

# La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraor- dinaria de protección por no ser “derecho constitucional”).

Resumen: Existen fallos en los se afirma que el “nuevo constitucionalismo” no protege únicamente los derechos fundamentales “sino todos los derechos constitucionales”, lo que se evidencia como un absurdo, ya que como hemos visto en la Constitución se protegen los derechos “constitucionales” y no existe referencia a los derechos fundamentales.

Farith Simon Campaña

## **La confusión conceptual de la autodenominada Corte Constitucional**

El uso contradictorio y confuso de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de transición no es una mera anécdota, esto se traduce en la ampliación o restricción de la protección y garantía a los derechos<sup>1</sup> constitucionales.

Una análisis de las sentencias en las que se resuelven los recursos extraordinarios de protección –desde el momento en que se autodenominaron Corte Constitucional- pone en evidencia la incomprensión de ciertos conceptos y el uso “equivocado” algunas fuentes doctrinales (del neoconstitucionalismo y el garantismo).

Uno de los aspectos que más llama la atención al revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la intención-presente en muchos de sus fallos- de realizar análisis doctrinarios vinculados a los fundamentos teóricos de la nueva Constitución. Existen análisis claramente innecesarios en los que se despliega un arsenal de autores y teorías jurídicas para referirse a la aplicación de normas o instituciones constitucionales<sup>2</sup> en las que no existe disputa o duda de su alcance. Esos fallos se

---

1 A propósito de los problemas vinculados a la diversidad del “lenguaje de los derechos” y su relevancia se puede revisar el texto “El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos” de Juan Antonio Cruz Parceró, publicado por editorial Trotta en el año 2007.

2 Por ejemplo la jerarquía constitucional, el valor de los instrumentos internacionales, la naturaleza “normativa” de la Constitución, la mera descripción del Ecuador como “estado constitucional de derechos y de justicia”, etc.

suelen centrar prioritariamente en la doctrina, por sobre las normas constitucionales. Se acumulan citas de autores como si fueran trabajos de carácter académico, muchas son parciales o sin análisis del alcance, contexto o ideología detrás de esas ideas o definiciones asumidas como propias.

Puntualizar estos temas no significa dejar de reconocer la aportación conceptual y jurídica que realizan algunas sentencias sobre aspectos en los que existía dudas, discrepancias<sup>3</sup> o sobre el alcance de ciertos derechos.

En este artículo presentaré (1) una revisión general de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, (2) contrastaré el uso de ese concepto en el nivel doctrinal, y (3) presentaré un análisis general de la manera en que los derechos están tratados en la Constitución ecuatoriana del 2008, esto para demostrar el impacto del uso de ciertos conceptos en la justificación de las opciones “morales” de los jueces constitucionales ecuatorianos, tomando como ejemplo concreto el derecho de propiedad.

Temporalmente el presente análisis cubre un período que va desde diciembre del año 2008 a marzo del 2010. Por un tema metodológico decidí centrarme en aquellas sentencias<sup>4</sup> emitidas por la autodenominada Corte Constitucional<sup>5</sup>, pero el estudio de ese lapso de tiempo no ha sido exhaustivo.

## **1. Revisión general de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de Corte Constitucional (de transición)**

La Corte Constitucional, en mi opinión, ha usado la categoría “derechos fundamentales” en cuatro formas diferentes: a) un uso amplio para referirse a todas las clases de derechos y garantías; b) como un concepto diferente y más limitado que los derechos constitucionales; c) como una categoría diferente a los derechos consti-

<sup>3</sup> Ejemplo de esto son las sentencias en que se interpreta la naturaleza del recurso extraordinario de protección, las que se revisa la naturaleza de los acuerdos arbitrales y el papel de los jueces frente a estos, varias sentencias que estudian aspectos específicos del debido proceso, etc.

<sup>4</sup> A lo largo de la Resolución de 20 de octubre del 2008, en que el Tribunal Constitucional asumió las competencias de Corte Constitucionales, se usa la categoría “derechos fundamentales”. Esta “confusión” presente de manera significativa en las “Reglas para Ejercicio de Corte Constitucional período de transición”, Resolución No. 1 de la autodenominada Corte Constitucional de 12 de noviembre del 2008, en la que se usa para referirse a las normas que contienen derechos como “derechos fundamentales” y para referirse a las normas jurídicas internacionales en la materia como “tratados internacionales de derechos humanos”. En la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, publicada en Registro Oficial Suplemento No 52 de 22 de octubre del 2009, se usa la categoría “derechos y garantías fundamentales” en una sola ocasión (artículo 101), se privilegia el “derechos constitucionales”, en cambio la noción derechos humanos se la usa para referirse a los instrumentos y organismos de derechos humanos, sin embargo en unas pocas ocasiones se usa “derechos humanos” de manera sustancial (por ejemplo artículos 66, 142, 202). Se usa el concepto derechos sin adjetivos, derechos de la persona (artículo 2), derechos intangibles (artículo 123). Además se usa “derechos de los pueblos”, “derechos de la naturaleza”, “derechos de las mujeres”.

<sup>5</sup> Los miembros del Tribunal Constitucional asumieron “el ejercicio provisional de las atribuciones constitucionales referentes al control, interpretación constitucional y administración de justicia en esa material mediante Resolución adoptada en la sesión de 20 de octubre del 2008, que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451, del 22 de octubre del 2008.

He utilizado exclusivamente las sentencias en que se desarrolla de forma alguna el concepto “derechos fundamentales”.

tucionales pero complementaria; y, d) como una categoría específica de derechos.

a) Derechos fundamentales como sinónimo de todas las clases de derechos

La tendencia jurisprudencial mayoritaria es usar indistintamente diferentes denominaciones para referirse a los derechos, usando como concepto más general “derechos fundamentales” y como sinónimos “derechos humanos” o de derechos constitucionales.

