en suma, los actos de esparcimiento o de mera diversión de las personas que concurren a estos lugares constituyen conductas que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, el jolgorio, el esparcimiento, la diversión y conductas análogas de la persona son actos de ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, se hallan garantizados bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental. Con ello no desconoce el Tribunal Constitucional que el artículo 2, inciso 22, alude como derecho el “disfrute del tiempo libre”, pero debe

observarse que éste no significa sino una concreta manifestación del derecho general al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, de la condición digna de la persona.

50. En consecuencia, no se trata de conductas irrelevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, sino, de modo totalmente contrario, del ejercicio de un derecho fundamental y que, como tal, exige también su garantía. Esto implica que el poder público no debe considerarlas bajo la idea de tolerarlas, sino como ejercicio de un derecho. Pero, como todo derecho, él no es absoluto y su ejercicio debe guardar armonía con los derechos fundamentales de otras personas y, desde luego, con un bien de relevancia constitucional de significativa entidad como es el orden público. Se trata, en suma, de que su ejercicio deba satisfacer el principio de *concordancia práctica*.
51. En efecto, la restricción de los horarios de apertura de los establecimientos en la *Calle de las Pizzas* constituye una *restricción o intervención* en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a dichos establecimientos, pues tal derecho les garantiza su visita a estos lugares.
52. En principio, se está ante una restricción legítima que tiene como propósito la salvaguarda del derecho al medio ambiente, la tranquilidad y a la salud, de los vecinos de la zona de restricción. Por otra parte, como se advirtió, no existe medio hipotético alternativo que pueda cumplir tal cometido.
53. Ahora bien, la intensidad de la intervención en el libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida es *leve*. Se trata de una *restricción temporalmente parcial*, limitada a determinadas horas, no de una *restricción total*. Esto significa que los concurrentes pueden divertirse y encontrar un espacio de esparcimiento en la *Calle de las Pizzas* durante buena parte de la noche e, incluso, de la madrugada, pero no durante toda la noche, hay un margen temporal suficientemente razonable para que las personas puedan recrearse en este espacio de Miraflores. Por otra parte, se trata de una restricción *espacialmente parcial*, no *total*; es decir, los concurrentes pueden optar por lugares alternativos a los de la zona bajo restricción, donde no exista esta o, por último, en los domicilios de los mismos. Por tanto, la restricción del libre desenvolvimiento de la personalidad es de intensidad *leve*.
54. El grado de realización de la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad es *elevado*. El derecho al medio ambiente adecuado está garantizado por el artículo 2, inciso 22, de la Constitución. Este derecho comprende, entre otros aspectos, la garantía de un entorno acústicamente sano. La mejor forma de alcanzar este objetivo es posibilitando un ambiente silente, lo que es particularmente importante durante las horas nocturnas y de madrugada, objetivo que se alcanza justamente a través de la restricción de los horarios examinada.
55. El grado de realización de la protección del derecho a la salud es *elevado*. El descanso y el dormir habitual de la persona durante la noche constituye un elemento indispensable para

la recuperación de energía, por ello, su disfrute posibilita un estado de salud pleno. Por el contrario, su perturbación o interrupción como consecuencia de ruidos molestos, de un entorno acústicamente contaminado, como el que ocasionaría el funcionamiento nocturno sin límites de horarios en los establecimientos de la *Calle de las Pizzas*, ocasionaría una afectación grave del derecho a la salud. En tal sentido, la medida restrictiva analizada constituye un medio a través del cual se alcanza una *elevada* realización del derecho a la salud. La salud, por su importancia, no puede protegerse a través de medios que den paliativos frente a los factores que la afectan o que la ponen en peligro, sino a través de medios plenamente efectivos, de modo que se garantice con eficacia el derecho a la salud de las personas.

56. En consecuencia, se tiene que la intensidad de la intervención es *leve*, mientras que el grado de realización del fin constitucional es *elevado*. Expuesto en otros términos, conforme a la ponderación efectuada se concluye que, en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es *leve*, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es *elevado*. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la *ley de ponderación* y, por tanto, es constitucional.

§6. CLAUSURA DEFINITIVA COMO SANCIÓN CONTRARIA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E IRRAZONABLE

57. La Ordenanza N.º 212 establece en su artículo segundo como sanción una multa equivalente a 1 UIT y como medida complementaria la clausura definitiva. Esta norma no resulta contraria al principio de razonabilidad. La grave intensidad de la afectación que un entorno acústicamente sano ocasiona en el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y, de modo importante, a la salud, justifican que la Municipalidad pretenda introducir un efecto disuasorio de máxima magnitud de posibles infracciones de los límites de horarios, a través de drásticas sanciones. Esta finalidad preventiva general o intimidatoria de la sanción administrativa a través de una drástica sanción resulta proporcional o acorde a la magnitud de la grave afectación que la contaminación sonora nocturna puede ocasionar en los vecinos de la zona de la restricción. La elevada magnitud de la sanción se corresponde, aquí, al elevado grado de afectación de derechos que la infracción puede ocasionar.

§7. DEBIDO PROCESO Y REVOCACIÓN UNILATERAL DE LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO

58. El derecho al debido garantiza (art. 139º, inciso 3, Constitución) a toda persona que cualquier acto que incida en la esfera subjetiva de sus derechos, debe estar precedido de un procedimiento donde aquélla pueda ejercer de manera plena los derechos que componen el derecho al debido proceso, en particular, el derecho de defensa. En tal sentido, los actos del poder público que inciden en los derechos de la persona y que están desprovistos de un procedimiento previo donde se hayan cumplido aquellas garantías, afectan el derecho al debido proceso.

59. El artículo 4º de la Ordenanza N.º 212 establece lo siguiente:

“(…) déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas.”

60. Esta disposición resulta contraria al derecho al debido proceso. La Municipalidad demandada no puede revocar licencias sin que haya precedido un procedimiento, en cada caso, esto es, con respecto a la situación individual de cada titular de los establecimientos comerciales ubicados en la zona que se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la Ordenanza.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia:
2. Declarar **INCONSTITUCIONAL** el artículo 4º de la Ordenanza N.º 212, expedida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, únicamente en el extremo que dispone: “déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas”
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en cuanto al resto de vicios de inconstitucionalidad alegados.
4. Declarar **INFUNDADA** la excepción de representación defectuosa de la demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI