



Revista Metropolitana
de Ciencias Aplicadas
Revista Científica Multidisciplinaria

Revista Metropolitana de Ciencias

Aplicadas

ISSN: 2661-6521

revista@umet.edu.ec

Universidad Metropolitana

Ecuador

Morales Carranza, Sandra Judith

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR 2008: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas, vol. 5, núm. 3, septiembre-diciembre, 2022,
pp. 124-132

Universidad Metropolitana

Guayaquil, Ecuador., Ecuador

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=721778120015>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

14

LOS DERECHOS

**FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA
DEL ECUADOR 2008: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS,
SOCIALES Y JURÍDICOS**

LOS DERECHOS

FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF ECUADOR 2008: DOGMATIC, SOCIAL AND LEGAL FOUNDATIONS

Sandra Judith Morales Carranza¹

E-mail: sandy-moralecarranza@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2062-1747>

¹ Abogada de los tribunales y juzgados de la República. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Morales Carranza, S. J. (2022). Los derechos fundamentales en la Constitución de la República del Ecuador 2008: Fundamentos dogmáticos, sociales y jurídicos. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 5(3), 124-132.

RESUMEN

El marco axiológico de la Constitución de la República del Ecuador 2008 está sustentado en lo que se ha denominado como política de los derechos. En este caso se trata de una teoría de la justicia extendida a escala global, que ha reemplazado toda opción política radical, por opciones progresivas de cambio social, respetuosas de los derechos humanos. La presente investigación se ha planteado como objetivo el análisis analizar los fundamentos dogmáticos, sociales y jurídicos de los derechos fundamentales en la propuesta de la Constitución del Ecuador 2008. La metodología empleada responde a un enfoque descriptivo y exploratorio y métodos de revisión documental, de razonamiento lógico deductivo-inductivo, síntesis y análisis descriptivo de la investigación. La información utilizada proviene fundamentalmente de los actores públicos y privados involucrados en la temática. Una de las principales conclusiones a las que se arribó es la referida a que la dogmática constitucional deja entrever principios de organización del poder que pluralizan la democracia creando numerosos mecanismos de control y dirección de la política y las políticas públicas.

Palabras clave:

Derechos Fundamentales, dogmática, normativa.

ABSTRACT

The axiological framework of the Constitution of the Republic of Ecuador 2008 is based on what has been called the policy of rights. In this case, it is a question of a theory of justice extended on a global scale, which has put an end to all radical political options, for progressive options of social change, respectful of human rights. The objective of this research has been to analyze the dogmatic, social and legal foundations of fundamental rights in the proposal for the Constitution of Ecuador 2008. The methodology used responds to a descriptive and exploratory approach and methods of documentary review, reasoning deductive-inductive logic, synthesis and descriptive analysis of research. The information used comes mainly from public and private actors involved in the issue. One of the main conclusions reached is the one referred to that the constitutional dogmatics suggests principles of organization of power that pluralize democracy creating numerous mechanisms of control and direction of politics and public policies.

Keywords:

Fundamental Rights, dogmatics, regulations.

INTRODUCCIÓN

Históricamente, la aplicación constitucional, en particular de la parte dogmática de la Constitución, ha tenido mayores dificultades debido a varios elementos. En primer lugar, la garantía de los derechos constitucionales cuenta con una gran carga emancipadora y, por ello, suele producir resistencias y dificultades en su aplicación material. En segundo lugar, los derechos constitucionales suelen estar formulados como principios, por lo cual, técnicamente, ha contado con menos facilidades para su aplicación que las normas orgánicas, generalmente formuladas como reglas. Respecto a la aplicación de las reglas, la problemática es menor por sus posibilidades cerradas; respecto a los derechos formulados como principios, por su naturaleza abierta, la ciencia del derecho constitucional sigue preguntándose cuál es la mejor forma de garantizar su aplicación.

La evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano se puede apreciar desde distintas perspectivas. Una de ellas desde el carácter ideológico, que está vinculado a las luchas y reivindicaciones sociales, y otra desde la estructura del Estado, que tiene relación con el tratamiento de los derechos y la organización política. Desde la primera perspectiva, podemos encontrar una tendencia liberal-conservadora, durante todo el siglo XIX, que reconoció básicamente los derechos de libertad y los derechos políticos desde una perspectiva extremadamente restringida.