Ejemplo de la equiparación de derechos fundamentales es la sentencia del caso No. 027-09-AN<sup>6</sup>. Los jueces constitucionales expresan lo siguiente:

...Con el surgimiento del neo-constitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar los **derechos fundamentales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental**, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Constitucional de Derechos, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos. **La Corte Constitucional se encarga de la tutela de todos los derechos humanos** y garantiza su efectiva vigencia y práctica, simplemente porque sin derechos humanos, efectivamente protegidos, no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna...(resaltado no consta en el original)

Como se puede ver del párrafo citado la Corte se habla de “derechos fundamentales” de las personas, colectivos y entorno ambiental (se entiende que se refiere a la naturaleza), después se presentan algunas denominaciones de los derechos que están contemplados en la Constitución, para finalmente referirse a la categoría “derechos humanos”.

Otro ejemplo es la Sentencia del Caso No. 0001-08-EE<sup>7</sup>:

6 Sentencia de 9 de diciembre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega). En el mismo sentido y de manera textual se reproduce la cita en la Sentencias de los casos No. 0026-09-AN de 8 de octubre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 0005-09-IS de 29 de septiembre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); No 0187-2009 de 6 de agosto del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); No. 0159-09-R de 15 de julio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ;No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 1075-07-RA de 16 de junio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); Nro. 0086-09-RA de 16 de junio del 2006 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); Nro. 0060-2009-RA de 16 de junio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 0126-09-EP de 1 de octubre del 2009 (Juez sustanciador Edgar Zárate Zárate); No. 1147-08-RA de 22 de julio del 2009 (Juez Ponente Roberto Bhrunis); No. 1493-08-RA de 30 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato);No. 0150-09-RA de 30 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato); No. 0139-09-RA de 23 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato); No. 0022-2009-RA de 24 de diciembre del 2009 (Jueces ponentes Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemarie).

7 Sentencia de 5 de diciembre del 2008 (Juez Ponente Roberto Bhrunis Lemarie).

En cuanto a la proporcionalidad de la limitación de los **derechos fundamentales**, es necesario reiterar que en un plano teórico el Estado tiene la obligación jurídica de reconocer y garantizar en toda circunstancia de tiempo y de lugar, ciertos derechos y sus garantías, ya que el simple reconocimiento de los derechos sin aquellas no tiene sentido. La restricción de ciertos **derechos humanos**, debe ser entonces estar justificada y ser limitada y guardar estricta relación con los motivos o causas que lo originan y que sean oportunas, es decir que no debe existir otra alternativa para cumplir el fin (resaltado no consta en el original).

Los derechos constitucionales se equiparan a los derechos fundamentales en varias sentencias, esto a partir de la definición de Ferrajoli<sup>8</sup> :

En el Estado Constitucional los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales, las mismas que no son otra cosa que los **derechos constitucionales**, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos, radicando en esta titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular (el resaltado es nuestro)

*[...] Son derechos fundamentales todos aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.*

Es un paradoja que otros jueces ponentes usen la misma cita en contextos donde se afirma que: los “derechos constitucionales” comprenden un “universo” más amplio que los derechos fundamentales.

En varios fallos aparece la interpretación de que la noción derechos fundamentales ha evolucionado de contener exclusivamente a los derechos civiles y políticos y posteriormente se ha extendido a los derechos “Económicos, Sociales y Culturales o de los derechos de última generación”. Textualmente dice la Corte:

Tradicionalmente, desde el Estado Liberal francés, se asocia la noción de derechos fundamentales con los tradicionales derechos civiles y políticos, sin embargo, dentro de la dinámica que caracteriza al Derecho, y en especial a los Derechos Humanos, aquellos se hacen extensivos a otros derechos como los Económicos, Sociales y Culturales o de los derechos de última generación que, en su conjunto, constituyen una amalgama de derechos que deben ser protegidos por los jueces constitucionales<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Caso No. 0269-09-EP de 13 de enero del 2010 (Juez Ponente Edgar Zárate).

<sup>9</sup> Caso No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Jueza Ponente Ruth Seni Pinoargote); Caso No. 0038-08-EP (Ponente Edgar Zárate); Caso 0064-08-EP (Ponente Nina Pacari Vega)

En el mismo sentido de equiparación en jurisprudencia reiterada<sup>10</sup> se afirma que:

Los **Derechos Constitucionales** son también los **derechos fundamentales** acogidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además se encuentran en el mismo rango que la Constitución (Bloque de Constitucionalidad) (resaltado no consta en el original).

b) Como categoría más limitada y diferente a los “derechos constitucionales”

Como respuesta a las “Reglas para Ejercicio de Corte Constitucional período de transición” en la que se usa únicamente la categoría “derechos fundamentales”, varios fallos<sup>11</sup> contienen la afirmación que debido al espíritu garantista el texto constitucional se habla de “derechos constitucionales”, como un universo más amplio de derechos contenido bajo la categoría derechos fundamentales. Así:

...la acción extraordinaria de protección pretende amparar los derechos que nos asisten a las personas, derechos que emanan de una visión amplia que no se limitan exclusivamente a **derechos fundamentales**, sino que en concordancia con las tendencias modernas del constitucionalismo, lejos de competir unos derechos con otros, siguiendo una suerte de “darwinismo jurídico”, lo que se pretende es que todos los **derechos constitucionales** sean protegidos por esta acción (resaltado no consta en el original).

