



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VERSUS LOS DERECHOS PATRIMONIALES SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DEL 2008: UN ABORDAJE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

*Monografía previa a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la
República del Ecuador y Licenciado en
Ciencias Políticas y Sociales.*

Autor:

Elio Jordano Espinoza Méndez

Director:

PhD. Julio Teodoro Verdugo Silva

Cuenca, Ecuador

Abril 2016

Resumen

La presente monografía pretende establecer los rasgos que distinguen los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales o legales, tomado como referencia a la acción de protección, debido a que, su activación expresa contundentemente la necesidad de ubicar y determinar con certeza la constitucionalidad o legalidad de un derecho que se pueda desprender de un caso concreto. El tratamiento de este fenómeno jurídico se aborda desde una doble perspectiva. La primera se centra en el análisis paulatino de herramientas jurídico-doctrinales que proporcionan parámetros objetivos, tales como las reglas y principios, y los métodos exegéticos para abordar el estudio concreto del concepto de derecho fundamental, desde la óptica del carácter *«universal e indisponible»*, *inalienables*, *inviolables*, *imprescriptibles*, *predisuestos por normas, verticales, intransigibles y personalísimos* de los derechos. La segunda reúne varias piezas jurisprudenciales y precedentes constitucionales para ilustrar mediante casos concretos, qué no es materia que debe ser resuelta a través de acción de protección; tal es el caso de la inconformidad de montos a pagar; cuantificación de indemnizaciones, cumplimiento de disposiciones contractuales, antinomias entre normas de rango legal. En definitiva, este trabajo parte de la teoría del derecho que sirven de base para arribar en el examen de un caso práctico, pues de este modo se garantiza que la hipótesis del problema sea demostrada y comprendida.

Palabras claves: constitución, norma, principio, regla, jurisprudencia constitucional, interpretación constitucional, derecho fundamental, derecho patrimonial, acción de protección.

Abstract

This monograph aims to establish the traits that distinguish the differences between fundamental rights and property or legal rights, taking the protective action as a reference, because its activation strongly express the need to locate and determine with certainty the constitutionality or legality of a right that can be detached from a specific case. The treatment of this legal phenomenon is approached from a dual perspective. The first one focuses on the gradual analysis of legal and doctrinal tools that provide objective parameters, such as rules and principles, and exegetical methods to approach the specific study of the concept of fundamental right, from the perspective of the "universal and non-opposable", inalienable, inviolable, imprescriptible, predisposed by rules, vertical, intransigible and very personal character of this right. The second one, brings together several pieces of jurisprudence and constitutional precedents to illustrate through concrete cases, which kind of cases can't be a matter that should be resolved through protective action; such are the cases of nonconformity of amounts to pay; quantification of compensation, compliance with contractual provisions, contradictions between norms of legal status. Ultimately, this work starts from the theory of law, which is the basis for arriving to the examination of a case, because this ensures that the hypothesis of the problem is demonstrated and understood.

Keywords: Constitution, norm, principle, rule, constitutional jurisprudence, constitutional interpretation, fundamental right, economic rights, protective action.

ÍNDICE

Contenido

Resumen.....	2
Abstract.....	3
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR	7
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	8
AGRADECIMIENTOS.....	9
DEDICATORIA	10
Introducción.....	11
Capítulo 1	13
1.1 La supremacía constitucional	13
1.2 Sobre las normas jurídicas y los derechos	14
1.3 Clasificación de las normas jurídicas: reglas y principios	15
1.3.1 ¿Cuál es la estructura de las normas jurídicas?	17
1.3.2 ¿Cuál es la estructura de las reglas?.....	17
1.3.3 ¿Cuál es la estructura de los principios?.....	18
1.4 ¿Qué son los Valores?	19
1.5 Razonamiento jurídico de las reglas y de los principios.....	19
1.5.1 El razonamiento subsuntivo.....	20
1.5.2 El razonamiento de los principios	21
1.6 La interpretación jurídica	23
1.7 Interpretación jurídica en general.....	24
1.8 La interpretación en sentido amplio y en sentido restringido.....	25
1.9 Teoría cognitiva y escéptica de la interpretación	26
1.10 El objeto de la interpretación constitucional	27
1.11. Peculiaridades de la interpretación constitucional	29
1.11.1 Los agentes de la interpretación constitucional	29
1.11.2 Problemas de la interpretación constitucional	31
1.11.3 Las técnicas de la interpretación constitucional	32
1.11.3.1 Principio de proporcionalidad.....	33
1.11.3.2 El método de la Ponderación	34
1.11.3.3 Interpretación sistemática.....	35
1.11.3.4 Interpretación teleológica.....	36
1.12 ¿Existe una dimensión legal de la interpretación constitucional?	36
Capítulo 2	41

2.1 Estado, Constitución e Igualdad.....	41
2.2 La igualdad constitucional y los derechos	42
2.3 El Estado como garantía de los derechos fundamentales.....	44
2.4 La distinción entre derechos fundamentales y legales: el problema de procedibilidad de la acción de protección	45
2.5 El mal uso de la acción de protección y el principio de subsidiariedad	46
2.6 El objeto de la acción de protección.....	47
2.7 El concepto de derecho fundamental.....	50
2.8 ¿Cómo se estructuran objetivamente los derechos fundamentales?	53
2.9 ¿Existen diferencias entre los derechos fundamentales y los derechos constitucionales?	54
Capítulo 3	57
3.1 La jurisprudencia constitucional en el Ecuador.....	57
3.2 El modelo jurisprudencial americano.....	58
3.3 El modelo jurisprudencial francés	59
3.4 El modelo jurisprudencial ecuatoriano: una confluencia de dos escuelas jurisprudenciales.....	60
3.5 ¿Qué es un precedente constitucional?.....	60
3.6 Jurisprudencia Constitucional y Jurisprudencia Ordinaria	62
3.7 Partes de una sentencia constitucional.....	63
3.7.1 Obiter dicta	63
3.7.2 Ratio decidendi	63
3.7.3 Decisum	64
3.8 Clases de sentencias que emite la Corte Constitucional del Ecuador.....	64
3.8.1 Fallo fundador de línea.....	65
3.9 La sentencia y la jurisprudencia constitucional.....	66
3.10 La jurisprudencia constitucional y los derechos fundamentales	67
3.11 Los límites entre la legalidad y constitucionalidad de los derechos	68
3.12 Un caso de acción de protección (derecho a la propiedad):	71
Justificación.....	71
3.12.1 Antecedentes	72
3.12.2 Identificación de los sujetos procesales	72
3.12.3 Derecho presuntamente vulnerado	72
3.12.4 Relación de los hechos propuestos por los sujetos procesales	72
3.12.5 Justificación procesal de la veracidad de los hechos afirmados en la acción....	73
3.12.6 Valoración jurídica de las pruebas y resolución	73



3.12.7 Análisis jurídico.....	74
3.13 ¿Cuáles son los derechos fundamentales?	76
3.14 Criterios construidos casuísticamente para precisar la legalidad, y descartar la constitucionalidad de un derecho	80
Conclusiones y recomendaciones	83
Bibliografía.....	87



CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Clausula de derechos de autor

Elio Jordano Espinoza Méndez, autor de la monografía *"Los derechos fundamentales versus los derechos patrimoniales según la Constitución ecuatoriana del 2008: Un abordaje doctrinario y jurisprudencial"*, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, 4 de abril del 2016

Elio Jordano Espinoza Méndez

C.I: 0705111946



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Clausula de propiedad intelectual

Elio Jordano Espinoza Méndez, autor de la monografía *"Los derechos fundamentales versus los derechos patrimoniales según la Constitución ecuatoriana del 2008: Un abordaje doctrinario y jurisprudencial"*, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 4 de abril del 2016


Elio Jordano Espinoza Méndez

C.I: 0705111946



AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por darme la vida, y la fortaleza para superar obstáculos y dificultades a lo largo de mi existencia.

A mi madre, Josefina Méndez, por su amor infinito. Por ser mi mayor ejemplo de esfuerzo, sacrificio y superación. Por creer en mi futuro académico, y por enseñarme que en la vida, como en la abogacía, lo más importante son las relaciones humanas, el servicio desinteresado por los demás.

A Grace, por su apoyo incondicional.

A mis hermanos, Byron y Altemar por su cariño, y por fomentar en mí los más sublimes valores humanos.

A cada uno de mis queridos maestros universitarios, quienes lograron que el Derecho sea mi forma de vida, mi vocación.

A mi director, PhD. Teodoro Verdugo Silva, por su valiosa guía y asesoramiento en la realización de esta monografía.



DEDICATORIA

A mi madre, que se lo debo todo.

Introducción

Han trascurrido más de siete años desde la puesta en vigencia de la acción constitucional ordinaria de protección. Y resulta paradójico que, en la actualidad, 9 de cada 10 acciones de protección sean rechazadas, según el último Informe Sobre Derechos Humanos, publicado por la Universidad Andina (2011). Ciertamente, su activación está condicionada a una tarea intelectual compleja, que consiste en distinguir y determinar con certeza la vulneración del ámbito constitucional de un derecho.

De este modo, la acción de protección se presenta como una garantía jurisdiccional que, por regla general no prospera, previsiblemente por dos razones: 1) escasa comprensión que los operadores de justicia tienen para identificar, ubicar y distinguir los derechos fundamentales de los patrimoniales en un hecho concreto; 2) ambigua formulación normativa que impide una distinción clara entre derechos fundamentales y patrimoniales.

Esta dificultad no se satisface con saber que los derechos constitucionales son los señalados y reconocidos en la Constitución. Por ello, contar con sólidos conocimientos en teoría constitucional ha cobrado una importancia notable; ya que, por medio de ella, es posible solventar los problemas que acarrea el desconocimiento de los derechos fundamentales.

El objetivo de este trabajo es clarificar —de la manera más sencilla posible— las características y la importancia de establecer estándares objetivos y casuísticos que permitan distinguir un derecho fundamental de uno patrimonial o legal. Así como el análisis de los elementos conceptuales que giran alrededor de este fenómeno jurídico.

A este propósito, el primer capítulo de la monografía repasa la estructura, funcionamiento y aplicación de los principios y reglas como clases de normas jurídicas que comportan derechos fundamentales y patrimoniales; así como la relación de estos con los métodos de interpretación legal y constitucional, como herramientas básicas, que deben ser usadas en todo momento para entender u otorgar sentido prescriptivo a los derechos.

El segundo describe la relación del Estado con la Constitución y el principio de igualdad, en la comprensión actual de los derechos fundamentales. Reflexiono sobre la acción de protección, su (abuso) uso y principal requisito de procedibilidad. De inmediato analizo *qué son los derechos fundamentales*, su estructura objetiva, y a los parámetros de forma que caracterizan los derechos *fundamentales y patrimoniales*, tomando para el efecto, los escritos de Robert Alexy y Luigi Ferrajoli.

Finalmente, el tercer capítulo refiere a la jurisprudencia como norma obligatoria y vinculante, capaz de dotar y concretizar el contenido de un derecho fundamental. En seguida exibo los límites de la legalidad y constitucionalidad de los derechos, sometiendo un caso real (acción de protección) al análisis de los criterios *teóricos-normativos, doctrinales y jurisprudenciales*. Para concluir con la respuesta a *cuáles son los derechos fundamentales*, y la presentación de algunos criterios jurisprudenciales que de forma casuística distinguen la esfera legal y constitucional de un derecho.

Capítulo 1

1.1 La supremacía constitucional

Uno de los temas de mayor trascendencia en la teoría del Derecho es la supremacía constitucional, porque dota al sistema normativo de unidad, orden y coherencia. La Constitución ecuatoriana se caracteriza por ser una norma jurídica de carácter supremo en el ordenamiento jurídico y ello conlleva la producción de dos efectos que se encuentran advertidos en el Art. 424 de la Carta Magna: 1) prevalecer sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico; y 2) las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Para referirnos a los efectos previstos en el Art. 424 *ibídem*, que se conocen como supremacía formal y supremacía material o axiológica, es necesario conceptualizar preliminarmente qué se debe entender por Constitución. Para el Profesor Rafael Oyarte, la Constitución es «un texto solemne a través del cual es organizado el poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y en el que se establece el régimen de garantías de los derechos fundamentales»¹. Advirtiendo además que, en ella, se establecen límites a esos poderes constituidos. Pues, nuestra Constitución es particularmente clara, al ordenar la parte dogmática (derechos y garantías) a partir del artículo 12 hasta el 94 de la CRE², y la parte orgánica, en el restante de artículos (organización y límites al poder público).

La Constitución tiene supremacía formal porque es una norma jurídica que «fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico»³ instituyendo criterios para la creación de otras normas jurídicas. En efecto, la supremacía formal, impone que, todo el sistema jurídico (leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos, etcétera), se someta a tiempos, debates y a todas

¹ *Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 1.

² Siglas de la Constitución de la República del Ecuador.

³ Sanchís, Luis Prieto, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2007, p. 76.

las formas que establece la Constitución, para que la aprobación normativa nazca válidamente al mundo jurídico. Es decir que el proceso y la norma se adecuen y guarden conformidad con las disposiciones constitucionales.

La supremacía material de la Constitución es la que representa realmente los alcances de este principio. Porque su verdadera jerarquía es ser una norma que comporta y «concentra los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes»⁴. En ella se asimilan los derechos fundamentales que son comunes a toda persona, por el solo hecho de ostentar esa calidad; pero también, consagra garantías procesales para materializar su pleno ejercicio y respeto.

1.2 Sobre las normas jurídicas y los derechos

Las normas jurídicas se clasifican en: principios y reglas. En Ecuador los derechos fundamentales se identifican con los principios; y las leyes con las reglas. Por ello, el abordaje de este apartado comienza con la pregunta: ¿Qué importancia tiene estudiar las normas jurídicas, su clasificación y estructura, para diferenciar un derecho fundamental de uno patrimonial? Su análisis constituye condición esencial para comprender este trabajo, porque los derechos —legales o fundamentales— siempre, y sin excepción, se contienen en normas jurídicas, sean estas: reglas o principios. De allí que, establecer las características que identifican una categoría de derechos, implica ante todo, una distinción normativa.

Con la vigencia de la Constitución de 2008, el Ecuador adoptó un modelo de justicia que, obliga a todo funcionario público —jueces y autoridades administrativas— a aplicar de forma directa e inmediata los principios constitucionales; incluso por sobre las leyes, cuando fueren evidentemente contrarias a sus disposiciones (Art. 11, N° 3 CRE). La Constitución y los derechos reconocidos en ella, pasaron a ocupar el primer orden jerárquico en la aplicación de las normas (Art. 425 CRE).

⁴ Rosario Rodríguez, Marcos Francisco, *La supremacía constitucional: naturaleza y alcances*, Díkaion, 2011, p. 101.

Por ello, adquirir competencias normativas que permitan resolver conflictos que involucren duda sobre la constitucionalidad o legalidad de un derecho, representa una utilidad práctica, al permitir determinar la activación o rechazo de acciones constitucionales, y en particular de la acción de protección; pues su éxito dependerá directamente de la capacidad técnica que tenga el operador jurídico para dilucidar la sutil diferencia que existe entre el ámbito legal y constitucional de un derecho.

La frecuencia con la que es rechazada la acción de protección⁵, hace presumir la escasa comprensión que los operadores de justicia tienen de los derechos fundamentales-patrimoniales, y por ende, de preparación académica para distinguir la estructura, interpretación y aplicación correcta de los principios y reglas. En efecto, entender los aspectos que caracterizan las clases de normas, principia la distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales.

1.3 Clasificación de las normas jurídicas: reglas y principios

La norma jurídica refiere a un mandato, orden o prescripción, que no debe ser identificada con el texto de la ley⁶. Desde la ontología⁷, «una cosa son los enunciados normativos escritos en los textos legales, y otra cosa son las normas jurídicas. Una norma jurídica es el significado de un enunciado normativo, o mejor dicho, el significado extraído del texto jurídico»⁸. Esto significa que el enunciado normativo equivale a esa secuencia de palabras plenamente delimitadas, que por sí solas no encuentran razón de ser (en el derecho); y la norma jurídica actúa dotándole de sentido al conjunto de palabras o frases expresadas.

Fue Ronald Dworkin, profesor de Oxford, quien propuso un modelo basado en reglas y principios en el año de 1967. Años después, con la Constitución de Montecristi, el Ecuador transita por una metamorfosis consistente en dotarle a

⁵ El Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, Santiago Guarderas, señala, según estudios, que en el país se rechazan alrededor del 95% de acciones de protección presentadas.

⁶ Baquerizo Minuche, Jorge y Leuschner Luque, Erick, Sobre neoconstitucionalismo principios y ponderación –notas desde la teoría y filosofía del derecho-, Guayaquil, 2011, p.59.

⁷ La ontología jurídica es la rama de la [filosofía del Derecho](#) encargada de fijar el ser del [Derecho](#). Es decir, cuál será el objeto sobre el que se va a filosofar.

⁸ Ídem.

toda norma jurídica el ordenamiento de un sentido constitucional. Esto es, que guarden aprobación con los principios contenidos en la Constitución.

Las reglas son una clase de norma jurídica que no presentan mayores problemas para su aplicación. No así los principios. Para los positivistas radicales, los principios operan exclusivamente como un complemento a las reglas, cuando estas no están en «condiciones de desarrollar satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida»⁹ despojándolos de valor real y autonomía. Esta es la concepción que el constitucionalismo ecuatoriano abandonó, para establecer que los principios son de aplicación directa e inmediata (Art. 11, N° 3), y que no requieren del auxilio de reglas para administrar justicia.

La Constitución ecuatoriana está compuesta por principios y reglas. Ese contraste normativo «significa a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley»¹⁰. Por ello, en el Estado antecesor (del Estado Constitucional), el derecho se estructuraba y expresaba en forma de reglas; y la Ley —sobre todo en la práctica— estaba por encima de cualquier norma jurídica. Mientras que, en el Estado actual los principios son la principal manifestación jurídica de los derechos, lo que supone la utilización de nuevos métodos y técnicas jurídicas para administrar justicia.

En efecto, las reglas son la expresión de Ley. Mientras que los derechos fundamentales se expresan a través de principios contenidos en la Constitución. Cabe aclarar que ambas normas jurídicas —principios y reglas— crean derechos subjetivos a sus receptores¹¹. Por ejemplo, el principio de igualdad permite que toda persona, indistintamente de su condición racial, sexo, etc., goce de los mismos derechos, deberes y oportunidades (Art. 11, N° 2). Y la regla como derecho subjetivo, instrumenta el principio, por ejemplo, cuando se señala que en todo proceso judicial, las personas tienen derecho a ser oportunamente notificadas; pues en este caso, se concretiza al principio constitucional de defensa.

⁹ Zagrebelsky. Gustavo, *El derecho dúctil*, Torino, Trotta, 2007, p. 117.

¹⁰ Ibídem, p. 9.

¹¹ Zavala Egas, Jorge, Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad, proceso constitucional, Guayaquil, 2009, p. 26.

1.3.1 ¿Cuál es la estructura de las normas jurídicas?

Las normas jurídicas tipo mandato —son las únicas que permiten esta estructura— están compuestas de dos partes: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. La primera, prevé el diseño de las condiciones a cumplirse para su aplicación. La segunda, conlleva el efecto jurídico del cumplimiento del supuesto de hecho.

El caso genérico o supuesto de hecho puede contener: la descripción de personas, (menores de edad), objetos (descripción de bienes), acciones (la persona que matare a otra) y estados de cosas (muerte de una persona o un terremoto). La consecuencia jurídica, puede prescribir: una acción humana calificada como obligatoria, prohibida o permitida (como cuando el juez está obligado a sancionar), o la atribución de una propiedad institucional a una clase de persona, acciones humanas o estados de las cosas (cuando se declara propietario, asesino, deudor, entre otros).¹²

1.3.2 ¿Cuál es la estructura de las reglas?

Las reglas son una especie de norma jurídica que se distingue de la norma-principio por contener una configuración fáctica genérica que resulta ser explícita, por cuanto detalla qué *hechos* deben ocurrir para que se active la consecuencia jurídica. Es decir, «las propiedades que conforman el *caso* constituyen un conjunto finito cerrado»¹³. El Art. 20 innumerado del Código de la Niñez y Adolescencia servirá para explicarlo de mejor modo:

En el caso de incumplimiento de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, el juez/a dispondrá la prohibición de salida del deudor/a y su incorporación en el registro de deudores que el Consejo de la Judicatura establecerá para el efecto¹⁴.

¹² Baquerizo Minuche, Jorge y Leuschner Luque, Erick, Sobre neoconstitucionalismo principios y ponderación –notas desde la teoría y filosofía del derecho-, Guayaquil, Edilex, 2011, p. 61.

¹³ Ibídem, p. 68.

¹⁴ Articulo 20 innumerado del Código de la Niñez y Adolescencia.

Observamos que en el ejemplo, el caso genérico está compuesto por las siguientes propiedades: una acción humana, «*incumplimiento*»; objeto, «*pensiones alimenticias*»; y como consecuencia jurídica, la calificación normativa de la acción humana como obligatoria: «*prohibición de salida del deudor y su incorporación en el registro de deudores...*». Nótese que la consecuencia jurídica, en el ejemplo, consiste en calificar normativamente una acción: «dispondrá la prohibición de salida del país».

1.3.3 ¿Cuál es la estructura de los principios?

Los principios son una *clase especial* de norma jurídica; en términos de Robert Alexy, son mandatos de optimización, cuya aplicación precisa de la interpretación y argumentación del juzgador para crear condiciones de hecho. Su diferencia sustancial con respecto a las normas-reglas «se encuentra en la configuración del caso genérico». Las reglas diseñan el *supuesto de hecho* de forma cerrada, mientras que los principios lo hacen de forma abierta. Es decir, las circunstancias fácticas que integran el *hecho estándar* en las reglas, en los principios simplemente no existen. Al respecto, Prieto Sanchis, menciona que la igualdad constituye un ejemplo paradigmático de norma abierta o principio:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades¹⁵

Como vemos, el principio es un mandato jurídico en su máxima expresión. Y siendo «característica morfológica de estas normas la ausencia de un caso genérico, estos pueden ser aplicados a una infinidad de casos particulares»¹⁶. Para Atienza y Ruiz Manero «los principios vendrían a ser, en el sentido de Von Wright, “normas categóricas”, esto es, aquellas en las que su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una

¹⁵ Artículo 11, N° 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁶ Baquerizo Minuche, Jorge y Leuschner Luque, Erick, *Sobre neoconstitucionalismo principios y ponderación –notas desde la teoría y filosofía del derecho-*, Guayaquil, 2011, p. 71.

oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición»¹⁷.

Ahora bien, es claro que los ecuatorianos somos iguales ante la Ley, pero «determinar qué elementos o rasgos de hecho obligan a un tratamiento igualitario a ciertos efectos, es algo que no nos suministra la norma»¹⁸. Precisamente por esa razón es que los principios —derechos fundamentales— revisten tanta complejidad en su operatividad, pues su naturaleza es problemática al permitir que el juez, con cierta arbitrariedad, dote al principio del contenido normativo que estime pertinente.

1.4 ¿Qué son los Valores?

Los valores humanos, tales como: la justicia, libertad, igualdad, dignidad, por sí mismos, no son jurídicamente obligatorios, porque no cuentan con mecanismos de cumplimiento. En apreciación solitaria no dejan de ser manifestaciones de la moral socialmente aceptados. Sin embargo, una vez que se trasladan y positivizan en la Constitución encuentran legitimidad, y solo ahí, podemos decir que los valores serán exigibles en sede jurisdiccional.¹⁹

El ordenamiento jurídico no es sino el reflejo expansivo de los valores. Cuya irradiación empieza por los principios que son su primer estuche y materialización jurídica. Posteriormente, el principio jurídico portador de un valor humano, constituye el fundamento y filtro para que toda norma jurídica —leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos y demás— adquieran validez (Arts. 424 y 425 CRE).

1.5 Razonamiento jurídico de las reglas y de los principios

Las reglas y los principios como normas jurídicas no solo se diferencian en términos de su estructura, sino también, en cuanto al tipo de razonamiento que

¹⁷ Citado por Baquerizo Minuche, Jorge y Leuschner Luque, Erick, *Sobre neoconstitucionalismo principios y ponderación –notas desde la teoría y filosofía del derecho-*, Guayaquil, 2011, p. 71.

¹⁸ Prieto Sanchis, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dikinson, 1998, p. 52.

¹⁹ Prieto Sanchís. Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*. Trotta, Madrid, 2005, p. 99.

exigen unas y otras. El esfuerzo intelectual que suponen las reglas para su interpretación y aplicación es diametralmente menor al que suponen los principios, en razón de su propia naturaleza, como veremos a continuación:

1.5.1 El razonamiento subsuntivo

El razonamiento subsuntivo o argumentación clasificatoria, por usar terminología de Manuel Atienza, es el razonamiento exclusivo de las reglas de acción. Esta clase de regla jurídica establece que «si se dan determinadas condiciones de aplicación (un caso genérico) entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción»²⁰.

Para la ejecución de la subsunción se requiere de una regla común o estándar. Es decir, una regla de acción:

- Si se dan una serie de propiedades **X** (que configuran un caso genérico), entonces es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción **Y**.
- En ese caso se dan las propiedades **X** (o sea, el caso concreto se subsume en el caso general).
- Por lo tanto, es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción **Y**²¹.

Como vemos, este ejemplo ilustra claramente el ejercicio de encaje o encuadre y lo permite a perfección. De modo que «a la conclusión se llega mediante una clasificación o subsunción del caso concreto dentro de la clase correspondiente»²².

²⁰ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación –concepciones de la argumentación–*, Barcelona, Ariel, 2010, p. 164.

²¹ Ibídem, p. 165.

²² Ibídem, p. 164.

1.5.2 El razonamiento de los principios

Ha quedado expuesto que los principios no manejan en absoluto la lógica de las reglas: aplicación del todo o nada. Pues, los principios no cuentan con espacio hipotético para albergar la consecuencia jurídica, con lo cual, resultaría imposible aplicar el método subsuntivo. Ahora bien, un determinado hecho pudiera no estar regulado por una norma-regla y, consecuencia *prima facie*, se creería que no es posible darle solución jurídica. Desde la óptica de los principios, como portadores de valores que regulan la convivencia social, ¿qué corresponde hacer?

Si se presentase un caso concreto para el cual no exista regla que permita tomar esos hechos y subsumirlos en la hipótesis fáctica, se deberá recurrir a los principios; dado que son, por autonomía, fundamento para la creación de reglas. En términos prácticos, el juzgador deberá emprender un ejercicio intelectual, primero interpretativo y luego argumentativo; con el fin de adscribirle un significado, esto es, crear un supuesto de hecho con base en la consecuencia jurídica. De tal manera, que el principio —consecuencia jurídica— aterrice y se concrete materialmente en una regla que se ajuste a tales realidades fácticas. Como señala Riccardo Guastini «habrá que diseñar una norma particular (implícita), idónea, para colmar la laguna y regular el supuesto que se pretende disciplinar»²³.

Por otra parte, la Constitución ha prescrito el mandato de tomar posición de los principios como auténticas normas jurídicas de aplicación directa e inmediata. Ya que, la existencia de reglas legales —cuyo contenido colmen la regulación de un caso concreto— no es eximente para prescindir la aplicación de los principios ante cualquier circunstancia fáctica (Art. 11, N° 3). Es decir, para aplicar principios, es suficiente que la realidad lo exija.

Cito un ejemplo del profesor Jorge Zavala Egas²⁴, en el que formula una secuencia razonada de cómo se van encadenando los valores con principios, y estos con las reglas:

²³ Guatini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001, p. 137.

²⁴ Zavala Egas, Jorge, Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad, proceso constitucional, Guayaquil, 2009, pp. 31-32.

La norma que contiene el principio de legalidad (no hay sanción sin previo procedimiento legal) indica al servidor público que no puede sancionar al particular con una infracción administrativa, sino sigue previamente el procedimiento debido. La regla dice: el que cometa el acto **X** se le impondrá la sanción **Y**. Si **P** comete en la realidad el acto, la autoridad administrativa, primero, enfoca el hecho con la luz que irradia el principio de legalidad (no hay sanción sin previo procedimiento legal) y se adhiere al valor que este contiene, en este caso, el derecho de defenderse de **P** (nadie debe quedarse en indefensión Art. 75 CRE) y no impone ninguna sanción aún, opta por instruir el procedimiento debido. Esto porque en el ejemplo, el hecho constitutivo de infracción administrativa es iluminado por el principio de legalidad y le ordena a la autoridad que frente a este hecho real proceda conforme lo prescribe y reconozca el derecho de **P** a tener un debido procedimiento en el cual defenderse, pues es conforme a la dignidad, libertad e igualdad de las personas así proceder.

Como ha quedado expuesto, el papel que desempeñan las normas jurídicas, en su estándar principio resulta indispensable para resolver toda clase de conflicto que involucre derechos; sea este: administrativo, legal o constitucional. Pues su inobservancia, conlleva a que los actos procesales de un juicio, sean declarados sin efecto, por una acción constitucional.

Si esto es así, los operadores de justicia, y en especial los jueces, deben articular la actividad mecánica y silogística a un permanente razonamiento interpretativo de los principios. Ya que, en la actualidad, nadie desconoce la necesidad de interpretar los principios –derechos fundamentales–; debido a que su observancia y aplicación es obligatoria (Art. 425 y 11 N° 3 CRE).

De modo que, tratándose de una acción de protección, el problema se reduce a: ubicar y determinar la legalidad o constitucionalidad de un derecho.

Para alcázar tal conclusión, se requiere conocer los elementos que configuran un derecho fundamental; supone en definitiva, conocimientos previos, vinculados a la estructura, razonamiento y forma de aplicación de las reglas y principios. Por tanto, la aplicación de las normas jurídicas por parte del juez, obliga a dos actividades. Primero, interpretar el hecho plasmado en la norma y el hecho real; segundo, emprender un ejercicio de elección o clasificatorio, para aplicar la disposición normativa correcta.

Las líneas posteriores están destinadas a esclarecer, de forma concreta, la relación entre normas e interpretación jurídica. Y que métodos de la interpretación legal y constitucional resultan adecuados para la compresión y aplicación de los derechos fundamentales y patrimoniales.

1.6 La interpretación jurídica

La interpretación jurídica y constitucional son herramientas indispensables para una adecuada identificación y aplicación de los derechos fundamentales. Por ello, es necesario contextualizar el valor y manejo que nuestro país le ha dado a la interpretación jurídica; para luego abordar aspectos como: interpretación jurídica en general; interpretación jurídica en sentido amplio y restringido; la teoría cognitiva y escéptica de la interpretación; el objeto de la interpretación; y, finalmente, analizar las particularidades que distinguen a la interpretación constitucional. Pues establecerlo incrementa los elementos que permitirán el distingo de los derechos fundamentales y legales.

La administración de justicia en el Ecuador ha mantenido una cultura legalista muy arraigada, tanto, que le ha imposibilitado desprenderse de los métodos clásicos de la interpretación; incluso en el tratamiento de los derechos constitucionales, olvidando que la naturaleza del derecho fundamental, impone un cambio en el ejercicio interpretativo. En efecto, cuando se trata de derechos de tipo fundamental, el no elegir la técnica interpretativa correcta, pone en riesgo su ejercicio y goce.

El Código Civil y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, son normas que establecen métodos y reglas de interpretación. Por un lado, el CC²⁵ enlista las reglas clásicas de interpretación, aplicable a toda norma tipo regla. Y por su parte, la LOGJCC²⁶ ofrece un artículo destinado exclusivamente a reseñar una serie de reglas y métodos especiales para interpretar las disposiciones constitucionales. Con ello, intento no dejar duda alguna, que cuando se trata de interpretar las normas legales se acudirá al CC, empero tratándose de conflictos de principios o derechos a nivel constitucional se recurrirá a la LOGJCC.

1.7 Interpretación jurídica en general

Por Interpretar debemos entender aquella «*explicación o declaración del sentido de algo, y principalmente de un texto*»²⁷. La hermenéutica jurídica es, fundamentalmente, un proceso intelectual que se sirve de *fórmulas lingüísticas* — palabras contenidas en el enunciado— para lograr un contenido normativo. Por lo tanto, se transita del “*texto normativo*” a su significado en las “*normas*”²⁸.

Interpretar textos jurídicos (leyes, constitución, reglamentos y demás), es clarificar el “significado” de una determinada palabra inserta en el lenguaje jurídico; pero también, determinar el campo de aplicación de ese texto normativo. Es un ejercicio que reviste una travesía de complejidad, por cuanto no se agota al encontrar el significado de las palabras; ya que muchas veces, hay que recurrir a las siempre supuestas intenciones del autor. Por ejemplo, una cosa es preguntarse si «el vocablo ‘hombre’ significa, en un contexto determinado, ser humano, o bien masculino de la especie humana; otra cuestión es preguntarse si el autor, al decir ‘atención al que haga esto’, entendía una advertencia o una amenaza»²⁹. Interpretar denota la «actividad de averiguar o de decidir el

²⁵ Código Civil ecuatoriano.

²⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

²⁷ Real Academia de la Lengua Española.

²⁸ Figueroa Mejía, Giovanni, *Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular*, Cundinamarca, Díkaion, 2010, p. 142.

²⁹ Guatini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Miguel Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 2.

significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo»³⁰

1.8 La interpretación en sentido amplio y en sentido restringido

Interpretación, en sentido amplio, se refiere a «cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias. *Cualquier decisión* en torno al significado de un texto, no importa si es “claro” u “oscuro”, constituye interpretación. [...] La interpretación es el presupuesto necesario de aplicación»³¹. Bajo esta idea se entiende, que todo texto —sin importar que la redacción normativa adolezca de cualquier aspecto de oscuridad o no— requiere forzosamente ser interpretado.

Al referirnos a la interpretación en sentido estricto, el profesor Guastini la describe como aquella «atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a un campo de aplicación: un texto, se dice, requiere de interpretación (solo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda si es aplicable o no a un supuesto de hecho»³². Es una idea ligada a la máxima romana *in claris non fit interpretatio cessat in claris*; que indica: en caso de existir claridad en la norma, no debe primar otro sentido que el literal de sus palabras. Por tanto, solo las disposiciones normativas, cuyo contenido sea ambiguo, vacío o controvertido requieren interpretación; descartando, por defecto, las normas indubitadas y claras por no guardar la condición de vaguedad.

Realmente son escasas las normas jurídicas que no presentan problemas en la interpretación, por ejemplo: aquella que fija la edad a partir de la cual se puede postular a la Presidencia de la Republica (Art. 142 CRE). Bastaría con verificarlo en el documento de identidad para solventar la “confusión”. Sin embargo, en cuanto a las normas de tipo mandato, inmediatamente representan un problema, pues su sentido está condicionado al significado de las palabras que

³⁰ Guastini, Ricardo, *La interpretación de las normas jurídicas*, trad. de Miguel Carbonell, Quito, Cevallos, 2015, p. 15.

³¹ Ibídem, p. 18.

³² Ibídem, p. 16.

en conjunto integran el precepto. Es un problema propio de la naturaleza del lenguaje con el que los abogados deben lidiar.

En la práctica, cuando un operador de justicia interpreta una norma legal tipo mandato, *incluye* o *excluye* un supuesto de hecho en la aplicación de la consecuencia jurídica contenida en la regla. Pues de su interpretación dependerá que las circunstancias fácticas previstas en una norma, abarquen más supuestos. Esto porque desde su particular óptica y, a pesar de no estar expresamente señalados, se entienden tácitamente. La idea que el derecho «*justicia*» termina siendo, al final del día, el significado que el juzgador, de un caso concreto, decide adscribir a la formulación normativa que aplica.

1.9 Teoría cognitiva y escéptica de la interpretación

La teoría cognitiva de la interpretación significa «verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores»³³. Es decir, los enunciados de los intérpretes (generalmente juzgadores) son explicaciones o representaciones sobre los cuales puede comprobarse la «*veracidad* o *falsedad*». Esta clase de hermenéutica, se encuentra vinculada erróneamente a la idea de *seguridad jurídica y certeza del derecho*: para un hecho determinado no pueden existir varias respuestas, sino una; ya que, sobre cada norma hay un significado preexistente unívoco que solo resta descubrir o descifrar.

Actualmente, ningún operador de justicia con muestras de conocimiento jurídico, debería aseverar que esta teoría es aceptable, debido a que, en la formulación general de las normas, se ha previsto la posibilidad que el juzgador, a través de una operación intelectual, ajuste el significado del precepto a realidades genéricas. No obstante, la idea de que una norma sirve para una exclusiva solución se mantiene muy arraigada en la aquiescencia de nuestro medio judicial.

Por su parte, la postura escéptica pregoná que la interpretación no es una actividad ligada al conocimiento, «sino de valoración y decisión»³⁴. Porque no

³³ Ibídem, p. 27.

³⁴ Ibídem, p. 29.

existe un significado auténtico ni único que esté relacionado con la identificación de una realidad, sino que, el significado correcto de las palabras es el adicionado por quien las expresa o emite; con el riesgo, de que su correspondencia no esté asegurada³⁵.

Todo enunciado normativo, según esta teoría, puede ser interpretado en diversos significados; pues siempre dependerán de la valoración del intérprete. Y es distinta, porque el modo de valorarlo está inexorablemente condicionada a la instrucción del agente interpretador. Los significados no son verdaderos o falsos por sí mismos, sino que, un significado tendrá preferencia sobre otro, en la medida que el emisor intérprete así lo consienta. Por tanto, «las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado»³⁶.

1.10 El objeto de la interpretación constitucional

La interpretación constitucional supone atribuirle un significado al conjunto de símbolos lingüísticos, «*normas-principios*», contenidos en un enunciado normativo de carácter constitucional. El objeto interpretado ya no es una norma-regla, sino una disposición constitucional que, por regla general, se formula en principio. Los principios son la expresión jurídica de los derechos constitucionales; y es una de sus características, carecer de supuesto de hecho para la aplicación de la consecuencia jurídica.

En las disposiciones constitucionales no cabe una «“verdadera” interpretación sin argumentación: una interpretación en favor de la que no se necesite aducir argumentos no es una verdadera interpretación»³⁷. Cuando nos referimos a normas-principios, su hermenéutica no es una opción, sino una condición imperativa; porque estructuralmente el principio está revestido de vaguedad y no cuenta con un campo de aplicación ni siquiera genéricamente determinado, de ahí la necesidad de interpretarlo en todo momento.

³⁵ *ídem*.

³⁶ *Ibídem*, p. 30.

³⁷ *Ibídem*, p. 17.

La interpretación en los principios, a diferencia de las reglas, tiene un solo objetivo: dotar de contenido a los derechos fundamentales para volverlos aplicables a casos concretos. Será la Corte Constitucional como «máximo órgano de interpretación constitucional»³⁸, quien realice un ejercicio intelectual de «*valoración, elección y decisión*»³⁹ en torno al principio, para extraer el contenido que más se ajuste a la integralidad de la norma suprema. Ese ejercicio exegético no es arbitrario; pues cuenta con un espectro y límites que son: bordear —sin afectar— el resto de principios y la cultura.

Cuando no exista conflicto de principios, suministrarle contenido a un derecho fundamental no podrá sacrificar el contenido esencial de otro de similar categoría (Art. 11, Nos. 4 y 6 CRE). El principio solo admite ciertos significados, (de los múltiples que tiene en abstracto) que culturalmente son aprobados; pretender sostener un significado adverso que no se encuentre dentro de la gama de nuestra cultura, será probablemente muy difícil de justificar en términos de racionabilidad. Esto no equivale a decir que «la interpretación esté inmersa en la arbitrariedad absoluta; sino que ella, a pesar de no conducir a resultados siempre iguales o unívocos, debe tener algunos parámetros que la hagan ser razonable y coherente»⁴⁰.

En contrario a lo inferido, doctrinarios como García Amado han sostenido que la argumentación de los principios es un ejercicio arbitrario y que lejos de brindar seguridad para el ejercicio de los derechos fundamentales, los desnaturaliza y permite que se imponga el significado de quien los interpreta. Por su parte, con algo de similitud, Guastini señala que la interpretación es «el discurso del intérprete y que está constituido no solo por el enunciado que adscribe un significado al discurso de las fuentes, sino también por enunciados que constituyen argumentos para justificar la interpretación preescogida»⁴¹.

El resultado “ideal” en la interpretación de un derecho fundamental — principio — sería la creación de una regla, una norma que anuncie supuestos hipotéticos que permitan aplicar la consecuencia jurídica prevista en el principio

³⁸ Artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador.

³⁹ Guastini, Ricardo, *La interpretación de las normas jurídicas*, Quito, Cevallos, 2015, p. 20.

⁴⁰ Figueira Mejía, Giovanni, *Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular*, Díkaion, 2010, p. 148

⁴¹ Guastini, Ricardo, *La interpretación de las normas jurídicas*, Quito, Cevallos, 2015, p. 24.

interpretado, con el único fin de tener —en este caso sí— la certeza de contar con un supuesto de hecho creado por la autoridad competente; y que por lo tanto, no quepa duda de la prevalencia en el alcance de su significado.

La pregunta que asalta es: ¿qué métodos se usan para la interpretación de los principios? Sobre ese particular nos referiremos en los siguientes apartados.

1.11. Peculiaridades de la interpretación constitucional

Para tratar las peculiaridades de la interpretación constitucional nos remitiremos a la clasificación que hace el profesor Riccardo Guastini y que se reducen a tres aspectos: los agentes de la interpretación, los problemas de la interpretación y las técnicas de interpretación.

1.11.1 Los agentes de la interpretación constitucional

Al ser la interpretación una manifestación de libertad, no le está prohibido a nadie. Es por ello que con frecuencia se escucha a periodistas efectuar análisis e interpretaciones de los derechos constitucionales en relación a casos judiciales controvertidos. Pero, más allá de ese infortunio, están los operadores de justicia, que con cada investigación, litigio, cátedra o asesoramiento se sirven de los métodos de interpretación para solventar sus asuntos. Por consiguiente, la pregunta apropiada sería ¿Quién o quiénes pueden interpretar válidamente una norma jurídica?

Antes de responder tal interrogación, comencemos por subrayar, que resulta diferente la interpretación que hacemos de un testamento, contrato, ley, reglamento o acto administrativo, de la que supone un principio contenedor de derechos fundamentales.

En países como Italia o Colombia existe un órgano constitucional encargado de velar por la legitimidad constitucional de las leyes y actos jurídicos; lo cual supone, el denominado control concentrado de constitucionalidad. Esta clase de tribunales, por regla general, no forman parte de la función o poder

judicial, con el fin de garantizar un control independiente; dado que, terminan siendo fiscalizadores últimos de las ejecutorias dictadas por los jueces de primer nivel. En cambio, existen países como Estados Unidos —donde se ejerce el llamado control difuso de constitucionalidad— consistente en que todos los jueces del país puedan verificar si determinada norma o acto jurídico guarda conformidad con las disposiciones de la norma suprema, aplicando para el efecto, de forma directa la Constitución.

En Ecuador opera un doble control de constitucionalidad: difuso y concentrado. Lo que ha provocado que algunos doctrinarios aseveren la existencia de antinomias respecto a los casos en que procede el control difuso (aplicación directa de la CRE por todo juzgador) y, el control concentrado (exclusivo de la Corte Constitucional). Al respecto Ramiro Ávila Santamaría despeja tal apariencia, manifestando que:

Por un lado, ordena a toda persona, incluidas jueces y juezas, para aplicar directamente la Constitución y, por otro lado, dispone que jueces y juezas suspendan la causa cuando encuentre normas que sean contrarias a la Constitución y remitan a la Corte Constitucional. Esta aparente antinomia fue resuelta por la Asamblea Nacional al expedir una norma que dispone que solo se suspenderá la tramitación de una causa cuando el juez o jueza tenga una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma, lo que quiere decir que cuando un juez o jueza, en la tramitación de un juicio encuentre una norma que sea evidentemente inconstitucional, debe aplicar directamente la Constitución.⁴²

Lo expresado nos lleva a sostener que «todo juicio sobre fundamentación o no fundamentación de una cuestión de legitimidad constitucional supone de hecho la interpretación de la Constitución»⁴³. En consecuencia, respondiendo a la pregunta, diré que una interpretación constitucional jurídicamente válida emana de dos agentes: 1) jueces de primer y segundo nivel; y 2) jueces de la Corte Constitucional.

⁴² Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador -El estado y el derecho en la Constitución de 2008-*, Quito, Abya-Yala, 2011, p. 65.

⁴³ Guastini, Ricardo, *La interpretación de las normas jurídicas*, Quito, Cevallos, 2015, p. 79.

Los primeros, porque los derechos constitucionales se pueden exigir ante cualquier servidor judicial (jueces); y estos a su vez, tienen la obligación de aplicarlos de forma directa e inmediata (Art 11, N° 1 y 3 CRE). Los segundos, porque son la máxima instancia en la interpretación de la Constitución. La Corte Constitucional puede conocer y resolver acciones de inconstitucionalidad de normas, de incumplimiento, conflicto de competencias, de actos administrativos, de estados de excepción y demás. (Art 436 de la CRE). Habría que decir también, que el ejercicio interpretativo de los jueces no está sujeto únicamente a una disposición normativa en abstracto; sino en relación a los hechos puestos a su conocimiento. Y que tampoco están obligados a aceptar nuestra tesis interpretativa por más prolífica que parezca.

1.11.2 Problemas de la interpretación constitucional

Existen varios problemas relativos a la interpretación constitucional. Por ejemplo: ¿Cuáles son los límites de la reforma constitucional? ¿Todos los derechos constitucionales son realizable? ¿El preámbulo de la Constitución es norma jurídica?, etcétera. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, nos inquieta el siguiente problema: ¿es la interpretación constitucional una herramienta de reconocimiento o creación del derecho?

Para dar una respuesta al respecto, se requiere adherirse a una determinada corriente del derecho: lusnaturalismo o luspositivismo. El lusnaturalismo sostiene que los derechos subjetivos preexisten a las constituciones. Y que estas se limitan a declararlos o reconocerlos, siendo la Constitución una suerte de herramienta descriptiva de derechos que le antecedieron en su existencia. Mientras que para el luspositivismo, los derechos subjetivos, lo son, en la medida que la Constitución los inaugure; nacen con ella. En definitiva los crea, porque su valor dependerá de su constancia por escrito. Muestra de ello son los derechos de la naturaleza; hoy gozan de un ámbito de protección jurídica, gracias a que se encuentran plasmados en la Constitución.

Personalmente, sostengo que el ordenamiento jurídico ecuatoriano está adscrito a una corriente ecléctica entre el luspositivismo y el lusnaturalismo. Porque los derechos subjetivos —fundamentales— no son únicamente los constantes en la Constitución, sino también aquellos que devienen de la dignidad de la persona y que, a pesar de no constar por escrito —porque preexisten—, la Carta Magna los reconoce: (Art. 11, N° 7 CRE). Pero también debemos reconocer un nivel superior en la vigencia de la tesis luspositivista, ya que, el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas (Art. 11 N° 8 de CRE). Con ello, se desprende que no estamos adscritos a una corriente pura de creación de los derechos, pero se evidencia una preponderancia hacia el positivismo, por mandatos como el de seguridad jurídica (Art. 82 CRE).

En el caso particular de la jurisprudencia constitucional, lo que en realidad hacen los jueces no es reconocer el principio, sino crear derecho. Desde luego, no crea un principio abstracto, sino que, de la apreciación de los hechos y del principio afectado, se crea una regla; que, en cualquier caso, es un derecho nuevo y fundado que dará contenido a un principio. En otras palabras, prescribe la manera de dar respuesta a un problema, pues antes del ejercicio interpretativo y argumentativo era abstracto. Con ello, se explica la vigencia de ambas tesis.

1.11.3 Las técnicas de la interpretación constitucional

Este apartado resulta de gran importancia porque analizaremos las cánones de interpretación constitucional, haciendo énfasis en aquellos métodos que se diferencian de los utilizados para interpretar la ley.

La Constitución ecuatoriana está cargada de principios, lo que admite una interpretación escéptica; esto es, de creación permanente en el contenido prescriptivo para su realización. Por ese motivo, la misión de los métodos interpretativos constitucionales es: tomar una decisión en torno al significado que se elige como adscrito al contenido de un derecho constitucional.

En efecto, el intérprete constitucional se enfrenta a dos expectativas: ¿la interpretación debe ser totalmente libre o debe ceñirse a determinados cánones o métodos para emprenderla? Si aceptamos que la hermenéutica debe ajustarse a métodos interpretativos preestablecidos, entonces ¿cuáles son esos métodos? El Art. 3 de la LOGJCC⁴⁴, reconoce 8 métodos interpretativos para solventar las dificultades que conlleva la aplicación de los principios y son: principio de proporcionalidad; solución de antinomias; ponderación; interpretación evolutiva o dinámica; interpretación sistémica; interpretación teleológica; interpretación literal; otros métodos de interpretación subsidiarios (equidad, eficacia, adaptación, etcétera). No obstante, nos referiremos exclusivamente a los que, desde la óptica de la doctrina, son propios del derecho constitucional.

1.11.3.1 Principio de proporcionalidad

Este método procede ante la contradicción entre principios o normas; y cuando no sea posible resolverlo mediante la regla de solución de antinomias. Para el 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» (Art. 3, N° 2 de la LOGJCC). Es decir que «los derechos subjetivos-fundamentales solo pueden ser limitados en la medida que ello sea estrictamente imprescindible para la protección del interés público a los que sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo»⁴⁵. En este sentido la Corte Constitucional, en la sentencia N° 024-10-SCN-CC, R.O, ha señalado que al test de proporcionalidad, se lo debe analizar en función de tres subprincipios:

1.- Subprincipio de Idoneidad: [...] también es conocido con el nombre de subprincipio de adecuación. Sirve para verificar si toda intervención en los derechos fundamentales, es adecuada para contribuir a un fin constitucionalmente legítimo (Carlos Bernal Pulido, El principio de Proporcionalidad de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003 p. 689).

⁴⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

⁴⁵ Baquerizo Minuche, Jorge y Leuschner Luque, Erick, Sobre neoconstitucionalismo principios y ponderación –notas desde la teoría y filosofía del derecho-, Guayaquil, Edilex, 2011, p. 131.

2.- Subprincipio de Necesidad: Según este principio se establece que la intervención en el derecho fundamental debe ser más benigna que la establecida por la Constitución, entre todas aquellas que revisten, por lo menos de la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Este principio también prevé la posibilidad de realizar una intervención lo más restringida posible.

3.- Subprincipio de proporcionalidad: En sentido estricto, implica que la importancia en la intervención en el derecho fundamental debe ser justificada por la de la realización del fin perseguido mediante la intervención legislativa.

1.11.3.2 El método de la Ponderación

La ponderación es una técnica judicial que se activa cuando dos principios entran en colisión como posibles soluciones normativas de un caso concreto. Y consiste en «instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil»⁴⁶. Es decir, que un principio estará dotado de mayor peso respecto de otro, producto del condicionamiento a la observación de las circunstancias del caso concreto. Por esa misma razón, es que el principio que sufre la mayor afectación, en un caso similar (pero con circunstancias distintas) bien podría, en el conflicto con otro principio, superarlo en peso.

La Constitución es básicamente una contención de contenido axiológico que se plasma en principios de derechos fundamentales, por lo que debemos suponer que los derechos ante determinadas circunstancias podrían llegar a colisionar; y que, la técnica adecuada para resolver el eventual choque de principios es la ponderación. Este método judicial prescribe que la preferencia de un principio por sobre otro, estará condicionada a la observancia de las circunstancias del hecho concreto. Por tanto, en uniformidad con el criterio emitido por la Corte Constitucional, en su sentencia N° 002-10-SEP-CC. R.O. N° 121.27-I-

⁴⁶ Ibídem, p. 76.

2010, la técnica de la ponderación debe realizarse en concreto y jamás aplicarse en abstracto; pues, ningún derecho puede prevalecer sobre otro, dado que, todos los principios «*son inalienables [...] y de igual jerarquía*» (Art. 11, N° 6 CRE).

En concreto, la ponderación se expresa bajo la siguiente formula: «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»⁴⁷ (Art 3, N° 3 LOGJCC). Frente al caso concreto se hace preciso implantar los límites de ambos derechos constitucionales con el fin de que alcancen una efectividad óptima. La correspondencia material de los principios constitucionales presupone que su relación será de preponderancia alterna en determinados casos y siempre de equilibrio; puesto que ningún bien constitucional en su aplicación puede conducir al paralelo desmedro de otro valor protegido al tenor de la Suprema Carta⁴⁸.

1.11.3.3 Interpretación sistemática

La interpretación sistémica alude a que las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas a la luz del contexto general de la Constitución «para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía» (Art. 3, N° 6 LOGJCC). Esta interpretación considera el objeto no como disposiciones constitucionales sueltas, sino como un todo. En otras palabras, la Constitución constituye «*una sola norma jurídica*» que no puede, sino ser interpretada en su totalidad, sin deslindar disposiciones. Solo un análisis en su integralidad garantiza la prevalencia en la coexistencia de los derechos. Giovanni A. Figueroa Mejía señala que «una disposición constitucional no puede ser considerada de forma aislada, ni puede ser interpretada exclusivamente a partir de ella misma, pues se halla en una conexión de sentido con los restantes preceptos constitucionales, pues la Constitución representa una unidad interna»⁴⁹. Este método busca que las contrariedades entre normas de derecho

⁴⁷ Concepto que fue creado por Robert Alexy y posteriormente adoptado y plasmado en nuestra legislación. Puede verse en su obra “*La Fórmula del Peso*”.

⁴⁸ Figueroa Mejía, Giovanni, *Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular*, Cundinamarca, Díkaion, 2010, p. 156.

⁴⁹ Ibídem, p. 155.

constitucional desaparezcan, aplicando la norma constitucional «*por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad*» (Art. 6 COFJ⁵⁰).

1.11.3.4 Interpretación teleológica

La interpretación teleológica está vinculada directamente con la consecución material del factor axiológico. De ahí que el Tribunal Constitucional español haya afirmado que «la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental» (STC 18/1981, de 8 de junio, Fto. Jco. 2). El propósito o fin que ha previsto —diseñado— nuestra Constitución es: el respeto irrestricto por los derechos y disposiciones normativas. Para concretar aquella voluntad —deber ser— se requiere entender la Constitución a partir de los fines que persigue (Art. 3, N° 6 LOGJCC); y ello supone, sobre todo, aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos fundamentales (Art. 11, N° 5 CRE).

1.12 ¿Existe una dimensión legal de la interpretación constitucional?

¿Hasta qué punto se debe permitir la concurrencia de la ley como canon en la interpretación de la Constitución y, por ende, de los derechos fundamentales? Existe una corriente doctrinaria actual que sostiene puntualmente: concurre un momento en el que los principios y normas constitucionales requieren la asistencia de la ley como norte para la consecución de su sentido, alcance y contenido.

Prima facie, la pregunta parecería inconsistente porque la Constitución es norma jurídica suprema que prevalece por sobre cualquier otra; tanto que la leyes deberán guardar conformidad con sus mandatos, caso contrario, carecerían de

⁵⁰ Código Orgánico de la Función Judicial.

eficacia jurídica⁵¹. En este sentido, la pregunta se impone: ¿de qué modo la Ley sería un canon interpretativo para las disposiciones constitucionales?

La dimensión legal de la interpretación constitucional admite que los significantes de los principios constitucionales se vean parcialmente iluminados por la norma sometida a su control; de manera que, la ley no esté en el ordenamiento para ser exclusivamente iluminada, sino que, cuando se trata de interpretar la constitución se invierten los roles, ocupando el lugar de la Carta Magna y constituyéndose en *fundamento* para la interpretación. La Constitución «logra un sentido útil para el acto de control, solo una vez que es puesta en contacto con la norma a controlar. Antes o después de ese momento, la Constitución permanece encerrada en un número potencialmente indefinido de sentidos»⁵².

En efecto, resulta evidente que la Constitución es interpretada cuando se la aplica, y es aplicada cada vez que sirve como canon de interpretación⁵³. Se reconoce la interpretación constitucional como una operación de ajuste, no solo de la norma contenida en la ley, sino de la propia Constitución, optimizando las propiedades de ambos textos, y logrando el *telos* de la norma a aplicar, pero también de los preceptos constitucionales que deben servir de medida congruente de esa norma con la Constitución.⁵⁴

Bajo la tesis que se plantea, la ley incide con dos efectos en la interpretación de las normas constitucionales: primero, al ser la Ley una representación delimitadora del alcance y concretización del sentido de un principio, resulta imperativo la conducta de remitirse a la Ley en busca de constatación de lo que ha sido abarcado en la regulación de la ley; ¿por qué? por una parte, para emprender un examen que nutra la unidad normativa de coherencia y seguridad; y por otra, para localizar elementos que guíen la creación

⁵¹ El artículo 424 de la Constitución de la República expresa el mandato de la jerarquía constitucional formal y material.

⁵² Silva Irarrázaval, Luis Alejandro, *La dimensión legal de la interpretación constitucional*, Revista Chilena de Derecho, 2014, p. 464.

⁵³ Ibídem, p. 447.

⁵⁴ Balaguer (1997) citado por Silva Irarrázaval, Luis Alejandro, *La dimensión legal de la interpretación constitucional*, Revista Chilena de Derecho, 2014, p. 447.

de unos nuevos, y así regular hechos en mayores sentidos. Es decir, por la Ley, es posible conocer el alcance que tiene determinado derecho fundamental,⁵⁵ aceptando, desde luego, que la ley vigente, trae consigo una presunción *ipso iure* de validez constitucional, mientras la Corte Constitucional no declare la inconstitucionalidad por el fondo o forma.

La Ley desempeña de modo indirecto la función de garantizar la supremacía constitucional⁵⁶. Esto significa que, «las formas de hacer valer los derechos garantizados por la Constitución se concretan en la legislación y, en consecuencia, la eficacia de la Constitución resulta mediatisada por las disposiciones legales de procedimiento»⁵⁷. En corolario, los mandatos de optimización pueden aterrizar materialmente y garantizar su correcto funcionamiento sobre los hechos concretos gracias a la asistencia de las reglas. Un ejemplo es la LOGJCC⁵⁸ que reglamenta el procedimiento con estructuras de tiempos, formas, actos, para hacer efectivas las garantías de protección de los derechos fundamentales.

En efecto, no es que la ley agote definitivamente el significado del derecho fundamental que «*regula, complementa o limita*». Lo que se pretende expresar es que «allí donde la ley ha precisado el significado de una garantía constitucional, la garantía constitucional no puede interpretarse al margen de la ley»⁵⁹. Pues, bajo ninguna circunstancia le es permitido al juzgador, prescribir contenido normativo sin observar previamente lo abarcado en la regulación legal (Art. 82 CRE). Es evidente que, no en todos los casos se podrá recurrir a Ley para interpretar la Constitución; no obstante, vale para una generalidad de casos.

⁵⁵ ⁵⁵ Silva Irarrázaval, Luis Alejandro, *La dimensión legal de la interpretación constitucional*, Revista Chilena de Derecho, 2014, p. 460.

⁵⁶ Ibídem, p. 462.

⁵⁷ Ibídem, p. 463.

⁵⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

⁵⁹ Silva Irarrázaval, Luis Alejandro, *La dimensión legal de la interpretación constitucional*, Revista Chilena de Derecho, 2014, p. 460.

El segundo efecto de la Ley como canon interpretativo, es coadyuvar a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma legal. La justicia constitucional «no puede prescindir [...] del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales»⁶⁰. Este particular es relevante al tratar de inaplicar una ley en desmedro de un principio por el particular sentido que el «juzgador» le proporciona a la ley. En efecto, «la sentencia que declara el resultado del control de constitucionalidad, no está declarando solo el sentido de la norma controlada, sino también el de la norma de control. Si al comparar una norma con la Constitución se llega a la conclusión de que la norma es in/constitucional, al mismo tiempo se está declarando el sentido de la Constitución que determinó el resultado de la comparación. Al definir a la Constitución como parámetro para saber cómo debe interpretarse la ley, no se puede evitar de interpretar, aunque sea en forma mínima, a la propia Constitución»⁶¹. Resulta inevitable la convergencia o simultaneidad interpretativa entre la Constitución y la Ley, cuando se trata de declarar la inconstitucionalidad de la regla legal.

Es cierto también que «la interpretación constitucional es una interpretación de límites; es decir, no se puede “desnaturalizar” el texto constitucional por la vía de la interpretación. Cuando no es viable encontrar justificación a una ley dentro de la Constitución, hay que hacer valer la Constitución frente a la ley. Este es el mínimo de seguridad que la Constitución tiene como norma jurídica»⁶². A pesar de ello, la realidad demuestra que todos los intérpretes de la constitución tienen su manera propia de delimitar el sentido de una norma-principio, ya que son libres de atribuirle un significado; además que ninguno de los métodos de interpretación da certeza de su sentido.

Preliminarmente podemos concluir que: la interpretación es una actividad intelectual, cuya finalidad práctica es resolver conflictos normativos concretos. Sin embargo, la certeza del resultado interpretativo se ve amenazada debido a que

⁶⁰ Ibídem, 461.

⁶¹ Da Silva (2005), citado por Silva Irarrázaval, Luis Alejandro, *La dimensión legal de la interpretación constitucional*, Revista Chilena de Derecho, 2014, p. 464.

⁶² Ibídem, p. 157.

«el adoptar uno o varios de los métodos de interpretación entre los numerosos y contradictorios que ofrece el sistema, atribuirles un significado y aplicarlos a las normas y los hechos examinados, se constituye en otras tantas decisiones *que quedan al arbitrio del juez* y que, sin duda, implican una labor intelectiva que conduce, además, a resultados siempre distintos»⁶³. Por ello, cuando se trata de derechos fundamentales las conclusiones jurídicas dependerán del juzgador, ya que cuenta con la libertad de usar el método que las circunstancias y, sobre todo, su convicción le sugieran.

Han quedado vislumbrado que, cuando se trata de ubicar y comprender la dimensión de un derecho fundamental, la interpretación constitucional se sirve de métodos especiales para escarbar su esencia y optar por un sentido. Y que el alcance de un derecho fundamental no puede prescindir del contenido regulativo de la Ley; pues, además de ser un subsidio hermenéutico, su concurrencia instituye una forma de esclarecer las diferencia entre un derecho fundamental y uno de tipo legal.

⁶³ Figueroa Mejía, Giovanni, *Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular*, Cundinamarca, Díkaion, 2010, p. 158.

Capítulo 2

2.1 Estado, Constitución e Igualdad

Comprender el sentido y dimensión de los derechos constitucionales, presupone entender cómo funciona la inevitable confluencia que existe entre el Estado, la Constitución y el principio de igualdad; supone, en consecuencia, comprender *la ocupación y finalidad* que tienen cada uno de estos tres «elementos». Por ello, prescindir de un brevísimo repaso al respecto, impediría la comprensión de este trabajo.

En el siglo XVII se creía que las personas éramos desiguales por naturaleza, y que el poder era algo natural, transmitido por los Dioses a un individuo. Esa lógica cambió gracias a la ficción de la igualdad. En ese estado, el poder es *creado*, y corresponde a todo individuo porque todos somos portadores de una igualdad —ficción— común.

Que los individuos sean iguales en “poder” no garantiza paz y orden. Por ello, los individuos se comprometieron a despojarse del poder (libertades) a través de un contrato social para depositarlo en un ente ficticio denominado «*Estado*» y así regirse, no por la voluntad del gobernante, sino por sus leyes⁶⁴. Pero ¿cómo dejar constancia de la existencia del poder? Aquí surge la relación directa entre Estado y Constitución: «la formalización jurídica de dicho contrato social es la constitución política del Estado. [El] Estado como forma de organización del poder político y la constitución como su instrumento de articulación jurídica»⁶⁵. Es decir, la voluntad general, «poder», se transmite al Estado y éste busca legitimarse en una norma jurídica, la Constitución.

⁶⁴ Trujillo, Julio Cesar, *Teoría del Estado en Ecuador –Estudio de Derecho Constitucional*-, Quito, Editora Nacional, 2006, p. 89.

⁶⁵ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 35.

Lo que caracteriza a la Constitución como forma de ordenación jurídica del poder es el «principio de igualdad». De allí que «todas las constituciones [...] fuera el país que fuera, han sido normas basadas en el principio de igualdad»⁶⁶. Este principio hace que la Constitución sea eso y no otra cosa. La Constitución es la concretización del principio de igualdad y la destrucción de la desigualdad, y es lo que le ha permitido a las sociedades organizarse y realizar sus derechos sin discriminación alguna.

2.2 La igualdad constitucional y los derechos

Nuestra Constitución garantiza la igualdad formal y material. La primera consiste en considerar a toda persona, sin excepción de ninguna clase iguales frente a la constitución y, luego, frente al ordenamiento jurídico, prescribiendo que el ejercicio de los derechos, deberes y oportunidades de cada ciudadano se miren como equivalentes (Art. 11, N° 2 CRE). La segunda es problemática y compleja. No basta el reconocimiento, sino el ejercicio de los derechos en término existentes y medibles (Art. 66, N° 4 CRE).

Ahora bien, los seres humanos —en realidad— no somos iguales ni desiguales, «*sencillamente somos diferentes*». En efecto, la igualdad real está condicionada —en mayor o menor medida— a una especie de lotería social.⁶⁷ Ese hecho, nos coloca en una situación de ventaja respecto de quien fue perjudicado por el azar, al nacer pobre o “poco inteligente”; lo que se traduce en inequidad de oportunidades para enfrentar la vida. Por ello, uno de los roles esenciales del Estado contemporáneo es reducir la brecha de desigualdad material que limita el acceso de bienes y servicios necesarios para una vida digna.

Sin embargo, las diferencias materiales nos acercan a la idea de desigualdad por ser una ficción creíble⁶⁸. Al respecto Pérez Royo dice:

⁶⁶ Ibídem, p. 34

⁶⁷ García Amado, Juan Antonio, ¿Quién responde por la mala suerte de cada uno?, blog de responsabilidad civil y del Estado, España, núm. 43, 2014, P. 25, en derechodelaresponsabilidad.blogspot.com (6 de octubre del 2014).

⁶⁸ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 216.

La razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia. [...] Justamente por eso, la igualdad ni es ni puede ser un derecho. El derecho a la igualdad sería contradictorio con la condición individual de ser humano [...] [ya que] todos los derechos son proyecciones de nuestra individualidad. Expresan nuestra condición de individuos en los diferentes ámbitos de la vida en sociedad y son congruentes con dicha condición. [...] la igualdad no puede ser configurada como derecho porque repugna a la condición individual del ser humano. El derecho a la igualdad sería la cancelación de la individualidad del ser humano y supondría, en consecuencia, la negación de todos los demás derechos. Si los individuos tuviéramos derecho a ser iguales, el ejercicio de los demás derechos sería imposible ya que cada vez que ejercemos un derecho lo hacemos de manera individual y, a través de tal ejercicio, nos diferenciamos unos de otros.

Una cosa es ser diferente y otra tener derecho a serlo. La igualdad garantiza manifestar nuestra particular individualidad en las diversas relaciones que presenta la vida en sociedad. Es así que, la igualdad constitucional es el resultado de la concurrencia de dos elementos: *el de la dignidad del ser humano y el componente político*⁶⁹. El primero señala que «en la voluntad reside tanto el fundamento de la diferencia como de la igualdad. Por el hecho de tener *voluntad propia* todos somos diferentes. [Y porque] todos somos portadores de voluntad propia, todos somos iguales, eso es lo común y en eso consiste la dignidad humana»⁷⁰. Mientras que, el componente político es la voluntad general que hace la sociedad técnicamente organizable.

La porción que tiene un individuo de voluntad propia y, por consiguiente, de libertad es lo constitutivo de la dignidad humana. Ahora bien, si la desigualdad había servido para justificar la esclavitud, la dignidad —como elemento constitutivo de la igualdad— va a servir para que nadie sea considerado una cosa. En este sentido, «la igualdad constitucional no es un derecho fundamental, sino el presupuesto para el ejercicio de todos los derechos fundamentales»⁷¹. Y esto es así, por cuanto deja a los ciudadanos en una condición de reconocimiento para manifestar de forma libre las diferencias propias y naturales; para activar a su

⁶⁹ Ibídem, p. 217.

⁷⁰ Ibídem, p. 221.

⁷¹ Ibídem, p. 222.

modo, toda expectativa positiva o negativa prevista en una norma de derecho fundamental.

El principio de igualdad ha sido diseñado sobre la forma universal de los derechos que se han pactado como fundamentales. De modo que, hoy se puede afirmar que las libertades y los derechos sociales son el fundamento de la igualdad jurídica. Para Ferrajoli «no sólo la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuanto constitutivos de la igualdad»⁷². Por tanto, a pesar de las diferencias connaturales de los sujetos, el principio de igualdad es garantía de una idéntica titularidad en el ejercicio de los derechos fundamentales.

2.3 El Estado como garantía de los derechos fundamentales

Interesa referirnos al Estado —de modo breve— desde una perspectiva funcional. Es decir, desde la óptica protecciónista de los derechos, y no como institución proveedora de bienes y servicios. En este sentido, Biscarretti Di Ruffia define al Estado como: «ente social que se forma cuando, en un territorio determinado, se organiza jurídicamente un pueblo que se somete jurídicamente a la voluntad de un gobierno». Es una descripción que, por su precisión no permite desacuerdo.

Ahora bien, es claro que la juridificación del Estado —a través de la Constitución— está destinada a proteger los derechos fundamentales. Para ello, el Estado instituye un sistema constitucional de garantías (Art. 88 al 94 CRE), que se activan ante la amenaza o vulneración de un derecho constitucional. El Estado constitucional es representación y garantía de civilización; donde prima la razón y un ordenamiento jurídico como norte en la consecución de una convivencia pacífica y ausente de violencia. Por tanto, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar sin discriminación alguna los derechos garantizados en la Constitución (Arts. 3, N° 1, y 11, N° 9), puesto que «sirve a la persona

⁷² Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 81.

humana respetando, protegiendo y promoviendo los derechos fundamentales, lo cual, por añadidura, propende al bien común»⁷³.

En efecto, el Estado cumple su rol para el cual fue creado, en la medida que establece las garantías jurisdiccionales destinadas a garantizar el pleno ejercicio de los derechos constitucionales. La acción de protección constituye la tutela natural para los derechos de rango constitucional, a excepción de la libertad, información pública y privada, incumplimiento y violación de derechos en autos y sentencias. Esa es la razón que explica la frecuencia de su activación; sin embargo, ese hecho ha permitido que, la acción de protección sea inadecuadamente emprendida, principalmente, por el desacuerdo jurídico para distinguir los derechos fundamentales de los patrimoniales, lo que ha facilitado su rechazo por parte de los juzgadores. Por tanto, para que se active válidamente la acción de protección, se precisa claridad en las diferencias conceptuales de los derechos fundamentales y patrimoniales. Asunto sobre el que se tratará a continuación.

2.4 La distinción entre derechos fundamentales y legales: el problema de procedibilidad de la acción de protección

En derecho constitucional se ha entendido a la acción de protección como la garantía o mecanismo jurídico que permite materializar el respeto y ejercicio de los derechos constitucionales. De acuerdo con el artículo 40 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es requisito de procedencia la violación de un derecho constitucional; no obstante, aún resulta ambiguo el determinar en qué casos estamos frente a un derecho legal y en qué otros frente a un constitucional. Y es que, ante la presencia de un caso concreto, tal vaguedad no se satisface con saber que los derechos constitucionales son los señalados y reconocidos en la Constitución.

En nuestro país existe solo un ordenamiento jurídico. Sin embargo, confluyen dos modalidades de administración de justicia con peculiares

⁷³ Oyarte, Rafael, *Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 62.

características en relación a la norma objetiva y adjetiva. Esa distinción no es vaga; más bien, responde a la necesidad que tiene la sociedad de garantizar con eficacia el ejercicio de los derechos que se presentan como sustanciales en la vida de una persona (los derechos constitucionales). Estas clases de justicias son: justicia constitucional y justicia ordinaria. La primera es especial, de excepción y procede únicamente cuando se han violado o existe eminente amenaza de violación de uno o varios derechos fundamentales (Art. 88 CRE). Su trámite es sencillo, rápido y eficaz, y no se permiten dilaciones (Art. 86 CRE). La segunda es la regla general para sustanciar y resolver las controversias cuando de un hecho se desprenda la violación de derechos de orden legal. Es una vía en la que importan mucho las formas, y cuentan con diversos trámites y etapas.