Desde la Constitución de 1929 hasta la de 1967 encontramos una segunda tendencia, influenciada por el movimiento obrero y por los partidos y movimientos vinculados al socialismo, en la que se reconocen los derechos sociales, labores, económicos y culturales. Finalmente, tenemos una tendencia, que comienza con la constitución de 1998 y se refuerza con la Constitución (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente 2008), en la que es notable el reconocimiento de la diversidad cultural y reconocimiento de la colonialidad. Desde la segunda perspectiva, el Estado ha ido reconociendo progresivamente garantías. Sin embargo, la práctica y la estructura del Estado, basada en un sistema presidencialista, sigue siendo un obstáculo para su efectiva vigencia.

Por esta razón resulta frecuente encontrar grandes tendencias que tienen relación con el pensamiento jurídico dominante y a su vez con las demandas sociales, y que no necesariamente coinciden con una nueva Constitución, la cual ha representado mayormente un símbolo de legitimidad política para el poder, que una norma fundante de las demás en el ordenamiento jurídico. En ese contexto se ha considerado pertinente analizar los fundamentos dogmáticos, sociales y jurídicos de los derechos fundamentales en la propuesta de la Constitución del Ecuador 2008. Para ello se han empleado las posibilidades que ofrecen los métodos de análisis-síntesis, histórico-lógico e inductivo-deductivo y el análisis de contenido.

Resulta evidente la paradoja de legitimación del estado, en un país como el Ecuador, donde la Constitución, sus principios y derechos no van a transformar automáticamente la realidad. La aplicación de la Constitución requiere de múltiples condiciones, entre otras: el texto constitucional sustancial, la cultura legal, el compromiso de la gente dentro del estado y la participación ciudadana. En este contexto es fundamental comprender los patrones de comportamiento político y la coyuntura constituyente, por lo que el hecho de tener principios y derechos posibilita, de manera general, brindar mayores herramientas para lograr una vida digna, en la que se realice y potencie el buen vivir; en cuanto a la dogmática, social y normativa del desarrollo de los derechos humanos.

DESARROLLO

La expresión “derechos fundamentales” hace referencia a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica. Con esta denominación nos referimos también a los derechos que están reconocidos y garantizados por la Asamblea Nacional Constituyente (2008) en su art. 16, 17, 18 y 19, que es el nivel superior de toda jerarquía normativa (Häberle, 2016.). Vale señalar que la expresión “derechos humanos”, según los especialistas en la materia, se presenta en nuestro tiempo como un concepto de contenido más amplio e impreciso que la noción “derechos fundamentales”.

Como ya se dijo, el concepto “derechos fundamentales” incluye aquellos derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo a partir de la Constitución del Estado, a diferencia de los denominados “derechos humanos”, que están positivados en las declaraciones y convenios internacionales. No obstante, la expresión “derechos humanos” sirve también para referirse a las exigencias relacionadas con los valores de dignidad, de libertad e igualdad del ser humano que no han logrado aún su reconocimiento positivo (Meléndez & Moncagatta, 2016).

Por su parte, la denominación “derechos fundamentales” responde, además, a su carácter básico o fundador del sistema jurídico-político del Estado de Derecho. Ellos sirven de fundamento a los demás derechos y libertades. En este punto es necesario insistir en que al hablar de derechos se debe tener en cuenta los correlativos deberes u obligaciones, como se abordará más adelante. El deber ético precede y fundamenta al derecho en la sociedad.

La determinación de los derechos fundamentales o derechos humanos en el orden jurídico positivo

La determinación de cuáles son los derechos inherentes a la persona humana plantea el problema de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Con objeto de establecer un término de referencia objetivo basado en patrones universales, puede señalarse que lo son

aquellos proclamados internacionalmente como tales. Las convenciones internacionales referentes a derechos humanos, a las que se refiere el artículo 50., inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas califican a los derechos en ellos reconocidos y garantizados como derechos "inherentes a la persona humana".

El Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, los define como "atributos de la persona humana", como en la generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia, siendo todos ellos derechos esenciales, universales e inherentes a la persona humana. De allí se deriva su obligatorio respeto, garantía y promoción, por todos los órganos estatales y, especialmente, por los tribunales de justicia (Ulloa, 2017).

En el sistema jurídico ecuatoriano no existe hermetismo constitucional sobre la materia por decisión del propio Constituyente originario, el que estableció la limitación de la soberanía por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana, de lo que claramente quedó constancia en la historia de la Constitución.

Ello se desprende también del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969), en la cual se establece que: *"ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de: c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) Excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".*

La disposición contenida en el artículo 29 de la Convención Americana en su literal c) permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aun cuando no fueron recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, quedan implícitamente garantizados en virtud de la disposición analizada. La obligación de los órganos del Estado de respetar y garantizar los derechos, lo ha señalado directa y claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete último de tales convenciones en el ámbito regional. Así, en el Caso Godínez Cruz vs Honduras (1989) se expresó: *"La segunda obligación de los estados partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de los cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia*

de esta obligación, los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1989)

Periodización de la evolución de los derechos en el constitucionalismo ecuatoriano

Muchos criterios se pudieran tener en consideración para analizar la evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. Uno de ellos, el más clásico, sería simplemente analizar el texto de la Constitución y hacer una enumeración de derechos conforme aparecen cronológicamente en la Constitución y hasta usando la trillada teoría occidental de las generaciones de derechos (primera, segunda y tercera). (Chiriboga Zambrano & Salgado Pesantez, 2018). Este análisis formal sería ajeno al proceso social que siempre, cualquier derecho reconocido constitucionalmente, debe dar cuenta.

Otro análisis, también clásico, sería asociar las Constituciones a los períodos de influencia política de los presidentes, que sería una aproximación episódica propia de la historiografía descriptiva, que tampoco da cuenta de los procesos sociales ni de la relación entre los reconocimientos de derechos con las luchas por su reconocimiento (Breilh Paz & Herrera, 2011).

Periodizar en base al constitucionalismo del siglo XIX, XX y XXI, que efectivamente con este criterio se pudieran encontrar características distintas, tampoco ofrecería mayores luces al análisis. Quizá estos criterios hay que desecharlos porque se trata de "una visión histórica que seguía la trayectoria de las estructuras de poder y sus agentes, así como disimulaba las profundas fracturas sociales". Los excluidos de esas narrativas (mujeres, indios, negros, plebe), tuvieron que esperar décadas para ingresar en el universo del relato histórico pues simplemente se consideraba que no encarnaban la nación.

Una periodización de la historia que se acerca a nuestra pretensión de comprender los avances de los derechos con los procesos sociales se puede encontrar en la propuesta de Ayala Mora (1996, 2014), en la cual se divide la época republicana en tres grandes períodos: el proyecto nacional criollo (1830-hasta finales del siglo XIX), proyecto nacional mestizo (principios del siglo XX hasta los años sesenta), proyecto nacional de la diversidad (años sesenta hasta la actualidad).

Al respecto existe una constatación, que es una virtud en el constitucionalismo contemporáneo: una vez reconocido un derecho, se lo ha mantenido. Hay algunos derechos que, como suele suceder con otras normas, pierden sentido cuando el contexto histórico cambia. Un buen ejemplo es el derecho a que los militares no puedan ser alojados en casa de ecuatorianos sin consentimiento de

sus dueños, que aparece en casi todas las constituciones del siglo XIX. Hay derechos que comienzan con un simple enunciado, y se van agregando adjetivos, titulares y contenidos.

Quizá el mejor ejemplo es el derecho a la propiedad. En 1812, la propiedad es inviolable y no hay hipótesis de restricción. En 1830 la propiedad tiene un valor absoluto, pero puede ser restringida con una condición: consentimiento del dueño, sin el cual no puede haber uso público (Art. 62). En 1835 la propiedad puede ser restringida si hay calificación en la ley (Art. 97). En 1869 se requiere, además de la calificación de la ley, sentencia ejecutoriada para restringir la propiedad en casos utilidad pública (Art. 16). En la de 1929 se establece que *“el derecho de propiedad, con las restricciones que exijan las necesidades y el progreso sociales. En tal sentido, corresponde a la Ley determinar las obligaciones, limitaciones y servidumbres en favor de los intereses generales del Estado, del desenvolvimiento económico nacional y del bienestar y salubridad públicos”*.

En la Constitución de 1998 existe toda una sección, con cinco artículos, y en ella se establece que la propiedad tiene que tener función social (Art. 30). Finalmente, en la Constitución de 2008, la propiedad aparece en múltiples artículos y acepciones: la propiedad imprescriptible de los territorios ancestrales, la propiedad colectiva, la propiedad con función social y ambiental, la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En cuanto al derecho de los extranjeros, es interesante constatar que, durante todo el siglo XIX, se reconoce sus derechos siempre y cuando respeten la Constitución. A partir de 1906 se reconocen sus derechos civiles y la ciudadanía es restringida. En la Constitución del año 2008 se les reconocerá algunos derechos políticos. En suma, los extranjeros llegan a tener todos los derechos fundamentales, salvo los derechos políticos y también el derecho a adquirir propiedad en determinados lugares (en la frontera, por ejemplo).

Existen algunas normas que despiertan el interés por parecer avances del siglo XX, relacionados con el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario y más en concreto con el estatuto de Roma. En ese caso se pueden referir la obediencia debida y a la imprescriptibilidad de derechos. La obediencia debida aparece por primera vez en la Constitución de 1878, Art. 109: “Las autoridades militares no deben obedecer las órdenes superiores que tengan por objeto atentar contra los altos poderes nacionales, o que sean manifiestamente contrarias a la Constitución o las leyes.” En relación a la imprescriptibilidad de los delitos relacionados a la violación de la Constitución, la primera norma que aparece la encontramos en la de 1883, Art. 37, en la que además se establece que no habrá amnistía ni indulto.

En el año 1998 se precisa que los delitos imprescriptibles son genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro, homicidio por razones políticas o de conciencia (Art. 23.2), los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito (Art. 121). La Constitución del año 2008 precisa, con adecuación al estatuto de Roma, que son imprescriptibles los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado (Art. 80); y se mantienen los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito (Art. 233), que tienen que ver con la crisis bancaria de finales del siglo XX.

[**Análisis dogmático, social y jurídico de la Constitución del Ecuador 2008**](#)

La nueva Constitución del Ecuador fue aprobada, mediante referéndum, el 28 de septiembre de 2008. Las primeras reacciones de los especialistas fueron positivas y se concentraron en resaltar especialmente los aspectos innovadores de la parte dogmática (derechos y sus garantías), mientras que a la parte orgánica se le prestó poca atención o los análisis fueron sobre todo descriptivos (Velázquez Flores & Alba Ulloa, 2019). Los constituyentes de 2008 buscaron completar y mejorar el texto que había regido al país desde 1979, utilizando la experiencia política y el avance doctrinal en diversas materias.

En la parte dogmática de esta Ley Fundamental, tanto en lo relativo a los principios filosóficos políticos que regulan al Estado y a su gobierno como en el catálogo de los derechos consagrados, se ampliaron las fórmulas jurídicas, aunque a veces ciertas ideas se expresan de modo reiterativo. El hecho de que la Constitución, en su primera disposición, haya proclamado al Estado ecuatoriano como un Estado constitucional de derechos y justicia, significa que su gobierno se convierte en un promotor activo para crear las condiciones necesarias indispensables que permitan el desarrollo integral del ser humano en sociedad. En este sentido, en cuanto a los principios generales de protección a los derechos humanos, se han incorporado algunas novedades.

En cuanto a los derechos, primero, se observa que, en el artículo 11 de la Constitución del Ecuador (2008), se institucionalizan los principios de aplicación de los derechos, que según Häberle (2016), constituyen *“una recepción tácita de la literatura especializada y jurisprudencia europea, que no se puede dejar de ser alabada”* (p. 133). Este artículo constitucional junto al artículo 10 de la Carta Magna resume los principales avances relativos a la doctrina de los derechos sobre una concepción amplia de sus titulares (que incluye a grupos, colectivos y a la naturaleza), una legitimación generosa para la judicialización de su violación, la consagración del principio de igualdad y no discriminación, la aplicación directa de los derechos, el principio de progresividad y de prohibición de regresividad, la cláusula abierta de los derechos y la prohibición

impuesta al legislador de vulnerar el contenido esencial, entre otros (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015).

Por su parte, el nuevo catálogo de derechos (arts. 12 hasta el 82 de la Constitución del Ecuador) ya no se ordena por “generaciones”, sino que sigue solo una lógica temática, empezando con las bases materiales del disfrute de todo derecho (derechos del buen vivir) y concluyendo con las garantías procesales y del Estado de derecho (derechos de protección). En este catálogo, hay que mencionar especialmente a: los derechos económicos, sociales y culturales que aparecen con el nombre de “derechos del buen vivir” (arts. 12 hasta el 34 de la Constitución del Ecuador), que incluyen el derecho al agua y una alimentación sana.

Así mismo, los derechos de los grupos y personas de atención prioritaria, a quienes se les proporciona -además de los derechos generales- una serie de medidas de acción afirmativa a cargo del Estado (arts. 35 hasta 55 de la Constitución del Ecuador); los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas que se han ampliado y profundizado (arts. 56 hasta 60 de la Constitución del Ecuador); como ya se señaló; y, una de las grandes innovaciones del texto constitucional que son los derechos de la naturaleza (arts. 71 hasta 14 de la Constitución del Ecuador), que no tienen parangón en ninguna Constitución del mundo.

La Constitución de 2008 también fortalece las garantías de los derechos, que no se reducen a las jurisdiccionales, sino que incluyen a las normativas (art. 84), de políticas públicas (art. 95.1) y de participación (art. 95.2), que obligan a todo órgano del Estado a respetar los derechos en la producción de normas, en el desarrollo de las tareas públicas, y que buscan asegurar la participación de los ciudadanos, con el fin de velar que la actividad del Estado se dirija a la realización de los derechos (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En cuanto a las garantías jurisdiccionales, no sólo se contemplan las clásicas acción de protección antes acción amparo (art. 88), hábeas corpus (arts. 89-90) y hábeas data (art. 92), sino que se incluyen la acción de acceso a la información pública (art. 91), la acción de incumplimiento (art. 93) y la acción extraordinaria de protección (arts. 94 y 437). Esta última permite controlar la actividad de los jueces ordinarios en referencia al respeto de los derechos constitucionales y del debido proceso en la administración de justicia ordinaria (Cordero Heredia & Yépez Pulles, 2015).

Otra de las intenciones principales del Constituyente de Montecristi fue la de fortalecer los mecanismos de **democracia directa** en la nueva Constitución. Según su artículo 95, los ciudadanos “participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en

un proceso permanente de construcción del poder ciudadano”. Para conseguir este propósito, la Norma Suprema combina mecanismos de democracia directa (arts. 103-105 CR), democracia participativa (arts. 100-101 CR) y democracia comunitaria (art. 57, N° 9, CR), con las clásicas instituciones de la democracia representativa (arts. 108-117 CR).

En cuanto a los mecanismos de democracia directa, se amplió la revocatoria del mandato (art. 105 CR) a todas las autoridades de elección popular, sin imponer ninguna clase de causales (Ecuador. Asamblea Nacional, 2010). La consulta popular también se reguló ampliamente en sus dos variantes: referéndum y plebiscito (art. 104). La solicitud de convocatoria a consulta puede ser realizada por el ejecutivo central “sobre los asuntos que estime convenientes” o por cualquiera de los gobiernos locales (regional, provincial, cantonal o parroquial rural) “sobre temas de interés para su jurisdicción”.

La solicitud también puede ser hecha por la propia ciudadanía con el respaldo del 5% del registro electoral si la convocatoria es a nivel nacional y del 10% si es en el ámbito local, incluso los ecuatorianos residentes en el extranjero podrían promover una consulta sobre “asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano”. Finalmente, mediante la iniciativa popular normativa (art. 103), los ciudadanos pueden proponer la creación, reforma y derogación de cualquier tipo de normas en todos los niveles de gobierno.