Una consecuencia directa del tratamiento que la Corte da a los derechos en estos fallos, es la afirmación de que es contrario al constitucionalismo -que “tiende a que los derechos coexistan armónicamente”- el uso del método de la ponderación, proponiendo como método alternativo de interpretación la “teoría del contenido esencial de los derechos” para “armonizar derechos en pugna”. Señalo esta particularidad, ya que no es el objeto de este trabajo analizar los métodos de interpretación de la Corte, por la contradicción con la tendencia mayoritaria que privilegia el uso de la “ponderación”.

c) Como categoría diferente pero complementaria de los derechos constitucionales

El ejemplo más claro del tratamiento diferenciado, pero complementario de los derechos constitucionales y los derechos fundamentales, es la Sentencia del Caso No. 0007-09-IS. En éste fallo la Corte califica al derecho a la salud como “derecho fundamental e integral”, por tanto concluye, no puede ser negado bajo ninguna circunstancia por que se pueden violar otros “derechos fundamentales”.

<sup>10</sup> Sentencias casos No 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 (Ponente Patricio Pazmiño); No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (Ponente Patricio Pazmiño); No. 0002-09-IS de 3 octubre del 2009 (Ponente Freddy Donoso).

<sup>11</sup> Sentencias casos No. 0290-09-EP de 13 de enero del 2010 (Juez Ponente Ruth Seni Pinoargote); No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Juez Ponente Ruth Seni Pinoargote) ; No. 0050-08-EP de 19 de mayo del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); No. 0064-08-EP de 14 de mayo del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega).

Más adelante añade que se adquiere un compromiso en el respeto de los “derechos fundamentales y constitucionales” para finalizar advirtiendo que el establecimiento de limitaciones al acceso a programas de salud pueden “violentar otros tipos de derechos fundamentales o constitucionales”<sup>12</sup>.

Si bien los fallos no aclaran en que se diferencian las dos clases derechos (constitucionales y fundamentales) los hacen aparecer como diferentes, pero no contradictorios o excluyentes, sino complementarios.

d) Como una categoría diferenciada de derechos

Existen fallos en que se utiliza la categoría “derechos fundamentales” como una categoría diferenciada de derechos.

(i) Se ha hecho una diferenciación entre derechos fundamentales y patrimoniales. A partir de esta distinción se colige que los derechos patrimoniales -en particular el derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad- no procede para ser “ventilado por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección”.

El análisis que la Corte realiza en la Sentencia del caso No. 0132-09-EP<sup>13</sup> utiliza la propuesta de Luigi Ferrajoli en esta materia, pero al hacerlo de forma descontextuada se desdibujan de cierta forma su tesis que es un tema sobre el que volveré más adelante.

De manera textual se señala:

Así analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, se colige que, en el presente caso, el asunto de fondo se relaciona con el reconocimiento del derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad, hecho que nos sitúa en un ámbito de derechos posesorios, de dominio, patrimoniales, que eventualmente y de manera expectante podría asistir a la accionante, cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección.

---

12 “Es por este motivo que esta Corte asegura que el derecho a la salud es un derecho fundamental e integral que no puede ser negado bajo ninguna circunstancia, más aún cuando dicha negativa nace de una resolución que por sí viola ya otros derechos fundamentales vinculados. Por medio de este derecho, el Estado se ve obligado a garantizar el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas de salud, lo que implica además una importante lucha contra las desigualdades existentes en la sociedad, por lo que no brindar dicha atención generaría su incumplimiento, además se adquiriría de esta manera el compromiso en el respeto de los derechos fundamentales y constitucionales, que implica proteger, garantizar real y efectivamente estos derechos de acuerdo con su sentido, espíritu, naturaleza y alcance, por lo que no pueden establecerse limitantes a la reparación, más aún cuando dichos limitantes pueden violentar otros tipos de derechos fundamentales o constitucionales y por tal no resulta concebible que las instituciones que brindan dicha atención se rehúsen a aceptar a una persona que la requiere de manera urgente”.

13 Sentencia de fecha 11 de marzo del 2010 (Juez Sustanciadora: Nina Pacari Vega)

En igual sentido se pronuncia la Corte en la Sentencia del Caso No. 0177-09-EP<sup>14</sup>, en la que utilizando los argumentos de Ferrajoli se concluye que:

A la luz del escenario expuesto, el tema medular se circunscribe a un asunto **eminente patrimonio**, el cual se pone en marcha en pos de un reclamo de daños y perjuicios y en donde el núcleo central u objeto mismo de la discusión se centra en la disputa de un bien inmueble; en este marco, corresponde analizar si la disputa por un bien inmueble, como se evidencia en este caso, es o no un derecho fundamental.

[...]

Así **analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales**, se colige que en el presente caso, debido a que se trata de un derecho patrimonial, **el derecho de propiedad resulta ser el núcleo central de la demanda en cuestión sin que se evidencie violación de derechos constitucionales**.

Esto no implica que Corte Constitucional no haya reconocido en otros fallos el derecho de propiedad. La Sentencia del Caso No. 0041-09-EP, de 24 de febrero del 2010, acepta el recurso extraordinario de protección por considerar que el incumplimiento de las normas del debido proceso y a la tutela judicial efectiva ha:

...afectado directamente la cuantificación del justo precio a consignar por concepto del bien inmueble objeto de la expropiación, lo que, a nuestro criterio, **atenta contra el derecho de propiedad** y la amenaza de cometerse una injusticia; consecuentemente, convertir a la figura de la expropiación en una confiscación que prohíbe la Constitución.

Sobre este tema volveré más adelante a propósito del análisis de la categoría “derechos fundamentales”, sin embargo queda claro que se ha protegido el derecho de propiedad como derecho constitucional.

- (ii) Al analizar la “presunción de inocencia”<sup>15</sup> realiza dos afirmaciones llamativas: la primera, que “la inocencia es un derecho connatural al hombre que existe antes de toda forma de autoridad y de Estado”; la segunda, que califica a esta como “...condición natural y derecho político fundamental de carácter inalienable e irrenunciable...”.

la Corte asume una posición iusnaturalista al hablar de derecho “connatural” anterior a la autoridad y al Estado, introduce una nueva categoría de derechos al hacer suya una caracterización doctrinal<sup>16</sup>.