El problema radica en la dificultad existente para distinguir con claridad entre un derecho constitucional y un derecho patrimonial. Dificultad jurídica que se debe a la ausencia de un esquema normativo de *fácil acceso, ordenado y sin ambigüedades*. La demarcación de la zona límite entre la legalidad y constitucionalidad de los derechos es compleja; por ello, son los criterios *teóricos-normativos, doctrinales y jurisprudenciales* los que aportan objetividad y racionalidad para dilucidar tan sutil diferencia.

2.5 El mal uso de la acción de protección y el principio de subsidiariedad

Nadie duda que la acción de protección es el medio tutelar de los derechos fundamentales. Sin embargo, no ha dejado de ser una *acción jurisdiccional* que —por regla general— no prospera, debido al incumplimiento de los requisitos previstos en la LOGJCC; y porque no concurre en ella, la *violación de un derecho fundamental* (Art. 40, N° 1 LOGJCC). Aquello solo puede significar dos cosas: 1) los operadores de justicia entienden incorrectamente cuáles son los derechos fundamentales; 2) las causales de procedencia e improcedencia son ambiguas. En tales casos, puede provocar que los operadores de justicia constitucionalicen cualquier hecho o bien nieguen la acción de protección, aduciendo que existe vía

ordinaria, sin constatar fielmente si se trata de un caso vulnerador de derecho fundamental.

Por otro lado, que un asunto de mera legalidad se beneficie del proceso constitucional, transgrede el debido proceso, pues «sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento» (Art. 76, N° 3). En vista de ello y, para evitar el uso indebido de la vía constitucional, la LOGJCC instituyó el principio de subsidiariedad, por el cual todo derecho que haya tenido antes de la Constitución una vía procesal, no podría usar la vía constitucional. Es decir, la justicia constitucional se activa exclusivamente cuando no hay protección ordinaria o, existiendo esta, no fuere adecuada ni eficaz⁷⁴. La acción de protección es subsidiaria cuando: a) el acto administrativo pueda ser impugnado por vía judicial, *salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz*⁷⁵; b) se trate de derechos patrimoniales, contractuales o legales, y no existan vías ordinarias adecuadas y eficaces⁷⁶; c) la pretensión fuere la declaración de un derecho.⁷⁷

Como señala Dunia Martínez «existe un ánimo exagerado en evitar la confusión derecho ordinario-constitucional». Pues, «bastaba con establecer una norma genérica que establezca que, cuando existieren vías ordinarias eficaces y adecuadas, no cabrá la acción de protección»⁷⁸. En todo caso, pese al cierre de la vía, siempre será objeto de control por parte del juez.⁷⁹ (Arts. 40, N° 3 y 42, N° 4 LOGJYCC).

2.6 El objeto de la acción de protección

Ramiro Ávila Santamaría define a la acción de protección como «una acción de conocimiento que tiene por objetivo reparar integralmente la violación

⁷⁴ Ávila Santamaría, Ramiro, Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana, Quito, Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2012, p. 244.

⁷⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 27.

⁷⁶ Ibídem, Art. 42, N° 5.

⁷⁷ Ibídem, Art. 42, N° 6.

⁷⁸ Ávila Santamaría, Ramiro, Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana, Quito, Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2012, p. 244.

⁷⁹ Zavala Egas, Jorge, *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*, Quito, Edilex, 2011, p. 164.

de derechos provenientes de autoridad pública o particulares»¹¹. Siguiendo esa línea nos referiremos a la acción de protección con estricta relación al *objeto que debe tutelar*. Si bien este trabajo tiene que ver con la distinción de los derechos fundamentales y patrimoniales, el tratamiento de la acción de protección resulta necesario, debido a que su activación depende, en todo momento, de la capacidad interpretativa y argumentativa para llegar a la conclusión que determinado acto constituye la afectación a un derecho de tipo fundamental, que, como ha quedado advertido, es su condición de procedencia más problemática.

La acción de protección «tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución» (Art. 88 CRE y 39 LOGJCC). Lo que significa proteger todo derecho «declarado y reconocido por la Constitución como preexistentes a la legislación, que por sus contenidos propios vinculan al legislador y que están dotados de resistencia contra cualquier intento de restricción o menoscabo de esos contenidos en aras de un interés mayoritario»⁸⁰. Para que se active la protección especial Juan Montaña Pinto dice que «la vulneración del derecho necesariamente debe afectar el “contenido constitucional” del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado»⁸¹.

La Corte Constitucional, a través de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ha diseñado «parámetros y lineamientos» respecto de los derechos aptos de ser protegidos mediante acción de protección⁸². En la sentencia vinculante y obligatoria N°001-010-JPO-CC, la Corte dejó claro cuál es la naturaleza de la acción de protección, al tenor de:

Las garantías jurisdiccionales, específicamente la acción de protección, proceden cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos [...] La acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa [...] ¹²

⁸⁰ Zavala Egas, Jorge, *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Guayaquil, Edilex, p. 248.

⁸¹ Citado por Andrade Quevedo, Karla, *Manual de Justicia constitucional ecuatoriana -la acción de protección desde la jurisprudencia constitucional-* Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, Quito, 2013, pp. 113-114.

⁸² Ibídem, p. 117.

La sentencia citada es una de tipo *fundadora de línea jurisprudencial*, lo cual implica un condicionamiento para que las consiguientes ejecutorias desarrollen esa línea de pensamiento. Precisando el alcance de los asuntos susceptibles de revisión en sede ordinaria, así como estableciendo criterios exemplificativos para esclarecer ante qué hechos se activa la justicia constitucional o en su caso la ordinaria. Al respecto, la misma ejecutoria ha señalado:

La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional [...]

La Corte es clara en ratificar la naturaleza protectora de la acción de protección: procede exclusivamente ante la vulneración de un derecho constitucional. Enfática ha sido al señalar que toda controversia «que verse sobre aplicación normativa infraconstitucional» debe acudir a la justicia ordinaria, pues para ello, el ordenamiento ha previsto acciones ordinarias específicas¹⁴ y no cabe la «superposición de la justicia constitucional a ámbitos propios de la jurisdicción ordinaria»²⁰.

Ahora bien: análogamente, cabe preguntarse ¿qué debe hacer el juez para determinar la procedencia de la acción de protección? Según sentencia constitucional N° 016-13-SEP-CC, se debe emprender lo siguiente:

Se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no una vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria

En vista de ello, un estudio prolíjo de los hechos concretos y una sólida argumentación, autorizarán al juez el permitir o cerrar el paso a determinada pretensión en la vía constitucional. En consecuencia, su competencia se podrá radicar en suficiente motivación.

Por otra parte, es deber de los juzgadores respetar el trámite propio a cada procedimiento (Art. 76, N°3 CREA); de lo contrario, más allá de lesionar la seguridad jurídica de las partes, acarrearía una vulneración al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, según lo prescribe la Jurisprudencia constitucional obligatoria N° 001-10-JPO-CC. En este sentido, la Corte Constitucional ha destacado que los derechos constitucionales y legales solo pueden ser adecuadamente ejercidos y defendidos en el marco del debido proceso. En consecuencia, para que un proceso judicial sea constitucionalmente válido, el juez y las partes procesales deben conducirlo en el marco de la competencia, según precedente constitucional N° 0140-12-SEP-CC.

2.7 El concepto de derecho fundamental

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos que corresponden a toda persona o ciudadano, y se distinguen de los derechos patrimoniales por estar revestidos de ciertas carteristas, tales como: aplicación directa e inmediata, máxima tutela, y no intromisión legislativa en el contenido esencial.

En la cultura jurídica Andina ha sido constitucionalmente aceptado que los derechos fundamentales puedan no estar positivizados. En efecto, son derechos constitucionales todos los escritos en la Constitución, pero también incluyen los reconocidos por esta, como los previstos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y la jurisprudencia; incluso aquellos que resulten de la dignidad humana, aun cuando no se consignen por escrito (Art. 11, N° 7 CRE).

El profesor Luigi Ferrajoli, propone una definición puramente formal de «derechos fundamentales», que según manifiesta, se adapta a toda cultura y sistema jurídico, al prescindir de aspectos como los de la dogmática, democracia, antidemocracia, liberalismo, antiliberalismo, iuspositivismo, iusnaturalismo, para

describir los rasgos estructurales que permiten identificar a un derecho fundamental, y por tanto excluir a un derecho de tipo patrimonial. A saber:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas⁸³.

La definición expuesta, piensa Ferrajoli, permite ser aplicada a cualquier legislación, en razón de las siguientes características:

1. *Teórica*, porque no se basa en normas de ningún ordenamiento jurídico concreto. Y los rasgos definitorios pueden o no estar atribuidos en cuerpos constitucionales determinados.
2. *Formal*, debido a que, no tendrá otro intención que identificar «los rasgos estructurales que [...] convenimos asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella»⁸⁴, cualesquiera sean sus contenidos.
3. *Estructural*, porque «prescinde de la naturaleza de los intereses y necesidades tuteladas, mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se apoya exclusivamente en el carácter universal que se le otorga»⁸⁵.
4. *Neutralidad*, ya que es aplicable a cualquier sistema o filosofía política, ya sea iusnaturalista o iuspositivista, liberal o socialista, antiliberal o antidemocrática.

⁸³ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 19.

⁸⁴ Ibídem, p. 290

⁸⁵ Ibídem, p. 38.

5. *Estipulativa*, porque es una definición que no es «ni verdadera ni falsa como tal, sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera sean los derechos [...] allí tutelados como fundamentales»⁸⁶.

Es así que, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, que no se pueden vender ni comprar, y corresponden universalmente a «todos» los sujetos en tanto dotados de estatus de persona o ciudadano. Por derechos subjetivos, en cambio, se entenderán las expectativas positivas (facultad de exigir prestaciones a alguien) o expectativas negativas (facultad de exigir respeto a alguien), que se les reconoce a todo sujeto en una norma positiva, generalmente de rango constitucional.

Las expectativas positivas tienen relación con el trabajo, educación, cultura, ambiente sano, vivienda, agua, alimentación y seguridad social (Capítulo segundo, derechos del buen vivir de la Constitución ecuatoriana), y se caracterizan por sancionar al Estado con el deber de otorgar prestaciones materiales, consistentes en dinero, bienes y servicios para su satisfacción. Por esa razón, es que, los derechos fundamentales-sociales, en países subdesarrollados no pueden ser plenamente garantizados, debido a una inestable economía, que depende básicamente, del fluctuante valor que el poder económico reconozca a nuestros recursos naturales. Desde luego, el mercado aprovecha el espacio para suplir la prestaciones de forma privada, lo cual, tampoco soluciona por completo el problema, dado el porcentaje elevado de ciudadanos que carecen de la posibilidad para costearlo.

Por otra parte, las expectativas negativas son aquellas que prohíben al Estado y sus particulares, impedir que los individuos manifiesten sus particularidades a través de la libertad. Los derechos de libertad (Art. 66 CRE) se efectivizan con una relativa facilidad, que se evidencia en el bajo costo de inversión que supone su consecución. Por ejemplo, el costo de no impedir que un sujeto camine (libertad de tránsito) dista en demasía, del importe que exige garantizar el tratamiento de cáncer (salud) de una persona.

⁸⁶ Ibídem, p. 290.

No obstante lo expuesto, la realidad ha sido contundente en demostrar que, tanto los derechos de libertad cuanto lo sociales exigen erogaciones a cargo del Estado para su ejecución. Veamos un ejemplo: el derecho a transitar libremente impone una omisión como obligación Estatal porque no se puede detener a ninguna persona. Pero no están cierto que exija únicamente omisión, dado que, una persona para transitar necesita calorías, y para conseguirlas requiere alimentarse, y para alimentarse precisa trabajo. Por tanto, el trabajo ya no es un derecho de libertad sino un derecho social, que exige acciones materiales de tipo económica por parte del Estado.

2.8 ¿Cómo se estructuran objetivamente los derechos fundamentales?

Para Robert Alexy los derechos fundamentales deben entenderse como «un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental»⁸⁷. Ahora bien, ¿qué debemos entender por disposición, norma y posiciones?

Las «disposiciones» de derecho fundamental son las proposiciones de la Constitución de la República que establecen los derechos fundamentales. Las «normas» de derecho fundamental son proposiciones de significados adscritas por vía interpretativa a las disposiciones de derecho fundamental, y que prescriben lo que está prohibido, permitido u ordenado por los derechos fundamentales. Las «posiciones» de derecho fundamental se formulan en una relación tríadica conferida por la norma de derecho fundamental. Es decir que para Alexy, tener un derecho subjetivo consiste *en ocupar una posición jurídica que faculta para exigir algo a alguien*. Pero, tener derecho a algo implica una *relación normativa* entre tres elementos: el titular del derecho (**a**), el destinatario (**b**), y el objeto (**G**) del derecho. Esta relación tríadica permite distinguir los derechos subjetivos entre «(a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos

⁸⁷ Estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Alexis, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2011, p. 29.

subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos»⁸⁸.

Según la tesis de Alexy, la clave para comprender el concepto de derecho subjetivo radica en la distinción entre *norma* y *posición*. Señala que «si vale la norma individual según la cual **A** tiene frente a **B** un derecho a **G**, entonces **A** se encuentra en una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a **B** un derecho a **G**». En decir, en la relación tríadica, el sujeto activo es el individuo titular de un derecho. El sujeto pasivo es el Estado o los particulares. El *objeto* de una *posición* fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, determinada por una *norma*, que le manda, prohíbe o permite que el *sujeto pasivo* cumpla en favor del *sujeto activo*, por ser titular de un derecho⁸⁹.

La norma consiste en «un enunciado de lenguaje de los intérpretes y constituye el resultado de la interpretación. Por lo que la norma es la concreción del significado del enunciado lingüístico que consta en cualquier fuente del Derecho»⁹⁰. La norma vendría a ser el elemento más importante porque describe el deber ser de las disposiciones de derecho fundamental. Tratándose de normas contenedoras de derecho fundamental, además de las reglas; estas, según Robert Alexy, se pueden concebir como principios. El principio debe entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

2.9 ¿Existen diferencias entre los derechos fundamentales y los derechos constitucionales?

A lo largo del texto constitucional la expresión *derechos fundamentales* no consta. No así la expresión *principios fundamentales* (Art. 11 CRE). Lo que sí consta por doquier es la expresión «*derechos constitucionales*». Parecería que los

⁸⁸ Alexis, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2011, pp. 155-160.

⁸⁹ Zavala Egas, Jorge, *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Guayaquil, Edilex, p 255.

⁹⁰ Ibídem, p. 254.

derechos fundamentales son una categoría distinta de derechos y, por tanto, desprovistas de las garantías que gozan los derechos constitucionales, como por ejemplo: acceder a tutela jurisdiccional vía acción de protección. En este sentido la Corte Constitucional, en la Sentencia R.O.-s- No. 466 de 13-11-2008, despeja toda incertidumbre al respecto:

La finalidad primordial del nuevo Estado ecuatoriano es la **garantía de los derechos fundamentales**, los cuales, de conformidad con los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución, son de directa e inmediata aplicación y plenamente justiciables por y ante cualquier servidor público, jueza o juez, sin que puedan establecerse o exigirse requisitos adicionales, o arguirse falta de ley para justificar su desconocimiento o falta de aplicación

De lo expuesto se desprende, que todo derecho fundamental se estima constitucional por dos razones: 1) comparten idénticas características y realidades: superioridad jerárquica, eficacia directa, sin necesidad que medie el legislador, vinculan a toda la administración pública, su contenido es intangible a la actuación del legislador, máxima tutela judicial y constitucional⁹¹; y 2) porque los derechos fundamentales son «derechos naturales democráticamente constitucionalizados»⁹².

Probablemente, la única diferencia (de forma) que se registra, es la increpada por Cueva Carrión, al señalar que «La Corte Constitucional hace una distinción entre derechos fundamentales y los derechos reconocidos por la constitución, y expresa que estos son más amplios que los primeros»⁹³. Ciertamente, desde una perspectiva clásica, se han conocido como derechos fundamentales a la libertad, vida, dignidad e igualdad; no obstante, los derechos constitucionales son una categoría no distinta, pero sí más amplia, pues abarcan los derechos fundamentales, los declarados y reconocidos por la Constitución,

⁹¹ Zavala Egas, Jorge, *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*, Quito, Edilex, 2011, p. 56.

⁹² Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pon, 2012, p. 205.

⁹³ Cueva Carrión, Luis, *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Quito, Cueva Carrión, 2010, p. 77.

tales como los previstos en los tratados internacionales, jurisprudencia, y los no escritos que deriven de la dignidad humana (Art. 11, N° 7 CRE).

Finalmente, cabe decir que ubicar las diferencias entre derechos fundamentales y patrimoniales es un prolongado camino, que implica el dominio de un conjunto de herramientas teóricas, antes de emprender a escarbar sus diferencias de fondo. De este modo, la jurisprudencia constitucional se constituye, con toda seguridad, en una herramienta indispensable para reconocer los límites del aspecto fundamental de un derecho, y ende el modo que descarta su legalidad; Pues su actividad comprende un exhaustivo ejercicio de exegético-argumentativo, y particularmente porque sus decisiones son vinculantes y obligatorios para todos (autoridades y ciudadanos). Sobre ello hablaremos en los siguientes párrafos.

Capítulo 3

3.1 La jurisprudencia constitucional en el Ecuador

La jurisprudencia constitucional en el Ecuador hasta antes del 2008, era vista como mera referencia, sin valor jurídico. No solo por la ausencia de norma legal y constitucional que disponga su aplicación de forma obligatoria, sino, porque culturalmente estábamos acostumbrados a resolver los conflictos únicamente basados en la ley. Además, y sin ser menos importante, la promoción para acceder al conocimiento jurisprudencial era prácticamente nulo.

En términos amplios, por jurisprudencia constitucional debemos entender, la creación prudente del derecho por parte de un Tribunal o Corte Constitucional. Es el juzgador constitucional —revestido de facultades para interpretar las reglas y principios— quien despliega un ejercicio intelectual para arribar a una solución normativa que se constituye en precedente para la resolución de casos futuros y análogos. En ocasiones será necesario que varias sentencias sean sometidas a revisión por el pleno de la Corte Constitucional, para que el efecto de obligatoriedad y cumplimiento trascienda a distintos ambientes, en particular, a la sentencia fundadora de línea jurisprudencial.