Todos los aspectos dogmáticos, normativos y sociales e innovadores de la Constitución de Montecristi descritos, denota la adecuación formal en el procedimiento de creación de la ley que garantice los derechos de los ciudadanos y las reglas de procedimiento. Ello exige que las decisiones sean tomadas por las autoridades competentes (esto es el quién toma las decisiones) que la ciudadanía y sus representantes sean escuchados por los tomadores de decisiones legislativas, permitiendo la efectivización de los derechos fundamentales establecidos en la Carta Magna.

La Constitución ecuatoriana actual es clara al manifestar que no cabe “restricción” al ejercicio de los derechos (Art. 11, numeral 4) Aun así, la Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia 010-13-SIN-CC del 25 de septiembre de 2013 ha indicado que “...la facultad de configuración legal, que conlleva restricción de derechos constitucionales, debe realizarse en observancia de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad...”. Igualmente, la sentencia de la Corte 005-15-SIN-CC, p. 16, del 18 de marzo de 2015, con una referencia a la sentencia de la Corte 010-13-SIN-CC, vuelve a indicar lo mencionado en relación con la restricción.

Por otro lado, la misma Corte ha intentado remarcar que una cosa es la **regulación** y otra cosa es la **restricción** (Sentencia 003-14-SIN-CC, pp. 40-41, del 17 de

septiembre de 2014, referida a la Ley de Comunicación, donde aclara que dicho cuerpo legal regula el ejercicio de los derechos y no restringe los mismos). De esta manera, se ha dejado abierta la posibilidad de una “regulación” (Art. 132 y 133) tal como la propia Corte lo ha reconocido en la sentencia 009-10-SIN-CC del 09 de septiembre de 2010, cuando se puso de manifiesto lo siguiente: “*Resulta, entonces, que cuando se determina el principio de reserva legal como el establecido en el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución, la regulación del mismo no admite otra sino la que debe ser realizada por el Legislador, encargado en última instancia de regular cuidadosamente la materia que es sometida a su conocimiento, en el presente caso, la limitación de los derechos fundamentales en la contratación colectiva reconociendo que la potestad reglamentaria se halla restringida y subordinada*”.

En igual sentido, la Constitución ha fijado que sólo mediante ley se pueden establecer ciertas limitaciones. Por ejemplo, el artículo 69, numeral 2, de la CRE señala: “Se reconocerá el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley...”; el artículo 66, numerales 17 y 21, de los derechos de libertad establece: “17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso salvo los casos que determine la ley”, “21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley...”. Estas reservas habilitan al legislador para fijar con un margen de libertad constitucional la regulación de los límites de un derecho fundamental.

De lo que se trata, en definitiva, es de una “limitación constitucionalmente admisible” cuando de satisfacer otros derechos se trata (lo que se conoce como los límites inmanentes) (Bastidas, et al., 2004). Lo que no cabe, en consecuencia, es una “regulación” que vuelva impracticable el ejercicio del derecho o lo dificulte más allá de lo que la propia Constitución pudiese autorizar.

Segundo, el solo hecho de denominar a una intervención legislativa como una actividad de “delimitación” no suprime el riesgo de que el legislador pueda limitar de forma excesiva los derechos. Consecuentemente, sólo tras acometer las valoraciones necesarias mediante el principio de proporcionalidad es posible rechazar una intervención arbitraria y desproporcionada por parte del legislador que debiendo configurar un derecho, en realidad lo desfigura. Tercero, se puede objetar al uso de la palabra “delimitación” su desmedida confianza en una objetividad abstracta del contenido de *todos los derechos* fundamentales, cuando, en realidad, las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan más bien por su indeterminación semántica.

Por lo tanto, si se parte de un modelo de derechos y los mismos son considerados como posiciones cerradas, definitivas o absolutas, se llega al resultado de que nunca

pueden existir limitaciones legítimas o constitucionalmente admisibles al ámbito de ejercicio de los derechos. Por el contrario, si se parte de un modelo de principios abiertos y generales, es posible una limitación constitucionalmente admisible de un derecho garantizado *prima facie* por las normas de derecho fundamental que, tras la valoración de cada caso, puede alcanzar el carácter de definitiva (Alexy, 1993).