14 Sentencia de 13 de agosto del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega)

15 Sentencia del Caso No. 0025-09-CN de 25 de febrero del 2010 (Jueza Constitucional Nina Pacari Vega Vega).

16 Orlando Alfonso Rodríguez, “La presunción de inocencia” Principios Universales. 2da. edición. Reimpresión. Bogotá, pág. 147.

## 2. Algunas aclaraciones conceptuales sobre el uso de la categoría “derechos fundamentales”

La Constitución vigente califica exclusivamente al “derecho humano al agua”<sup>17</sup> como “fundamental e irrenunciable”, por esto llama la atención que la Corte Constitucional de manera reiterada haya utilizado la categoría “derechos fundamentales”, inclusive la Resolución de 20 de octubre del 2008, en la que el Tribunal Constitucional asumió las competencias de Corte Constitucional se usa exclusivamente la categoría “derechos fundamentales”. Esto se reprodujo en la Resolución No. 1 de la Corte en la que se aprobó las “Reglas para Ejercicio de Corte Constitucional período de transición”, en esta se usa la categoría “derechos fundamentales” para referirse a las normas sobre derechos y en el caso de las normas jurídicas internacionales se habla de “derechos humanos”. No obstante la Corte aprobó varios fallos, como se puntualizó más arriba, en los que se establece que “derechos constitucionales” comprende un “universo” más amplio que el de los derechos fundamentales.

Es obvio que el uso de esta categoría no se deriva de normas constitucionales, es tomado de la doctrina, en particular de la obra de Luigi Ferrajoli<sup>18</sup> el autor más influyente en esta materia en la Corte Constitucional ecuatoriana.

He podido identificar al menos 17 sentencias en la que se lo cita con diferentes propósitos: para definir derechos fundamentales<sup>19</sup>, para establecer la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, para analizarla la diferencia entre los derechos y sus garantías, para referirse a la dimensión “axiológica” de los textos constitucionales<sup>20</sup>, para distinguir garantías primarias y secundarias<sup>21</sup>, para referirse a la crisis del derecho o la llamada “inflación legislativa” que se dice Ferrajoli describe con fenómenos como de “incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas”<sup>22</sup>, para subrayar la importancia de las garantías<sup>23</sup>, para establecer como normas “constitucionales sustanciales” a los derechos fundamentales<sup>24</sup>.

17 Es interesante la opinión de Prieto Sanchís respecto a que una exigencias universales como el aire o agua no se elevaron a rango de derechos humanos por constatar su universalidad, sino cuando se comprobó su escasez. Op. Cit. p. 35

18 Otros autores citados de manera recurrente son: Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Norberto Bobbio, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, Luis Prieto Sanchís, Carlos Bernal Pulido.

19 Casos ya citados No. 0132-09-EP, 0296-09-EP, 0290-09-EP, 0038-08-EP, 0064-08-EP.

20 Sentencias de los casos: No. 1082-2008-RA de 7 de julio del 2009 (Juez Ponente Manuel Viteri Olvera); No. 1197-2008-RA de 30 de junio del 2009, No. 0839-2007-RA de 2 de abril del 2009, No. 0544-2007-RA de 2 de abril del 2009 (Juez Ponente Roberto Bhrunis).

21 Sentencia de los casos No. 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 y No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (Juez Ponente Patricio Pazmiño)

22 En realidad en Ferrajoli al señalar esos fenómenos cita a otros autores (Luhman, Teubner y Zolo), como se puede verificar la página 17 del libro “Derechos y garantías: la ley del más débil” y toma distancia de ese diagnóstico afirmando que el mismo responde “...a una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser –importa poco si en clave determinista o apologética– es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación”. Analizar otras citas equivocadas de la Corte en esta materia me alejaría del objetivo del presente artículo pero se le atribuye varias afirmaciones que en realidad son críticas a lo dicho por otros autores.

23 Sentencias de los casos No. 0615-2008-RA de 25 de agosto del 2009 (Juez Ponente Fredy Donoso) y sentencia s/n de 2 de diciembre del 2008 (Juez Alfonso Luz Yunes)

24 Sentencias casos No. 0103-09-EP de 19 mayo del 2009 (Juez Sustanciador Dr. Roberto Bhrunis Lemarie) y No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Jueza Ponente Ruth Seni).

La caracterización de un derecho como fundamental depende directamente del enfoque que se use, no de la facilidad de uso del concepto. La incorporación acrítica de los distintos enfoques propuestos por los autores a los que la Corte Constitucional recurre con frecuencia para fundar sus fallos ha producido que un positivista -Ferrajoli- sea equiparado para todos los efectos con Alexy, Zagrebelsky y Dworkin, autores que rechazan o cuestionan esa posición. No quiero decir con esto que no exista la posibilidad de combinar aspectos de las diferentes teorías para lograr una mejor protección de los derechos, asumiendo una suerte de pragmatismo jurídico garantista, lo que rechazo es el uso de promiscuo de conceptos incompatibles que dan como resultado fallos que debilitan la protección de los derechos de las personas, al ser contradictorios, aunque en apariencia marquen una línea de interpretación constitucional de “avanzada”.

La única forma de dar cuenta de las contradicciones existentes es describir brevemente cada uno de los enfoques<sup>25</sup> acerca de los derechos fundamentales, agrupándolos alrededor de cuatro categorías: a) iusnaturalista-individualista; b) historicista; c) estatalista<sup>26</sup>; y, d) formalista o estructuralista.