Esa realidad cambió con la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi que inauguró una nueva concepción de la jurisprudencia constitucional: ubicándola como fuente directa del Derecho, con el reconocimiento que hace el Art. 436 N° 6, al señalar que: *«las sentencias emitidas por el órgano constitucional son vinculantes»*. En efecto, por mandato constitucional se ha previsto la obligatoriedad de crear jurisprudencia constitucional vinculante y obligatoria. Lo que significa que toda autoridad pública *«jurisdiccional y administrativa»* está en la obligación de conocer y aplicar la jurisprudencia y el precedente constitucional en relación a casos similares.

Con la Constitución del 1998, el Ecuador no había reconocido la jurisprudencia constitucional como decisión obligatoria para todos los poderes públicos. Sino que, constituían resoluciones ordinarias sin poder alguno para

cumplir el rol fiscalizador de los derechos constitucionales; incluso, sus decisiones atentaban contra derechos fundamentales como la seguridad jurídica (por la frecuente inconsistencia y falta de coherencia en los casos análogos)⁹⁴. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia N°. 001-10-PJO-CC, señaló que:

Desde la óptica de la Constitución Política de 1998, de un derecho jurisprudencial y de la existencia de reglas o *ratio decidendi* que generen efectos vinculantes horizontales y verticales, si no existía el reconocimiento constitucional del valor del precedente constitucional, o donde las garantías constitucionales no podían generar otro efecto que no sean inter partes. Los ex Tribunales Constitucionales dictaban una serie de fallos contradictorios sobre una misma materia, circunstancia que denotaba qué características como certeza y seguridad jurídica se endilgaban única y exclusivamente al derecho legislativo, esto es, a la ley en sentido formal. La ausencia de líneas jurisprudenciales, reglas para determinados escenarios constitucionales fue una constante en la historia jurisprudencial constitucional ecuatoriana. Como consecuencia, se lesionaron diariamente los derechos a la igualdad y seguridad jurídica a partir [de] una fuente del derecho que recibió tradicionalmente el calificativo de secundaria o de conocimiento.

3.2 El modelo jurisprudencial americano

El sistema jurídico americano o *common law*, es una ramificación del sistema jurídico inglés que es más autónomo, dado que todas sus sentencias constituyen jurisprudencia. El modelo americano es una combinación de reglas escritas y jurisprudencia, y se caracteriza por emitir sentencias que constituyen precedentes judiciales de aplicación obligatoria, con prevalencia —inclusive en la práctica— por sobre las reglas. El *common law* puede traducirse como «*respetar lo decidido y no cuestionar lo resuelto*»⁹⁵, pues obliga a los jueces inferiores a

⁹⁴ Bhrunis Lemarie, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante –fuente directa del Derecho–*, Quito, Cevallos editora, 2011, p. 54.

⁹⁵ Néstor Sagiés, Pedro, *El valor del precedente en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia en EEUU y Argentina*, en *Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra del Tribunal Constitucional, 2007, p. 138.

respetar el sentido o significado abstracto (sin relación a hechos concretos) que la Corte ha otorgado a una disposición legal de manera constante⁹⁶.

En el *stare decisis* anglosajón, los casos iguales se fallarán de forma igual a los casos ya fallados. Esto es, «hay más necesidad de respetar la decisión interpretativa del caso anterior, pero mayor apremio a decidirlo de igual manera si sus hechos eran análogos. Una única sentencia reciente de un tribunal anglosajón estuviera cubierta por la fuerza analógica del *stare decisis*». ⁹⁷ En otras palabras, los tribunales deben resolver los casos conforme las sentencias que han dictado los tribunales superiores, acogiendo los criterios aun sobre las normas escritas. Lo particular de sus sentencias es que no requiere someterse a reiteraciones en el mismo sentido o punto de derecho para que alcance la categoría de jurisprudencia.

3.3 El modelo jurisprudencial francés

El sistema jurisprudencial Francés, es una derivación de la escuela romanista, la Ley es la principal fuente del derecho. En Francia la jurisprudencia tenía un rol complementario que permitía, en ocasiones, ser descalificada. Hoy en día la jurisprudencia francesa posee otra concepción y valor; sobre todo, luego de la revolución, cuando empezaron a hablar de la «*jurisprudence constante*». ⁹⁸

Una diferencia significativa con el sistema del *common law*, es que los tribunales franceses realizan el ejercicio de interpretación en las normas legales, mientras que, en el sistema inglés o americano, lo hacen basado en precedentes. Para el modelo francés, la sentencia alcanza el valor de jurisprudencia si la Corte de Casación cumple con el requisito de dictar tres sentencias sobre un mismo punto de derecho, en relación a similares realidades fácticas. Solo cuando se ha cumplido la condición de reiteración, esa decisión, llamada jurisprudencia producirá el efecto de vinculación y obligatoriedad respecto de todos los jueces.

⁹⁶ López Medina, Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009, p. 9.

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ Ibídem, p. 32.

3.4 El modelo jurisprudencial ecuatoriano: una confluencia de dos escuelas jurisprudenciales

Con la vigencia del precedente constitucional como regla jurídica de obligatorio acatamiento, el derecho jurisprudencial ecuatoriano sufrió una aleación, debido a la concurrencia de dos sistemas jurisprudenciales. El primero, la jurisprudencia legal, procedente de la Corte Nacional de Justicia que se identifica con el sistema jurisprudencial francés. El segundo, la jurisprudencia constitucional, son las ejecutorias dictadas por la Corte Constitucional que guarda similitud con el sistema jurisprudencial americano o *common law*.

En efecto, la Corte Constitucional está facultada para «expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, [...] y demás procesos constitucionales» (Art. 436, N° 6 CRE). Mientras que, «las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, [...] constituirá jurisprudencia obligatoria» (Art. 185 CRE).

Ambas clases de jurisprudencia —constitucional y legal— poseen un ámbito específico de actuación y con ello, su interpretación, aplicación y, en general, el fenómeno jurídico que están llamadas a solventar, conlleva un tratamiento diferente. En ningún caso se admite la interpretación y creación de reglas antitéticas a través de los sistemas jurisprudenciales, ya que nuestro ordenamiento jurídico constitucional se caracteriza por ser unitario y coherente con el contenido de los derechos.

3.5 ¿Qué es un precedente constitucional?

Para Carlos Bernal Pulido, el precedente constitucional consiste en «*un caso especial de jurisprudencia. Es un precedente constitucional toda ratio decidendi que haya servido a la Corte Constitucional para fundamentar una decisión suya*»⁹⁹. Es decir, son todas las sentencias emitidas por la

⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Departamento de publicaciones de la Universidad de Externado de Colombia, 2005, p. 151.

Corte Constitucional que contengan razones o motivos de la decisión. De ahí que la sentencia constitucional sea la herramienta más adecuada para dotarle de precisión y contenido normativo a los principios constitucionales.

El precedente constitucional admite explayarse en el análisis de los problemas fácticos, por medio del razonamiento jurídico, para encontrar una respuesta concreta que se formula y estructura, generalmente, en una norma jurídica tipo regla. A criterio de la Corte Constitucional de Colombia, en el auto N° 208 de 2006, el precedente supone a saber:

Un precedente supone la existencia de una regla específica sobre el contenido y alcance de la disposición constitucional concretamente aplicable al caso. El precedente está constituido así por aquellos aportes específicos y concretos de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, que tienen relación «estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva» de la decisión. En suma, siguiendo los criterios jurisprudenciales mencionados, la *ratio decidendi* o el precedente de una decisión, suele responder al problema jurídico que se plantea en el caso específico y *debe poder ser formulada como una regla jurisprudencial —o subregla— que fija el contenido constitucionalmente protegido de la norma constitucional aplicable a dicho caso concreto*¹⁰⁰

La interpretación y contenido de los derechos constitucionales que fija la Corte Constitucional a través de sus precedentes, debe ser observada obligatoriamente por el resto de jueces y autoridades públicas para resolver en lo posterior.¹⁰¹ Cabe mencionar que toda sentencia constitucional tiene dos efectos: uno vertical, por el que todo juez del nivel que fuere está obligado a acatar el razonamiento previsto en la *ratio decidendi* para la resolución de futuros casos; y uno horizontal, que obliga a los propios jueces de la Corte Constitucional a respetar el criterio adoptado en resoluciones pasadas, debiendo a efectos de garantizar la seguridad jurídica, aplicarlas en el mismo sentido cuando se presenten hechos genéricos.

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, Auto N° 208 de 2006. Citado por Bhrunis Lemarie Roberto, Jurisprudencia Constitucional vinculante, p. 57.

¹⁰¹ Artículo 2, numeral 3, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

3.6 Jurisprudencia Constitucional y Jurisprudencia Ordinaria

Entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia legal existen notables diferencias. La primera es dictada por la Corte Constitucional y la segunda, por la Corte Nacional de Justicia.

Por jurisprudencia constitucional debemos entender el conjunto ordenado y coherente de precedentes constitucionales respecto de casos facticos análogos. El precedente, por su parte, es la sentencia constitucional. La jurisprudencia tiene efecto *erga omnes*, debido a que esa decisión es obligatoria no solo para quienes llevaron el litigio a la Corte Constitucional, sino también para todos los habitantes de la República. Y esto es así, porque la interpretación, el razonamiento motivado y la resolución versan sobre derechos constitucionales. Erigiéndose por defecto, en una decisión de *acatamiento obligatorio* para todos los servidores públicos; no hacerlo, equivale a no respetar la propia Constitución. Es también una decisión que produce efecto de *cosa juzgada material*, en vista de que dictada y ejecutoriada —la sentencia constitucional— no cabe sobre ella recurso alguno que permita modificar su sentido.

Los precedentes constitucionales, se distinguen de otra clase de precedentes obligatorios porque se ocupan de los derechos constitucionales. El precedente constitucional contiene una particularidad diferente a la ley: *tiene efecto retroactivo*. Una vez que se emite la sentencia constitucional, esta puede ser usada para resolver un conflicto, cuyos hechos han ocurrido antes de que se dicte el precedente.

Por su parte, las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia, solo constituirán jurisprudencia obligatoria y vinculante, cuando «*las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia [...] reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto*» (Art. 185 CRE). Resulta una condición que —sobre un hecho concreto y determinado— se emitan tres sentencias para que la decisión se convierta válidamente en jurisprudencia y, con ello, se vuelva aplicación inexcusable e imperativa por todos los juzgadores, incluidos los que conforman las Salas especializadas de la Corte Nacional.

La principal característica de la sentencia de Corte Nacional es ser una resolución privada o *inter partes* que afecta a las partes que intervienen en el litigio. Esta clase de sentencia produce efecto de *cosa juzgada formal*. Es decir, sobre esa resolución, por excepción, cabe el recurso extraordinario de protección; cuando en la sentencia se violan derechos que reconoce la Constitución. Y, al igual que los precedentes constitucionales, *la jurisprudencia legal vincula y obliga* a todos los jueces del país.

La jurisprudencia legal en todos los casos interpreta y concretiza el alcance y sentido de reglas legales. En ocasiones esta jurisprudencia crea derecho, extendiendo el contenido y llenando el vacío existente de una regla legal. Un ejemplo es la jurisprudencia del 5-ene-2001. RO 393: 25-feb-2011, que señala: «*Se considerará como parte de la remuneración, para el pago de las indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador de conformidad con el artículo 95 del Código de Trabajo, el o los bonos o subsidios de comisariato y/o por transporte que se paguen mensualmente*».

3.7 Partes de una sentencia constitucional

3.7.1 Obiter dicta

Parte general de la sentencia. No se constituye en la parte de los antecedentes en sentido estricto, sino, en la discursiva de la sentencia,¹⁰² que permite la contextualización del problema o problemas jurídicos que se van a tratar. Esta no es vinculante ni obligatoria.

3.7.2 Ratio decidendi

Parte discursiva-jurídica de la sentencia¹⁰³ que hace el juez constitucional. Se construye a partir de principios constitucionales. Es decir, para optimizar determinado principio; establece un esquema secuencial consistente en la

¹⁰² Bhrunis Lemarie, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante -fuente directa del Derecho-*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2011, p. 74.

¹⁰³ Ibídem, p. 75.

identificación y resolución de problemas que se va planteando el juez, hasta dotarle del significado que requiere el derecho para tales circunstancias. El criterio jurisprudencial se concretiza en una regla o subregla. Es la parte obligatoria y vinculante de un precedente jurisprudencial.

3.7.3 Decisum

Parte dispositiva de la sentencia, cuyos efectos pueden ser *erga omnes*, inter partes e inter pares. Al respecto —para aclarar qué parte resulta vinculante y de obligatorio cumplimiento en el precedente— el Juez constitucional Bruhnis Lemarie, manifiesta:

Es de radical importancia asumir que el efecto de la sentencia, tiene estricta relación con la decisión del Tribunal o Corte Constitucional, la cual se origina en la disposición que consta en la parte resolutiva de la sentencia. La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en cambio hace relación a la parte motiva o de los fundamentos jurídicos de la sentencia, de la cual es parte la doctrina constitucional y las subreglas creadas por el órgano Constitucional, convirtiéndose aquello en precedente obligatorio, aplicable de forma imperativa para la resolución de casos similares ulteriores.¹⁰⁴

3.8 Clases de sentencias que emite la Corte Constitucional del Ecuador

La Corte Constitucional del Ecuador dicta distintas clases de fallos respecto del sentido y alcance de los derechos constitucionales. Estos son: *fallo fundador de línea jurisprudencial*, *fallo continuador de línea* y *fallo de cambio de línea jurisprudencial*. Para nuestro estudio es particularmente importante exponer en qué consiste y cuáles son los efectos que provoca un *fallo fundador de línea jurisprudencial*.

¹⁰⁴ Ibídem, p. 36.

3.8.1 Fallo fundador de línea

La jurisprudencia constitucional se ha tornado cada vez más imprescindible, a causa de la necesidad de obtener respuestas claras respecto de principios en relación a casos difíciles. El fallo fundador de línea jurisprudencial puede ser definido como «*el conjunto de precedentes constitucionales que se entienden coherentes entre sí y frente a supuestos fácticos análogos, y por ende hacedores de la denominada línea jurisprudencial que establece una cierta racionalidad y certeza para resolver los ulteriores casos*»¹⁰⁵. En otras palabras, se realiza una selección clasificatoria de sentencias de una materia, como por ejemplo la acción de protección. Se procede a revisar; luego, sin suspender los efectos de la sentencia, se emite el pronunciamiento de carácter jurisprudencial. La jurisprudencia vendría a ser el todo y el precedente una de sus piezas.

La primera sentencia «jurisprudencia» con carácter vinculante en sede de revisión N°. 001-10-PJO-CC, emitida por el pleno de la Corte Constitucional, al respecto, manifiesta que:

Resulta tan relevante la función que debe desempeñar la Corte Constitucional en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución, esto es, el desarrollo de jurisprudencia vinculante —horizontal y vertical— respecto a los derechos y garantías jurisdiccionales con los que debe lidiar diariamente usuarios y operadores de justicia constitucional del país. Pero, ¿Cómo hacerlo? Marcando el camino, ratificando y creando líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, presupuestos de procedibilidad, efectos, procedimiento, y por sobre todo, ilustrando y guiando a partir de sus fallos a la ciudadanía en general.

Por otra parte, una sentencia de línea fundadora puede estar integrada por sentencias hito. Entendiendo que aquellas son las que presentan cambios relevantes o «*evidencian las tensiones que generan los*

¹⁰⁵ Ibídem, p. 68.

salvamentos de votos»¹⁰⁶. A su vez, pueden servir para modificar justificadamente la línea jurisprudencial. En efecto, Roberto Bruhnis Lemarie, señala que las sentencias fundadoras de hito se subclasifican en: a) sentencia fundadora de línea, que son de carácter doctrinal; y, b) sentencia consolidadora de línea, las cuales la Corte Constitucional conceptualiza como una subregla de derecho constitucional.

El fallo de línea jurisprudencial es el método para generar orden en las resoluciones y precedentes que han sido dictados por la misma Corte Constitucional. Es la manera de fijar un estándar que guíe el desarrollo y perfeccionamiento de las decisiones, con el propósito de lograr seguridad jurídica. En este sentido Diego López Medina, es muy claro al señalar que la jurisprudencia consiste en acotar el patrón factico concreto, identificar las sentencias más relevantes dentro de la línea jurisprudencial y construir teorías estructurales.¹⁰⁷

La jurisprudencia constitucional —sea esta fundadora, consolidadora o de cambio de línea— busca interpretar los derechos constitucionales que, como hemos señalado, se expresan en forma de principio y, dada su morfología normativa, exigen un esfuerzo significativo para la construcción de reglas jurisprudenciales, puesto que esta es su razón de existir y la ocupación por excelencia de la jurisprudencia constitucional.

3.9 La sentencia y la jurisprudencia constitucional

No debemos confundir las dos clases de resoluciones que emanan de la Corte Constitucional. Si bien, ambas ejecutorias comportan una *ratio decidendi* de carácter vinculante y obligatorio para toda autoridad y ciudadano, ello no significa que sean iguales; pues la sentencia constitucional vendría a ser una consecuencia del criterio a seguir impuesto por la sentencia que tiene el carácter de jurisprudencia.

¹⁰⁶ Ibídem, p. 69.

¹⁰⁷ López Medina, Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009, p. 139.

El precedente constitucional es el resultado de resolver un conflicto en la concurrencia de un caso concreto vinculado con la vulneración de principios constitucionales. Mientras que la jurisprudencia constitucional es el equivalente a la maquinaria que traza una ruta, que inaugura el camino sobre el cual, forzosamente, al ser el único camino despejado, el precedente deberá transitarlo, sin salirse de sus bordes, sino por excepción y motivadamente.

Es innegable el valor del precedente constitucional, como fuente del derecho. La Constitución y la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional así lo han concebido. Por la cercanía que tiene el precedente con las circunstancias fácticas, resulta ventajoso la interpretación de normas-principios. Por ello, se constituye en el mejor instrumento para crear derecho, sobre todo, por lo adecuado que resulta, en la búsqueda de transmitir seguridad jurídica al ordenamiento.