Junto a ello, pueden ayudar al propósito de concretar el margen de discrecionalidad sobre el alcance del contenido esencial de los derechos, tanto en la sede legislativa como la judicial, un principio de desarrollo progresivo del ejercicio de los derechos con la consecuente prohibición de regresividad, así como un principio de aplicación más favorable o *pro homine* y un criterio de interpretación sistemática de la norma fundamental. (Art. 11, numerales 5 y 8, inciso 1) En conclusión, una objetividad total únicamente podría alcanzarse en un sistema “ideal” en el que la Constitución pudiese determinar por completo el contenido de cada uno de los derechos que la integran.

Como consecuencia, la función de la corte o el tribunal sería únicamente subsumir los hechos de un caso en el amplio catálogo constitucional disponible, y el parlamento se reduciría al mínimo, encargado únicamente de una mera ejecución de la Constitución, perdiendo todo su significado como espacio ideal de la deliberación democrática. Sin embargo, ello es imposible, amén de poco deseable, en un Estado con contextos plurales y diversos como el Ecuador. Por esa razón, las cláusulas abstractas de derechos son ideales para una deliberación democrática, y aunque conlleven un margen de discrecionalidad en su aplicación, ello es preferible antes que pretender determinar en abstracto el contenido de unos derechos que deben ser configurados de manera progresiva.

Así, la única teoría compatible con una aplicación del criterio de proporcionalidad capaz de enjuiciar la legítima intervención del legislador en el mundo de los derechos desde un punto de vista positivo es una teoría relativa del contenido de los mismos. Desde esta perspectiva, el contenido de los derechos no constituye una tarea de identificación en abstracto, como supone la teoría absoluta, que limita de entrada las competencias del legislador democrático por suponer un contenido *a priori*, inmutable y definitivo para cada derecho.

Al contrario, el contenido del derecho debe ser concretado en atención a las específicas circunstancias del caso, lo que requiere la aplicación del principio de proporcionalidad como criterio de control razonable de la tarea legislativa. De esta manera, se justifica también la previsión de la norma fundamental ecuatoriana que consagra positivamente la vinculación del legislador a un contenido de los derechos, abandonando una concepción pasiva de los mismos, tan sólo como límites de los límites a los poderes públicos.

La configuración de los derechos fundamentales es una tarea necesaria que cobra un diferente matiz si proviene del legislador o de los órganos jurisdiccionales supremos. De hecho, como se dejó indicado, ambos *-legislador y tribunal-* ejercen de manera concurrente, pero no idéntica, la construcción del derecho en forma de concretización. Ahora, son las diferentes teorías del contenido de los derechos las que aportan en dicha configuración y concreción. Así, se ha observado que una teoría absoluta del contenido esencial contempla la idea de una esfera permanente del derecho que constituye su núcleo esencial, un núcleo susceptible de ser definido en abstracto con independencia del caso o de una situación histórica concreta, por lo tanto, irreductible e indisponible por el legislador en cualquier momento.

Sin embargo, esta visión de los derechos y su contenido parece una tarea difícil, si se tiene presente que en la mayoría de los textos constitucionales contemporáneos las disposiciones de derechos fundamentales se han enunciado en términos altamente vagos y generales, de modo que no es absolutamente claro, siempre y en cada momento, cuál es el contenido esencial de *todos* los derechos. Para el caso ecuatoriano, con una Constitución en la que ciertos derechos aparecen con unos contornos más definidos, y otros más generales y abstractos, no resulta apropiada una teoría absoluta del contenido en todos los casos, en razón de que *no todos* los derechos fundamentales ofrecen de forma clara un contenido esencial, estático y definitivo.

Por otro lado, la teoría relativa del contenido de los derechos parte de la constatación de que toda limitación a los derechos fundamentales exige una justificación, la cual puede encontrar un apoyo explícito en la norma constitucional ante la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales igualmente protegidos. A pesar de las críticas que enfrenta la teoría relativa, la Constitución ecuatoriana parece haber adaptado sus postulados cuando de forma expresa ha indicado que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule *injustificadamente* el ejercicio de los derechos.