- a) La visión liberal de los derechos es de corte esencialmente iusnaturalista-individualista (en su vertiente iusracionalista<sup>27</sup>). En esta se asume una total separación entre estado y sociedad. De acuerdo a Thomas Hobbes los ciudadanos, portadores de derechos naturales, especialmente la autopreservación, los ceden al soberano para transitar del estado de naturale-

25 Existen otras explicaciones de la noción derechos fundamentales, por ejemplo para B. Martínez de Vallejo “...la distinción más unánime recogida reserva la expresión derechos humanos para los derechos positivados en el ámbito internacional (las declaraciones y Convenciones internacionales), junto a aquellas exigencias básicas que, rodeadas de determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, igualdad y libertad de la persona, no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. A su vez se restringe el término derechos fundamentales para los derechos positivados en el ámbito interno, es decir, los derechos humanos garantizados por los ordenamientos jurídicos estatales” (Megías Quirós (c), Manual de Derechos Humanos, p. 50). De igual forma, aunque claramente vinculado al iusnaturalismo, y como se podrá concluir cercano –en clave inversa- a algunas interpretaciones de la Corte Constitucional sobre el alcance de derechos constitucionales y fundamentales-, así se afirma que “...no se puede identificar plenamente los derechos humanos con los derechos fundamentales por dos razones; la primera es que los derechos humanos son más amplios que los establecidos como fundamentales en los textos constitucionales, y la segunda es que constituyen una clase de derechos que están por encima de cualquier positivación posible, sea interna o internacional”, Megías, Op. Cit. P. 51.

26 Una obra fundamental para entender la evolución histórica de los derechos fundamentales es: “Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones” de Maurizio Fioravanti, de la editorial Trotta, Madrid, 1996. En esta Fioravanti propone una aproximación a lo que el llama el “problema de las libertades” con tres enfoques: historicista, individualista o estatalista”. Considera que existe una “doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del siglo XIX) (p. 25).

27 De forma general se puede decir que el iusnaturalismo racionalista considera que a partir del uso de la razón se puede establecer la existencia de ciertos “principios” de carácter universal. El iusnaturalismo teológico sostiene que los principios se derivan de la existencia de una voluntad suprema. De forma independiente a la clase de iusnaturalismo que se asuma Nino dice que puede ser caracterizado por dos tesis: a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivos por ciertos órganos o individuos; b) que es un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior. Carlos S. Nino, Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 28 y siguientes.

za a la conformación de la sociedad. John Locke considera que la vida, la propiedad y la libertad son derechos innatos del hombre, estos mediante un “contrato originario” ceden una parte de estos derechos inalienables al estado, si éste no los respeta tienen el derecho natural a revelarse.

- b) Es obvio que el poder del estado es muy limitado en esta interpretación, ya que se reconoce que los derechos preexisten a su creación, debiendo ser considerados estos derechos como “el fundamento de cualquier ordenamiento jurídico”<sup>28</sup>.

En la concepción liberal clásica de los derechos hay una diferencia entre derechos fundamentales -los que preexisten al estado- y derechos constitucionales como producto de cada norma fundamental, es decir del proceso de deliberación democrática, sin embargo esto explica una exclusiva dimensión, la no dependencia normativa de la existencia de los derechos. A continuación seguiré a Bastida para puntualizar algunas características de esta concepción<sup>29</sup>:

- (i) Los derechos fundamentales serán aquellos que se entiendan como más básicos o esenciales al ser humano, ya que son “inherentes” al desarrollo de su personalidad;
- (ii) El origen de la “fundamentalidad” de los derechos se halla en el ser humano (en su *ser*), más allá de los textos constitucionales (y su *deber ser*). No es relevante que los derechos se encuentren la constitución como norma fundamentadora del ordenamiento jurídico;
- (iii) Al tener un origen previo a la sociedad civil pueden ser limitados excepcionalmente, por eso son derechos *absolutos*, esto se lo puede hacer por medio de la ley, siempre que sea permitido por la norma constitucional, de esto se deriva que sean considerados derechos “inalienables, inviolables, imprescriptibles”;
- (iv) Estas son libertades privadas ya que le corresponden a cada individuo, por esto los “llamados derechos de participación (sufragio) o de prestación no son fundamentales”, ya que excepto el derecho de defenderse de “injerencias que no tengan apoyo legal” no hay más vínculos con el poder público. De esto se deriva que en la “doctrina liberal los derechos fundamentales reciban el nombre de *libertades negativas*, *libertades civiles* o *derechos de libertad* y se articulan jurídicamente como *derechos reaccionales* o *de defensa*”;
- (v) Los derechos al no depender de una fundamentación normativa, ni siquiera de la norma más importante como la constitucional, su regulación se circunscribe exclusivamente al establecimiento de sus limitaciones y los medios para defenderse de injerencias indebidas;
- (vi) Estos derechos, por las limitaciones de regulación positiva, se encuentran en la “esfera social” básicamente sin interferencias del estado, por eso no se puede defender con una acción jurídico-estatal las amenazas a los derechos que surjan de la propia sociedad.

28 José Justo Megías Quirós (c), Manual de Derechos Humanos, Thomson Aranzadi, 2006, p. 49.

29 Cfr. Francisco J. Bastida. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales. Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”. Publicado en “Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación”. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 109-111-

En resumen, esta es una posición esencialmente axiológica-valorativa.

Como ejemplo de esta concepción, Javier Pérez Royo -en su influyente Curso de Derecho Constitucional- define a los derechos fundamentales como “los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de soberanía popular”<sup>30</sup>.

b) La comprensión historicista tiene algunos rasgos comunes con la anterior, es decir presupone la existencia de ciertos valores – por ejemplo: dignidad, igualdad y libertad- que deben ser materializados por medio de los derechos, los derechos son instrumentales y van tomando forma en cada momento histórico, por ello existe una evolución de contenidos y de estructuras a lo largo de la historia<sup>31</sup>.