Por otra parte, el precedente constitucional se presume conocido y de aplicación obligatoria. Con ello, no hace falta alegarlo, ya que es obligación de toda autoridad administrativa o judicial verificar permanentemente la existencia de precedentes que traten asuntos similares, para el caso que los ocupa. En este sentido, bien podría una autoridad ser sancionada por inaplicar un precedente producto del desconocimiento.

3.10 La jurisprudencia constitucional y los derechos fundamentales

En vigencia del modelo centro-legalista, se creía que el legislador podía, por medio de la Ley, resolver todas las situaciones conflictivas que se presentaran en sociedad. La experiencia jurídica ha demostrado que la Ley resulta insuficiente para regular las especificidades y complejidad que suponen las relaciones sociales; pues los preceptos legales no pueden modificarse al ritmo que cambian aquellas.

Por ello, actualmente la jurisprudencia constitucional es determinante en tanto el objetivo de construir un ordenamiento jurídico completo, coherente y unitario. Por la jurisprudencia constitucional es posible dotarle de contenido

normativo a los preceptos constitucionales, porque se lo hace en relación a circunstancias fácticas específicas (Art. 11 N° 8). De este modo, es labor de la Corte Constitucional, a través de la jurisprudencia, tejer el contenido abstracto de los derechos constitucionales —que son punto de partida—, para diseñar reglas y sub-reglas específicas ulteriores, aplicables a multitud de casos.

3.11 Los límites entre la legalidad y constitucionalidad de los derechos

Empiezo el desarrollo de este apartado, citando lo que representa una aproximación para distinguir los ámbitos de la legalidad y constitucionalidad de un derecho. Para el efecto, replico la pregunta que se planteó la Corte Constitucional en la Sentencia constitucional N°021-10-SEP-CC: ¿los hechos que caracterizan el caso concreto son susceptibles de un análisis de mera legalidad o de constitucionalidad? respondieron así:

Cabe aclarar que cuando esta Corte hace referencia a dos niveles de reflexión: el de legalidad y el de constitucionalidad, no pretende disminuir la importancia del primero y engrandecer el ejercicio del segundo. Por el contrario, más allá de una simple jerarquía es necesario considerar que determinados problemas de carácter jurídico encuentran solución eficaz en un nivel de análisis de legalidad, y otros de constitucionalidad. Evidentemente la cuestión se torna más compleja ante la difícil tarea de establecer un límite exacto entre el nivel de reflexión constitucional y un nivel de reflexión legal de un derecho.

Para la Corte Constitucional establecer un límite exacto entre «el nivel de reflexión constitucional y el nivel de reflexión legal de un derecho» es una tarea compleja, que exige del operador jurídico sólidos conocimientos teóricos y dogmáticos, como requisito para emprender un examen exegético de la norma y de los hechos. Por ello, a partir del estudio y análisis de un caso real (acción de protección), abordaremos los criterios doctrinarios y jurisprudenciales, que nos

proporcionarán un nivel de certeza significativo, acerca de cómo delimitar concretamente la faceta legal y constitucional de los derechos.

Antes, debemos aterrizar de modo preciso la respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son y en qué consisten las características que permiten identificar, y por ende distinguir, un derecho fundamental de uno patrimonial? El profesor Luigi Ferrajoli, como quedo expuesto, propone una distinción teórica, estructural y estipulativa de los derechos fundamentales y patrimoniales, quien sostiene, está compuesta de cuatro características, que a continuación paso a desarrollar.

Primera tesis: Los derechos fundamentales (que incluyen la vida, libertad, los civiles, como el de adquirir y disponer de bienes objeto de propiedad, políticos y sociales) son *universales* porque «corresponde a todo sujeto en igual forma y medida»¹⁰⁸. Mientras que los derechos patrimoniales (el derecho sobre las cosas- propiedad, y los de crédito) son *singulares* porque para cada objeto concreto — celular, casa, carro— existe un titular determinado, y le corresponde en diferente cantidad y calidad. Los derechos fundamentales son inclusivos y *forman la base de la igualdad jurídica*. «Todos somos libres de exponer nuestro pensamiento, somos libres de disponer de los bienes que nos pertenecen, todos somos titulares del derecho a la salud o educación»¹⁰⁹. Pero en relación a los derechos patrimoniales «cada uno de nosotros es propietario o acreedor en diversa medida y forma: yo soy propietario de la vivienda en la que habito, es decir de objetos diversos de los que tiene X, y de los que yo, no soy propietario»¹¹⁰. Por tanto, la categoría de fundamental «implica tener *derecho a ser propietario* (a ser trabajador, empresario o acreedor) conexo a la capacidad jurídica; así como el *derecho a disponer* de bienes de propiedad conexo a la capacidad de obrar»¹¹¹.

Ahora bien, precisamente en virtud de su universalidad formal, es que los derechos fundamentales sirven «para proteger al más débil frente a cualquiera», sea para «tutelar a la mujer contra el padre o el marido, al menor contra los

¹⁰⁸ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 30.

¹⁰⁹ *Ídem*.

¹¹⁰ *Ídem*.

¹¹¹ *Ibídem*, p. 31.

progenitores»¹¹², y cualquiera sea la situación jurídica del transgredido y la forma de opresión que lo afecta. Entonces, son universales no porque de facto sean gozados por todos, «sino solamente porque están atribuidos a todos y en garantía de todos. Por tanto, decir que un determinado derecho es fundamental «quiere decir que todos son igualmente titulares del mismo»¹¹³. Por eso es que, la idea de «universal» se entiende tan sólo «en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares»¹¹⁴ de los derechos considerados fundamentales. Y así, se protegen como «universales», tanto la libertad personal y de pensamiento, como los derechos políticos, sociales y otros similares.

Segunda tesis: Los derechos fundamentales son derechos «*indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos*»¹¹⁵. En cambio, los derechos patrimoniales (de la propiedad privada a los derechos de crédito) son derechos «*disponibles por su naturaleza, negociables y alienables*»¹¹⁶. Los derechos sobre el patrimonio permiten acumulación. Los derechos fundamentales permanecen invariables. De ahí que, «no cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos»¹¹⁷. Los derechos patrimoniales al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, «se adquieren, cambian, venden. Los derechos fundamentales como la libertad, la facultad de adquirir y disponer, la vida, no se pueden vender, cambiar ni acumular»¹¹⁸.

Tercera tesis: La tercera diferencia es que los derechos fundamentales son «*normas*» y los derechos patrimoniales están «*predisuestos por normas*». Por ejemplo: la inviolabilidad de la vida está dispuesta en el Art. 66, N° 1 CRE, y no es otra cosa que la prescripción jurídica que la misma expresa; mientras que, los derechos patrimoniales son actuaciones predispuestas por normas legales. El

¹¹² Contreras, Sebastián, *Ferrajoli y los derechos fundamentales*, Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos), 2012, p. 133. citando a “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, nº 122, 2008, pp.1135-1145.

¹¹³ *íd*.

¹¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 30.

¹¹⁵ *Íb*dem, p. 31.

¹¹⁶ *Íd*.

¹¹⁷ *Íd*.

¹¹⁸ *Íb*dem, p. 32.

Profesor Ferrajoli denomina normas téticas las que disponen situaciones expresadas mediante ella, como los mandatos (derechos fundamentales), las prohibiciones y las obligaciones. En cambio, les llama normas hipotéticas las que no adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino predisponen situaciones jurídicas como efecto de los actos previstos por ellas. En otras palabras, los derechos patrimoniales se expresan en reglas¹¹⁹.

Cuarta tesis: La cuarta diferencia consiste en que los derechos fundamentales imponen una relación «vertical» entre el particular y el Estado (básicamente de garantía). Y los derechos patrimoniales una relación «horizontal» porque son relaciones intersubjetivas de tipo civilista (contractual, sucesorio y similar)¹²⁰.

Habiendo determinado con claridad las implicaciones y estándares caracterizadores de los derechos fundamentales y patrimoniales, pasemos inmediatamente a examinar una acción de protección, cuyo conflicto tiene relación con el derecho a la propiedad.

3.12 Un caso de acción de protección (derecho a la propiedad):

Justificación

El caso que a continuación se presenta, es una acción de protección que — como todas —, se enfrenta al problema de determinar si del hecho concreto se desprende la vulneración del ámbito fundamental de un derecho, debiendo en consecuencia, activarse la justicia constitucional.

Se trata de un caso cotidiano, que se constituye en un reflejo inequívoco de la realidad procesal en materia de garantías constitucionales. De ahí, que lo haya escogido como un modelo didáctico para mi estudio.

¹¹⁹ Ibídem, p. 33.

¹²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 29-35



Este proceso me permitirá demostrar que los operadores de justicia (en el caso que nos ocupa) confunden un derecho patrimonial (derecho sobre un bien inmueble) con un derecho fundamental (facultad de ser propietario).

Finalmente, el estudio del caso es útil porque exhibe los elementos de hecho que permiten aplicar las normas-principio, jurisprudencia, y el estándar teórico de universalidad e imponibilidad, para arribar a valiosas conclusiones respecto al distingo entre los derechos fundamentales y patrimoniales.

3.12.1 Antecedentes

Isabel León Baluarte, con fecha 8 de junio del 2015, interpone acción de protección contra Ana Baluarte, Robert V. y Melissa M., alegando vulneración a sus derechos constitucionales.

La acción de protección, recayó ante el Juez Gabriel Romero de la UJFMNA, con N° 2015-02453. En segunda instancia el proceso recayó ante la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro.

3.12.2 Identificación de los sujetos procesales

El legitimado activo es la señora Isabel León Baluarte. La legitimación pasiva está compuesta por Ana Baluarte, Robert V. y Melissa M.

3.12.3 Derecho presuntamente vulnerado

El derecho presuntamente vulnerado según la accionante es el derecho a la propiedad contenido en el numeral: 26 del artículo 66 de la Constitución de la Republica, que refiere al derecho a la propiedad en todas sus formas.

3.12.4 Relación de los hechos propuestos por los sujetos procesales

A foja 3 del proceso, Isabel León Baluarte manifiesta que, es propietaria en un 50% del inmueble X en calidad de heredera, debido a que el dueño, su padre Cesar León falleció. No obstante, su madre Ana Baluarte vendió el inmueble X a terceros, alegando, con certificación, ser su única propietaria.

Isabel arguye ostentar derechos y acciones en calidad de heredera sobre el referido inmueble. Por tanto, señala que la venta fue ilegal, pues ella no ha firmado el contrato para que sea válida.

Por su parte, los nuevos propietarios Robert V. y Melissa M., emprenden proceso judicial de desalojo en contra de Isabel, dado que no quiere salir del inmueble.

3.12.5 Justificación procesal de la veracidad de los hechos afirmados en la acción

A foja 14 de la causa, consta el certifico del Registro Municipal de la Propiedad de Machala, que otorga la calidad de propietaria a la accionada, señora Ana Baluarte.

A fojas 99, se registra el trámite de desahucio y copias de expediente con notificación de desahucio remitido por la Notaría Segunda del cantón Machala.

3.12.6 Valoración jurídica de las pruebas y resolución

Por no existir en el proceso ningún medio probatorio que justifique la calidad de heredera de la señora Isabel León Baluarte, se dispuso:

a) Declarar sin lugar la acción de protección por no haberse determinado la vulneración de un derecho fundamental; b) Es un conflicto de carácter legal por tener relación con derechos sucesorios que pueden sustanciarse, de ser el caso, por vía ordinaria. En apelación fue ratificada la sentencia en todo su contenido

3.12.7 Análisis jurídico

Para el tratamiento del caso subexamine, corresponde realizar las siguientes ilustraciones:

1. De acuerdo a lo señalado por Isabel, se le ha vulnerado su derecho a la propiedad al desalojarla de su vivienda X, debido a que, es dueña del 50% en calidad de heredera. Además añade ha mantenido sobre el inmueble X posesión ininterrumpida por más de 16 años.
2. El derecho a la propiedad se encuentra reconocido por la Constitución como un derecho fundamental, en su artículo 66, numeral 26.
3. Según la Corte Constitucional, en el precedente N°021-10-SEP-CC, determinó que «el Derecho a la propiedad implica una realidad que tiene relación con el ejercicio de un derecho real sobre el cual se ejerce la potestad de uso, goce y disposición; negocios jurídicos sobre los bienes; compra y venta de los mismos; sucesión por causa de muerte, etc. Estas son cuestiones reguladas básicamente por el Código Civil y el Procedimiento Civil, siendo por lo tanto una realidad que encuentra solución, ante un potencial conflicto, en un nivel de legalidad. Sin embargo, el derecho de propiedad podría ser objeto de un análisis en la dimensión constitucional, cuando los hechos en los que está en juego el derecho, sobrepasan las características típicas del nivel de legalidad, es decir, que no podrán ser abordados de manera global con los procedimientos y reglas contenidos en las leyes y que merecen una elucubración no meramente instrumental, sino esencial del derecho».
4. Dado esto, cabe preguntarse: ¿la figura del desalojo, en algún escenario puntual, podría vulnerar el derecho fundamental a la propiedad? Sabiendo que, de ocurrir un hecho que sobrepase las características típicas del nivel patrimonial o legal se vulneraría el derecho a la propiedad, la Corte Constitucional en la misma sentencia N°021-10-SEP-CC, ha propuesto ejemplificativamente, y de modo general, una respuesta; «es posible que un ciudadano de manera imprevista, sea desalojado de un inmueble de su propiedad por parte de un poder público o privado, sin que haya mediado

orden judicial expresa, sin que dicho inmueble haya estado formalmente comprometido en ninguna situación que pueda devenir en una ruptura del lazo de propiedad frente al poseedor (sujeto a sucesión, intermediación del título de propiedad, objeto de garantía real como una hipoteca), caso en el cual las características de los hechos sobrepasan la dimensión de la legalidad, pues su solución va más allá de la aplicación de normas como el código civil y de procedimiento civil, e implican la entrada a otra dimensión, en este caso la constitucional, pues ya no está en juego únicamente el ejercicio del derecho real sobre un inmueble, sino cuestiones como la integridad del ciudadano, el irrespeto por parte de poderes superiores, la situación de impotencia en la que el ciudadano es colocado, entre otros».

5. Pero, en el caso que nos ocupa ¿cómo determinar, concretamente, si existió vulneración al ámbito fundamental del derecho a la propiedad? Para arribar a tal conclusión, el hecho (desalojo) debe someter a un razonamiento de filtro, que lo constituye un doble estándar: «*universalidad e imponibilidad*». El de universalidad, implica que Isabel —al igual que todos— por el hecho de ser ciudadana tiene adscrito a su ser *el derecho a ser propietaria*. Mientras que, el de imponibilidad implica que todos los derechos fundamentales son «*inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*» (Art. 11, N° 6 CRE).
6. El problema se reduce a que la accionante confunde «***la facultad de adquirir bienes o facultad de ser propietario de una inmueble***», con «***el derecho real sobre la porción sucesoria que en calidad de heredera le corresponde***». El primero refiere al derecho fundamental. El segundo son facultades predispostas por normas legales, esto es: derechos patrimoniales.
7. Ahora bien, suponiendo que efectivamente Isabel sea propietaria de los derechos hereditarios sobre el bien X, *¿puede disponerlos en venta?* De conformidad con el artículo 1740 del Código Civil sí se pueden vender, porque la naturaleza de los bienes y créditos lo permite; y aún más, jurídicamente se pueden comprar o donar, porque son negociables, y por ende acumulables y disponibles. Análogamente formulemos la misma

interrogante: *¿se puede vender la facultad de adquirir un bien inmueble?* No, porque su enajenación esta proscrita (Art. 11, N° 6 CRE). Pero además, porque no cabe *tener jurídicamente más facultad para ser propietario que otros*, como no cabe ser jurídicamente más libre que los demás. Es decir, la facultad de adquirir cosas es invariable, por tanto, no acumulable, indisponible y no negociable. Si se le despojara a una persona de la facultad jurídica para ser propietario, implicaría que los derechos fundamentales dejan de ser *universales*, y por ende disponibles. En efecto, que un derecho fundamental no sea gozado en igual forma y medida por todos, admite tácitamente que pierde la condición de fundamental, para decaer y ubicarse en el nivel de los derechos patrimoniales, con todo lo que ello implica.

8. Además, y en uniformidad al criterio emitido (vinculante y obligatorio) por la Corte Constitucional en la sentencia N°021-10-SEP-CC, en este proceso no se configuro un escenario por el cual, el inmueble **X** se haya comprometido formalmente en alguna situación que pueda devenir en la vulneración del derecho fundamental a la propiedad, pues consta del proceso que el desalojo se efectuó válidamente.
9. Por lo expuesto, se concluye que la sentencia del caso está bien dada, porque se ha demostrado que la pretensión —de justificarlo en jurisdicción ordinaria— se encasilla perfectamente en las características típicas del ámbito patrimonial del derecho a la propiedad. En consecuencia, la justicia ordinaria la vía idónea para solventar el conflicto porque no vulnera ningún derecho fundamental.

3.13 ¿Cuáles son los derechos fundamentales?

Habíamos señalado que la definición teórica de ferrajoli, tiene por objeto determinar «*qué son los derechos fundamentales*» pero no «*qué derechos son fundamentales en un ordenamiento positivo concreto*»¹²¹ ya que, la característica

¹²¹ Contreras, Sebastián, *Ferrajoli y los derechos fundamentales*, Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos), 2012, p. 127.

de universalidad, «es una idea «vacía», sin contenido, donde reside precisamente su valor teórico»¹²², porque su significado, depende de lo que pongamos en su interior». Por consiguiente es una definición neutral porque prescinde describir las necesidades y bienes sustanciales de los sujetos. A este respecto, Sebastián Contreras dice:

Precisamente porque ésta no es más que una definición puramente estipulativa, “no nos dice [...] cuáles son, en cada ordenamiento, los derechos fundamentales y, ni siquiera, cuáles deberían ser, en cualquier ordenamiento, los derechos que deben sancionarse como fundamentales”. Lo que nos dice “es únicamente [...] la forma o estructura lógica de los derechos que convenimos en llamar fundamentales”, indicándonos “que si queremos garantizar un derecho como «fundamental» debemos sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general, y por tanto confiriéndolo igualmente a «todos»”¹²³

De este modo, la pregunta de *¿cuáles son los derechos fundamentales?* Es una cuestión que solo puede ser ilustrada desde la dogmática luspositivista o desde una tesis moral o política del lusnaturalismo; ya que, la teoría del Derecho, no podría ocuparse del contenido de un derecho, pero sí, de los elementos que hacen que ese contenido sea fundamental.