Una conclusión básica es que mientras la teoría absoluta del contenido esencial observa a cada derecho de forma aislada, con un contenido inmutable e invariable, la teoría relativa, con el principio de proporcionalidad por medio, analiza a los derechos en una continua relación dialéctica, como sucede en el caso ecuatoriano. El mayor problema es que la Corte Constitucional no ha sido precisa en su jurisprudencia. Es decir, de manera poco consistente, entre una concepción relativa del contenido de los derechos y la teoría absoluta de los mismos, el órgano de control no ha cumplido con una tarea interpretativa coherente del texto fundamental.

El máximo órgano de control constitucional no ha logrado descifrar cuál es la teoría del contenido esencial de los

derechos que se adapta fielmente al modelo constitucional ecuatoriano pergeñado en la Constitución de 2008. No existe, en consecuencia, una idea clara de las teorías que podrían sustentar una concepción adecuada de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. Tal como se ha dejado sentando, la Corte ecuatoriana parece desconocer los fundamentos teóricos que sirven de base a sus decisiones. Pero aún más, si a la incomprensión teórica se suma una discrecionalidad injustificada de los criterios que guían el actuar de la Corte, una apresurada deslegitimación del órgano de control, en perjuicio de un desarrollo de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución, parece ser la consecuencia inevitable.

CONCLUSIONES

La Constitución del Ecuador a partir de la reforma del 2008, ha modificado profundamente el sistema de derechos, y en los cuales se ha incluido los derechos fundamentales, que obliga al Estado a respetar y cumplir lo dispuesto en la Carta Magna, es decir, es considerada una fuente para definir el constructo del Buen Vivir y de la protección de derechos fundamentales.

Además, la Constitución de 2008 nos brinda una gama de derechos tan amplia, situados todos ellos en el mismo rango jerárquico, y garantizados, reconoce la misión fundamental que tiene el Estado de cumplir y hacer cumplir todas y cada una de las normas establecidas en la Constitución y la Ley; lo que implica que los derechos someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente, y que el fin del Estado es el reconocimiento, promoción, garantía de los derechos constitucionalmente establecidos.

Finalmente, la dogmática constitucional deja entrever principios de organización del poder que pluralizan la democracia creando numerosos mecanismos de control y dirección de la política y las políticas públicas. La implementación de dichos mecanismos depende de los patrones de comportamiento político en Ecuador y de los recursos de poder en juego.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Ayala Mora, E. (1996). Periodización de la historia del Ecuador. *Nueva Historia del Ecuador*, 13, 31-37.
- Ayala Mora, E. (2014). *Historia Constitucional*. Corporación Editora Nacional.
- Bastidas, F., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. Á., Aláez, B., & Sarasola, I. F. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Tecnos.

Breilh Paz, J., & Herrera, F. (2011). *El proceso juliano.*

Pensamiento, utopía y militares solidarios. Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.

Chiriboga Zambrano, G., & Salgado Pesantez, H. (2018).

Derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana. Ildis.

Cordero Heredia, D., & Yépez Pulles, N. (2015). *Manual*

(crítico) de Garantías Constitucionales. Comunicaciones INREDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989).

Caso Godinez Cruz vs Honduras. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_08_esp.pdf

Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008).

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Ecuador. Asamblea Nacional. (2010). Ley Orgánica de

Participación Ciudadana. Registro Oficial Suplemento 175. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2010_leyparticipacionciudadana_ecu.pdf

Häberle, P. (2016). Die Verfassung von Ecuador. Editorial Duncker y Humblot.

Meléndez, C., & Moncagatta, P. (2016). Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano. *Revista de Ciencia Política*, 37(2), 433-447.

Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos.* https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Ulloa, C. (2017). Populismo y democracia: Venezuela y Ecuador en el ojo de la tormenta. *Revista Andina de Estudios Políticos*, 7(2), 41-66.

Velázquez Flores, R., & Alba Ulloa, J. (2019). Los factores internos y externos en la política exterior mexicana (2012-2018). *Foro internacional*, 59(3-4), 671-701.