Al tener que responder a ciertos valores, las transformaciones normativas no tienen un carácter arbitrario. Para discernir cuales son derechos fundamentales se propone el uso de dos criterios<sup>32</sup>: la *universalidad* y la *supremacía*.

- i) Los derechos deben deberían representar o expresar las exigencias morales más importantes frente a la comunidad política, estos tienen “prevalencia en caso de conflicto con cualquier otro bien o valor que haya decidido tutelar dicha comunidad”. El segundo rasgo es de carácter institucional, la *supremacía* se refleja en la constitucionalización de esos derechos. Prieto Sanchís advierte que esto presenta tres dificultades: (a) la existencia de limitaciones normativas a los derechos por criterios o conceptos indeterminados como orden público, moral, los mismos que son calificados por el mismo estado; (b) el hecho que los derechos pueden entrar en colisión entre sí o conflictos entre valores (el clásico debate de que prevalece la libertad o la igualdad), no existiendo de antemano reglas de prioridad; y, (c) pero no se tiene forma de establecer cuales son los valores que deben ser tutelados, por tanto no sabemos que derechos son fundamentales sino luego del proceso de decisión.
- ii) Un derecho es fundamental si puede predicarse su *universalidad*. El criterio de *universalidad* para identificar un derecho fundamental tiene dos formas -de acuerdo a Prieto Sanchís-: (a) en sentido activo “si es susceptible de predicarse de todos los seres humanos, con independencia de cualquier circunstancia histórica o social”, obviamente lo invariable son los valores que se defienden; (b) en sentido pasivo porque son derechos oponibles a todos (*erga omnes*), es decir el círculo de obligados es universal.

Esto implica que se retome la idea de los “fines” de Kant, ya que los derechos fundamentales representan aquellas “exigencias morales que pudiera pretender cualquier hombre antes de preguntarse por las necesidades que nacen de su específica posición social”<sup>33</sup>.

30 Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 219.

31 Francisco J. Ansuástegui Roig, La historia de los derechos humanos, publicado en Diccionario crítico de los derechos humanos, Universidad Internacional de Andalucía- Sede Iberoamericana de la Rábida, Huelva, 2000, p. 72.

32 Cfr. Luis Prieto Sanchís, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Editorial Palestra, Lima, 2007, pp. 32 y sgts. El trabajo citado fue publicado originalmente en la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Trotta, 2000.

33 Prieto Sanchís, Op. Cit. p. 35.

c) Como reacción a la afirmación de la existencia de “derechos naturales” (es decir al iusnaturalismo) surge el positivismo que critica esta noción por diferentes razones y matrices ideológicas “por considerarlos construcciones irracionales, que carecen de sentido, meras abstracciones formales que defienden los intereses de una clase, la burguesía, y que se olvidan del hombre concreto”.

En resumen, para el positivismo (lo que implica un alto nivel de simplificación) los derechos son tales porque una norma jurídica lo determina.

Son derechos subjetivos establecidos normativamente, son intereses protegidos por el derecho<sup>34</sup>, que permite que el sujeto pueda protegerlos, demandarlos, ejercerlos. Son derechos fundamentales aquellos que la norma positiva -la constitución como la de mayor jerarquía- así lo establece<sup>35</sup>. Su incorporación a la constitución – la norma suprema, la fuente principal del ordenamiento- les dota de esa condición, asumiendo dos características que los configuran<sup>36</sup>:

- i. Por estar el derecho recogido en la constitución le esta vedado al poder público, especialmente a los legisladores “disponer” de esos derechos, por tanto no pueden ser alterados o vulnerados por normas de inferior jerarquía e inclusive se establecen reglas especiales para poner límites a la reforma constitucional de esos derechos, por tanto son *indisponibles* por el legislador<sup>37</sup>;
- ii. La segunda característica parte de reconocer que las normas constitucionales tienen eficacia directa, es decir puede exigirse su cumplimiento, por tanto el garantizar y respetar estos derechos es un elemento central en el funcionamiento estatal.

---

<sup>34</sup> Esto es criticado por Kelsen, quien considera que el interés es un “hecho psíquico”. En realidad la teoría del interés de Ihering se presente como respuesta a la teoría la voluntad por la que un derecho es tal porque el sujeto puede exigir determinado comportamiento al obligado por un derecho subjetivo, esta teoría es defendida por Savigny, Puchta y Windscheid. Posteriormente aparecen las teoría eclécticas de Jellinek, Saleilles, Ferrara, que toman elementos de las dos teorías anteriores. Todas estas teorías se elaboraron alrededor del derecho civil y han sido utilizadas para brindar explicaciones a temas de derecho público.

<sup>35</sup> Muchos autores identifican en este proceso con la caracterización de la “constitución democrática” propuesta de Kelsen. Maurizio Fioravanti (Constitución. De la antigüedad hasta nuestros. Editorial Trotta, Madrid. Primera Edición en español 2001. Segunda edición 2007. Pág. 154) explica esto de la siguiente manera “Para Kelsen la constitución democrática es, sobre todo, el tipo histórico de constitución que desde la Revolución francesa en adelante ha asumido la tarea de demoler, progresivamente, todo poder privado de un explícito fundamento normativo, de una formal atribución de competencia, a través de las mismas normas constitucionales. En pocas palabras, la constitución democrática es la constitución que tiende a afirmar el principio del necesario fundamento normativo de todo poder. Es democrática porque tiende a excluir poderes autocráticos, es decir, poderes que buscan autolegitimarse, afirmar un fundamento propio y distinto, distinto por su naturaleza de aquel de la norma constitucional, que es por el contrario el único fundamento, según Kelsen, admisible en democracia. Desde el punto de vista del régimen político, se deduce que es democrático el régimen que no sobrevalora ningún poder, que reconduce todos los poderes a la norma constitucional”.

<sup>36</sup> Bastida, Op. Cit. pp. 115 y sgts.