En efecto, para el luspositivismo, son derechos fundamentales aquella expectativa positiva o negativa adscrita a todos los sujetos por una norma jurídica positiva. Y para el lusnaturalismo, que se basa en una concepción filosófica de la justicia y moral, determina que se debe escoger, y por ende justificar, las expectativas positivas o negativas que se van a proteger, por considerarlas fundamentales.

¹²² Ídem

¹²³ Contreras, Sebastián, *Ferrajoli y los derechos fundamentales*, Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos), 2012, p. 126. Citando a Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 141-142.

Es evidente que la Constitución del 2008, acoge de manera armónica la concurrencia de ambas corrientes del pensamiento jurídico, al prescribir que los derechos fundamentales son los reconocidos en la Constitución, permitiendo, sin embargo, que tales derechos puedan ser creados en determinadas circunstancias, como una derivación de la dignidad humana (Art. 11, N° 7 CRE). La carga lusnaturalista, casi ni se percibe en la Constitución ecuatoriana, debido a que, el extenso catálogo de derechos que contiene, permite afirmar que son escasos los derechos que no se encuentran positividades en ella; pese a lo cual, el reconocimiento axiológico de lo no escrito también es una garantía que la propia Ley Suprema establece.

Pero, ¿qué necesidades o intereses merecen ser considerados fundamentales?

El avance de la ciencia y tecnología ha llevado a que las relaciones humanas se tornen mayormente complejas; siendo inevitable que nuevos intereses y necesidades sean reconocidos como sustanciales, y por tanto, en calidad de derechos, para que los ciudadanos no perezcan ante una realidad infranqueable.

En este sentido, cabe preguntarnos ¿qué atribuciones debe tener un interés para que sea ascendido al nivel de derecho fundamental? Las necesidades que conciernen al ámbito de la personalidad están subordinadas a la voluntad política de un pueblo para reconocer que determinado interés es digno de protección constitucional. En efecto, en el Ecuador son tres las vías por las cuales una necesidad o interés podría ser elevado a rango de derecho fundamental: 1) el referéndum solicitado por el Presidente de la Asamblea Nacional, las dos terceras partes de la Asamblea Nacional o por pedido del 8% de ciudadanos inscritos en el patrón electoral (Art. 441 CRE); 2) sentencias de la Corte Constitucional; y 3) por medio de una Asamblea Constituyente. Muestra de ello, es que, con la vigencia de la Constitución del 2008 se reconoció como un derecho fundamental, el interés por restaurar y proteger a la naturaleza de todo impacto ambiental grave o permanente como un derecho fundamental (Art. 71 y 72 CRE).

De este modo, así como el derecho a una vivienda digna o los derechos de la naturaleza se consideran intereses vitales para diseñar nuestro proyecto de vida y lograr la realización de los propósitos que tengamos, con el devenir del tiempo, el acceso a internet o poseer un Smartphone, podrían llegar a constituirse en derechos fundamentales; pues en la actualidad, actividades como trabajar, estudiar, comprar, realizar trámites y negocios se ejecutan en línea, y su uso se ha vuelto tan frecuente, que el móvil podría considerarse una extensión del cuerpo, y tan necesario como la libertad de transitar.

Toda propuesta que pretenda transmutar de interés a derecho fundamental requiere de una sólida justificación, capaz de sostenerse en estudios sociológicos, económicos e históricos suficientemente demostrativos y convincentes; de tal manera, que, se concluya sin equívocos de la necesidad de considerar a un interés como derecho fundamental. En efecto, son circunstancias que nos evoca a replantear lo que debemos considerar y proteger en calidad de derecho fundamental, pues muchas de las cosas e intereses que antes nos parecían frívolos, hoy parecerían indispensables para ejercer y materializar otros derechos.

Ahora bien, para que un determinado interés esencial, se considere jurídicamente un derecho fundamental, se le debe atribuir la garantía de «universalidad e indisponibilidad», que según Ferrajoli, «son las formas a través de las cuales se tutelan igualmente determinadas necesidades o intereses convenidos como fundamentales en un ordenamiento determinado»¹²⁴. De ahí que, Suiza ha reconocido al estudio de la música y el canto como derechos fundamentales¹²⁵, o como piensa Ferrajoli, «incluso el derecho a ser saludado por la calle o el derecho a fumar [...] serían derechos fundamentales si fuesen atribuidos a determinados sujetos en su calidad de personas o de ciudadanos»¹²⁶. Al contrario, por ejemplo, la vida, la libertad personal o los derechos de participación, son derechos fundamentales «no tanto porque correspondan a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles». Por ende, «allí donde estuviera permitida su disposición —por ejemplo, admitiendo la

¹²⁴ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 154

¹²⁵ En Suiza, la música y el canto ya son derechos fundamentales, gracias a que la población en el año 2013 lo aprobara en plebiscitos con el 72,7%.

¹²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 79.

esclavitud, o permitiendo que el voto o la vida de cualquier forma sean alienables—éstos resultarían también (degradados a) derechos patrimoniales»¹²⁷.

3.14 Criterios construidos casuísticamente para precisar la legalidad, y descartar la constitucionalidad de un derecho

La doctrina ha diseñado una conceptualización identificadora de las cuestiones que comportan las características de los derechos fundamentales y patrimoniales, facilitando de este modo, la exclusión de la vía ordinaria, o la activación de la justicia constitucional, cuando del hecho litigioso se desprenda violación a los estándares que caracterizan al derecho fundamental.

Por su parte la Corte Constitucional, en relación a la determinación de los derechos fundamentales, ha preferido en vez de instituir fórmulas objetivas de identificación, ir determinando casuísticamente y de modo concreto cuándo una vulneración de derechos se enmarca en el ámbito de la legalidad;¹²⁸ y con ello reducir la brecha de abstracción —sino confusión— respecto de los asuntos que merecen ser tratados en la justicia constitucional. Veamos:

1.- Con respecto a los actos administrativos, la Corte Constitucional en la sentencia N°028-10-SEP-CC de 10 de Junio de 2010, ha señalado:

Independientemente del contenido del acto de autoridad pública, la acción es procedente simple y llanamente si existe violación constitucional, caso contrario sería un acto de mera legalidad, en cuyo caso procede su reclamo en las vías a las que se refiere el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, particular que, necesariamente, debe realizarse a través de sentencia, en donde se resuelve el asunto de fondo.

¹²⁷ Ibídem, p. 32. (ambas citas)

¹²⁸ Ibídem, p. 126.



2.- En lo relativo a la interpretación errónea de normas legales, la Corte Constitucional mediante Sentencia N° 016-13-SEP-CC ha sido enfática al manifestar:

La naturaleza de las garantías jurisdiccionales determina la tutela y protección de derechos constitucionales y del debido proceso; en aquel sentido, los conflictos que pudieren generarse respecto a la aplicación errónea o mala interpretación de las disposiciones normativas infra constitucionales no pueden ser objeto del análisis por parte de la justicia constitucional vía garantías jurisdiccionales de los derechos, puesto que para ello existen los intérpretes normativos competentes.

3.- Del mismo modo, en el caso de existencia de antinomias legales, la Corte Constitucional en la sentencia N° 021-13-SEP-CC, ha sido clara en señalar que los métodos aplicables son los de la legalidad:

Al presentarse un conflicto de aplicación de normas, no se evidencia la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales o al debido proceso. Por el contrario, se demuestra que el conflicto se suscita dentro del ámbito puramente legal que cuenta con un mecanismo de defensa judicial adecuado; por lo que, constituye materia que le corresponde conocer a la justicia ordinaria y no a la justicia constitucional

4.- Cuando se trate de reconsideración de los montos recibidos por concepto de su jubilación voluntaria, la Corte Constitucional, a través de la sentencia N°023-13-SEP-CC, estima que la negativa de los jueces de instancia sobre tal pedido es correcta, pues aquella pretensión constituye un asunto de estricta legalidad:

Los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al resolver la apelación, realizaron un ejercicio hermenéutico acorde con las disposiciones contenidas en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en aquel sentido, dada la naturaleza de la garantía, establecieron que las pretensiones de los accionantes no se encasillaron dentro de un escenario constitucional; al contrario, se detectó que la misma se encontraba relacionada con las diferencias en cuanto al monto a recibir por concepto de jubilaciones voluntarias.

5. Cuando se discutan derechos comprometidos en cláusulas contractuales, la Corte Constitucional en la sentencia N° 140-12-SEP-CC, al respecto señaló que:

No es procedente entablar acción de protección cuando la pretensión de la misma se reduzca al cumplimiento de las disposiciones contractuales, como ocurre en el presente caso, pues para ello el ordenamiento jurídico provee en sede administrativa o vía jurisdiccional el camino diseñado para la protección de cláusulas contractuales, situación que es prevenida en el artículo 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Tratándose de contratos, eventualmente, cualquier asunto pudiera ser sustanciado en vía constitucional, si dentro de la discusión contractual se hallase comprometido cualquier derecho fundamental, como el derecho al agua; estableciendo, por ejemplo, una cláusula genérica que refiera la renuncia total o parcial del derecho a acceder al líquido vital.

Conclusiones y recomendaciones

Del presente trabajo resultan las siguientes conclusiones:

- La acción de protección solo procede cuando del proceso se constate una real amenaza o vulneración de un derecho de categoría constitucional (Art. 88 CRE).
- Los derechos constitucionales no son únicamente los que constan positivizados en la Constitución, sino incluso aquellos que esta reconoce; tales como los previstos en los instrumentos internacionales, jurisprudencia, e incluso los que devienen de la dignidad del ser humano a pesar de no estar escritos (Art. 11 N° 7 CRE).
- Los derechos *fundamentales* y los derechos *constitucionales* no son categorías distintas de derechos. La primera refiere a los clásicos derechos humanos como: vida, dignidad, libertad y propiedad. La segunda abarca, además de los clásicos, a los de actualidad que incluye la seguridad jurídica, protección a la naturaleza, salud, educación, vivienda, etcétera. Es una categoría equivalente, pero que denota mayor amplitud.
- Ante una disposición constitucional —que frente a un hecho resulte conflictiva su aplicación—, el ordenamiento ha previsto ocho métodos y reglas de interpretación constitucional. Dado que no existe regulación que obligue al juzgador usar uno u otro método hermenéutico, está en la libertad con observancia de los hechos a aplicar de forma individual o concurrente el método que estime pertinente.
- Las sentencias constitucionales componen la fuente del derecho. Cada precedente constitucional contiene una *ratio decidendi* de una decisión que es la parte vinculante y obligatoria. Y debe poder ser formulada como una regla jurisprudencial —o subregla— que fije el contenido constitucionalmente protegido por el principio.
- Identificar los derechos fundamentales supone, previamente, entender que las normas jurídicas se dividen en dos categorías prescriptivas: reglas y principios. Las reglas se formulan a través de un caso hipotético y una consecuencia jurídica, su razonamiento por tanto es subsuntivo; y son la

expresión de los *derechos patrimoniales*. Mientras que los principios se formulan como normas téticas o mandatos de optimización que exigen del juzgador constitucional que algo sea cumplido en la mayor medida que las circunstancias fácticas y jurídicas lo permitan. Y comportan en ellas los *derechos fundamentales*.

- Los derechos fundamentales se caracterizan por ser *universales* porque corresponde a todo sujeto en igual forma y medida. Mientras que los derechos patrimoniales (el derecho sobre las cosas-propiedad, y los de crédito) son *singulares* porque para cada objeto concreto —celular, casa, carro— existe un titular determinado, y le corresponde en diferente cantidad y calidad.
- Los derechos fundamentales son derechos *indisponibles*, *inalienables*, *inviolables*, *intransigibles* y *personalísimos*. En cambio, los derechos patrimoniales son derechos *disponibles por su naturaleza*, *negociables* y *alienables*.
- Los derechos sobre el patrimonio permiten acumulación. Los derechos fundamentales permanecen invariables. Por eso, no cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos.
- Los derechos fundamentales como la libertad, la facultad de adquirir y disponer, la vida, no se pueden vender, cambiar ni acumular. Los derechos patrimoniales al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquieren, se cambian o se venden.
- Los derechos fundamentales son *normas* y los derechos patrimoniales están *predisuestos por normas*. De ahí que, la inviolabilidad de la vida está dispuesta en el Art. 66, N° 1 CRE, y no es otra cosa que la prescripción jurídica que la misma expresa; mientras que, los derechos patrimoniales son actuaciones predisueltas por normas legales.
- Los derechos fundamentales imponen una relación *vertical* entre el particular y el Estado (básicamente de garantía). Y los derechos

patrimoniales una relación *horizontal* porque son relaciones intersubjetivas de tipo civilista (contractual, sucesorio y similar).

- Un determinado interés esencial, se considerará jurídicamente un derecho fundamental, si se le atribuye la garantía de *universalidad* e *indisponibilidad*. En consecuencia, la vida, la libertad personal o los derechos de participación, son derechos fundamentales no tanto porque correspondan a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles. Por ende, allí donde estuviera permitida su disposición —por ejemplo, admitiendo la esclavitud, o permitiendo que el voto o la vida de cualquier forma sean alienables— éstos resultarían también (degradados a) derechos patrimoniales.
- La Corte Constitucional ha determinado mediante casos concretos, lo que no debe ser resuelto a través de acción de protección por identificarse con los derechos patrimoniales; tal es el caso de la inconformidad respecto de montos a pagar, cuantificación de indemnizaciones por despido, cumplimiento de disposiciones contractuales, antinomias entre normas de rango legal o errónea interpretación de una ley. A pesar de existir controversias que están relacionadas con derechos constitucionales no hay evidencia que haya provocado su vulneración.

Con base en las conclusiones expuestas se desprenden las siguientes recomendaciones:

- Las escuelas de Derecho deben hacer énfasis en la enseñanza teórica-doctrinaria y jurisprudencial, ya que es la única creación normativa que suministra los estándares para determinar las diferencias entre derechos fundamentales y patrimoniales.
- La Corte Constitucional en sus precedentes debe procurar la creación de reglas o subreglas y no criterios jurisprudenciales —*ratio decidendi*— abiertos, que lejos coadyuvan a la exactitud de las esferas de derechos fundamentales y patrimoniales, genera imprecisión.



- Desde la academia se debería proponer la creación de un sistema informático que recoja los últimos avances doctrinarios y jurisprudenciales, para que el estudio de los derechos fundamentales y patrimoniales sea: sencillo, ordenado y sin ambigüedades.



Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012.
- ANDRADE QUEVEDO, Karla, Manual de Justicia constitucional ecuatoriana -la acción de protección desde la jurisprudencia constitucional- Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, Quito, 2013.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador –El estado y el derecho en la Constitución de 2008-*, Quito, Abya-Yala, 2011.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana, Quito, Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2012.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación –concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2010.
- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge y LEUSCHNER LUQUE, Erick, Sobre neoconstitucionalismo principios y ponderación –notas desde la teoría y filosofía del derecho-, Guayaquil, 2011.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Departamento de publicaciones de la Universidad de Externado de Colombia, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *estudio introductorio a la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2011.
- BHRUNIS LEMARIE, Roberto, *Jurisprudencia constitucional vinculante –fuente directa del Derecho-*, Quito, Cevallos editora, 2011.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ecuador, Registro oficial N° 737, enero 3 del 2003.
- CÓDIGO CIVIL, Ecuador, Codificación 10, Registro oficial suplemento N° 46, junio 24 del 2005.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ecuador, Registro oficial N° 449, lunes 9 de octubre del 2008.
- CONTRERAS, Sebastián, Ferrajoli y los derechos fundamentales, Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos), 2012.
- CUEVA CARRIÓN, Luis, *Acción Constitucional Ordinaria de Protección*, Quito, Cueva Carrión, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

FIGUEROA MEJÍA, Giovanni, *Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular*, Cundinamarca, Díkaion, 2010.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Quién responde por la mala suerte de cada uno?, blog de responsabilidad civil y del Estado, España, núm. 43, 2014, P. 25, en derechodelaresponsabilidad.blogspot.com (6 de octubre del 2014).

GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Miguel Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2003.

GUASTINI, Riccardo, *La interpretación de las normas jurídicas*, trad. de Miguel Carbonell, Quito, Cevallos, 2015.

LEY Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Ecuador, Registro oficial N° 52, jueves 22 de octubre del 2009.

LEY de Propiedad horizontal, Ecuador, Registro oficial N° 119, octubre 6 del 2005.

LÓPEZ MEDINA, Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009.

NÉSTOR SAGÜÉS, Pedro, *El valor del precedente en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia en EEUU y Argentina, en Estudios al precedente constitucional*, Lima, Palestra del Tribunal Constitucional, 2007.

OYARTE, Rafael, *Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, p. 62.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

PRIETO SANCHIS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dikinson, 1998.

PRIETO SANCHIS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005.

REAL Academia de la Lengua Española.

REGLAMENTO a la Ley de Propiedad horizontal, Ecuador, Registro Oficial N° 270, septiembre 6 de 1999.

ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco, *La supremacía constitucional: naturaleza y alcances*, Díkaion, 2011.

TRUJILLO, Julio Cesar, *Teoría del Estado en Ecuador –Estudio de Derecho Constitucional*, Quito, Editora Nacional, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Torino, Trotta, 2007.



ZAVALA EGAS, Jorge, *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*, Quito, Edilex, 2011.

ZAVALA EGAS, Jorge, *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Guayaquil, Edilex, 2012.

ZAVALA EGAS, Jorge, Apuntes sobre neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación, acción de inconstitucionalidad, proceso constitucional, Guayaquil, 2009.

Corte Constitucional del Ecuador

SENTENCIA N.º 001-10-PJO-CC

SENTENCIA N.º 024-10-SCN-CC.

SENTENCIA N.º 002-10-SEP-CC.

SENTENCIA N.º 016-13-SEP-CC.

SENTENCIA N.º 0140-12-SEP-CC.

SENTENCIA N.º 021-10-SEP-CC:

SENTENCIA N.º 140-12-SEP-CC

SENTENCIA N.º 028-10-SEP-CC

SENTENCIA N.º 016-13-SEP-CC

SENTENCIA N.º 021-13-SEP-CC

SENTENCIA N.º 023-13-SEP-CC