<sup>37</sup> Esto no implica que ciertos derechos requieran de un configuración normativa o institucional posterior y se faculte al legislador regularlos para dotarlos de efectividad no de eficacia.

Los derechos fundamentales pierden su condición de preestatales, no son inherentes a la persona, ya que la fundamentalidad depende de su reconocimiento constitucional, por tanto “no es consustancial a esos derechos que su titular sea exclusivamente el ser humano”<sup>38</sup>, abriendo la puerta a que sean los colectivos y la naturaleza titulares de esos derechos.

d. Para explicar el enfoque estructuralista -o formalista- me valdré de la obra de Luigi Ferrajoli como he afirmado el autor más influyente en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, quien propone la siguiente definición de derechos fundamentales (citada recurrentemente de manera parcial por la Corte):

...son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de 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 asimismo 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 estas.

Para Ferrajoli varias son las ventajas de esta definición: es válida para cualquier ordenamiento, no importa que derechos fundamentales estén reconocidos, ideológicamente es neutra e “independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales”<sup>39</sup>.

El propio Ferrajoli explica el alcance de su definición:

- i) Es una *definición teórica*, por tanto no se refiere a las normas de un ordenamiento jurídico concreto o que estos derechos se encuentren sancionados en una ley o en una constitución. Es decir un derecho fundamental es tal no por su contenido específico (por tanto es una definición avalorativa<sup>40</sup>) sino por que son “derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”<sup>41</sup>. El hecho de que un derecho se encuentre en ese ordenamiento jurídico es una condición de su existencia o vigencia en ese ordenamiento, pero no tiene impacto alguno en su consideración como fundamental. Tampoco se requiere que el derecho este constitucionalizado

38 Bastida, Op. Cit. p. 117.

39 Ferrajoli, “Derechos y...”, p. 38.

40 En su trabajo “El fundamento de los derechos fundamentales” Ferrajoli señala que, partiendo del concepto kantiano del valor de la persona humana (asumida como medio y nunca como fin), se pueden identificar cuatro criterios axiológicos de los derechos fundamentales, entonces son valiosos por que contribuyen a la igualdad, a la democracia constitucional, a la paz y a la autodeterminación de los pueblos y, a la tutela del más débil. Los cuatro criterios son convergentes y complementarios, pero me parece que es el centro de su propuesta de fundamentación axiológica se encuentra la tutela al más débil. Ferrajoli, “El fundamento...”, pp. 314 a 371.

41 Cfr. *Ibid.*

- (que señala es un garantía de ser observado por el legislador) ;
- i) Es una *definición formal o estructural* “por tanto se dirige a identificar los rasgos estructurales, que en función de dicha finalidad, convenimos en asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella, cualesquiera que sean”.
- A partir de esta explicación Ferrajoli determina tres rasgos de los derechos fundamentales, sin considerar el contenido específico de lo que tutelan<sup>42</sup>:
- a) que son imputaciones de *carácter universal*, que se refiere al sentido lógico de la “cuantificación universal de la clase de sujetos que como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean titulares”; b) son <<*normas téticas*>>, es decir disponen de manera general y abstracta las situaciones contenidas en ellas (como ejemplo, además de las normas que establecen derechos fundamentales, son de esta clase las normas de señalización vial y las que imponen prohibiciones penales). Esto en oposición a las <<*normas hipotéticas*>>, que establecen con efectos hipotéticos las situaciones que se darían en cada acto (a manera de ejemplo las normas del Código Civil sobre contratos que prevén consecuencias específicas si las condiciones se cumplen); c) son derechos *indisponibles e inalienables*, es decir son de todos sus titulares de igual forma y medida, a estos opone los “derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás
- ii) Es una *definición estipulativa*, por tanto ni verdadera ni falsa, “sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera que sean los derechos (e incluso si no hubiera derechos) allí tutelados como fundamentales”.

Ferrajoli añade, que para tutelar un derecho fundamental es necesario “sustraerlo” -estableciendo su “indisponibilidad”- ya sea por el intercambio mercantil (es decir de contratación entre particulares), y b) “de la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional”, esto implica la “anulabilidad” de las leyes que contradigan a los derechos fundamentales<sup>43</sup>.

A partir de esta propuesta señala que el fin, el fundamento, la razón del ser del estado constitucional de derecho es la garantía de los derechos fundamentales (todos), entendiendo ese “embrionario “paradigma de democracia constitucional” se podría extender en tres direcciones: en la garantía de todos los derechos; como un freno a todos los poderes, sean públicos o privados, tanto nacionales como transnacionales; la extensión en el nivel nacional e internacional

De la definición se pueden extraer algunas consecuencias: el concepto de igualdad jurídica, la tipología de los derechos fundamentales y las cuatro tesis que sustentan la teoría de Ferrajoli sobre la democracia constitucional<sup>4445</sup>:

42 Cfr. Luigi Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, publicado en el libro – debate “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 290 y sgts.

43 Ferrajoli, “Fundamento...”, p. 292.

44 Op. Cit. pp. 38 y 39.

45 Ferrajoli, “Fundamento...”, pp. 292 a 294.

- i) Esta definición formal de los “derechos fundamentales” sirve para determinar la *igualdad jurídica*, ya que gracias a su criterio de universalidad se incluye a <<todos>> los sujetos de cada uno de los diferentes <<estatus>>;
- ii) A partir de la definición se establecen dos “*tipologías*” de derechos, la referida “a las clases de sujetos a los que se atribuyen tales derechos (*subjetiva*); la otra que “son el tipo de comportamiento que son el contenido de tales de derechos” (*objetiva*).

- (a) En cuanto a la tipología subjetiva hay que recordar que los posibles titulares de derechos (por su *estatus*) son las personas físicas, ciudadanos, capaces de obrar. De esto Ferrajoli obtiene cuatro clases de derechos: “derechos humanos, que pertenecen a todas las personas físicas [seres humanos]en cuanto tales” sin importar si son ciudadanos o capaces; “derechos civiles, que pertenecen a todas las personas en tanto capaces de obrar”, sin importar su ciudadanía, estos son “potestativos” porque se manifiesta la autonomía privada; “derechos públicos, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos” sin importar su capacidad de obrar; “derechos políticos, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar”, sobre estos se “funda la representación y la democracia política”.

Los dos primeros, dice Ferrajoli, pertenecen a todas las personas sin importar su ciudadanía (derechos de la persona o de la personalidad), las otras dos sólo a los ciudadanos (derechos del ciudadano o ciudadanía).

A los derechos humanos y públicos (para los que no es relevante la capacidad de actuar) los llama derechos primarios o sustanciales; a los derechos civiles y políticos (que sólo pertenece a quienes tiene capacidad de actuar) los llama derechos secundarios o formales.

- (b) La tipología objetiva se establece en función de los “tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales”, relacionándose estos la posibilidad de tener ,o no, capacidad de actuar.

Clasifica a las expectativas de actuación en negativas (de no lesiones) o positivas (de prestación).

Los derechos primarios se subdividen en derechos de libertad y derechos sociales. Los derechos de libertad son negativos o de inmunidad (es decir la expectativa es de omisión de interferencias), estos a la vez los clasifica en simples libertades de (como el derecho a la vida, libertad personal), además en libertades *de y para* (como libertad de prensa, asociación y de reunión). Los derechos sociales son derechos positivos, ya que implican prestaciones por parte de otros (como el derecho a la salud, seguridad social).

Los derechos secundarios se identifican por el tipo de poderes que contienen en los derechos de autonomía, que a su vez se clasifican

en derechos civiles y derechos políticos. Los civiles son derechos de autonomía privada (que se refieren fundamentalmente a la disposición de derechos patrimoniales). Los políticos son derechos de autonomía política (un ejemplo el voto).

iii) Para Ferrajoli las cuatro tesis “esenciales para una teoría de la democracia constitucional” son:

(1) La diferencia de estructura entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Los primeros corresponde a clases enteras de sujetos, los otros a cada titular con exclusión de los demás. Es diferencia, dice Ferrajoli, ha estado oculta por el uso de una sola expresión <<derecho subjetivo>> para referirse a “...situaciones subjetivas heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos: derechos inclusivos y derechos exclusivos, derechos universales y derechos singulares, derechos disponibles e indisponibles”.

Los derechos fundamentales son “indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos”, los derechos patrimoniales son “disponibles por su naturaleza, negociables u alienables”.

Ferrajoli diferencia en el tema la propiedad “sobre este o aquel bien” (que no es un derecho fundamental), del derecho a ser propietario y a disponer de los bienes objetos de la propiedad (que en la tipología del autor es un derecho fundamental que se encuentra entre los derechos civiles).

(2) Los derechos fundamentales al “corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica” considera que es la dimensión <<sustancial>> de la democracia, previa la dimensión política o <<formal>>, que se funda sobre los poderes de la mayoría.

(3) La “naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales”, formándose un derecho supraestatal, que de acuerdo a Ferrajoli, establecen límites externos (y no sólo internos) a los poderes públicos.

(4) La última tesis se refiere a las “relaciones entre derechos y sus garantías”. Los derechos fundamentales “expectativas negativas o positivas a las que corresponde obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)”. A las obligaciones de prestación y a las prohibiciones las llama garantías primarias. A las obligaciones de reparar o sancionar las lesiones a los derechos (las omisiones y los abusos), es decir la violación a las garantías primarias, las llama garantías secundarias.

Con esto Ferrajoli establece que los derechos y las garantías son distintas<sup>46</sup>, la ausencia de garantías no niega la existencia del derecho, es una laguna (un vacío) que debe ser “colmada por la legislación”.

<sup>46</sup> En este tema contradice particularmente a Kelsen quien no hace distinción alguna entre un derecho y su garantía, esto que considera que un derecho “consiste en el poder jurídico de un individuo que el orden jurídico le otorga con motivo del incumplimiento de una obligación”.

Se puede ver claramente de esta explicación la simplificación excesiva que ha hecho la Corte Constitucional ecuatoriana de la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli. Su impacto en las valoraciones que hacen los jueces constitucionales ecuatorianos es muy alto, considerando el gran poder que tienen y la dimensión de la responsabilidad asignada a la Corte, una configuración inadecuada de los derechos es muy grave.

### 3) Breve análisis del tratamiento a los derechos en la Constitución del 2008

Un análisis a profundidad del tratamiento a los derechos en la Constitución vigente -más allá de una descripción- es necesario, pero supera el objetivo del presente artículo, no obstante es indispensable realizar un breve de ese tratamiento para contextualizar el fallo de la Corte.

#### a. Denominaciones usadas para referirse a los derechos

A lo largo del texto constitucional se utiliza varias denominaciones para referirse a los derechos de los seres humanos de manera general: derechos de las personas, derechos humanos, derechos constitucionales, derecho fundamental (en una sola ocasión).

Este uso confuso de las denominaciones (que no se relaciona al agrupamiento de los derechos en el texto) se refleja en algunas de las garantías constitucionales. Por ejemplo en la acción de protección y en la acción extraordinaria de protección se determina que son garantías dirigidas a proteger a los derechos reconocidos en la “Constitución”.

En principio parece que estas no son las acciones idóneas para proteger un derecho contenido en un instrumento internacional y que no se encuentre recogido en el texto constitucional, pero la autodenominada Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada resolvió esto asumiendo la doctrina del “bloque de constitucionalidad”<sup>47</sup>, afirmando que “...los Derechos Constitucionales son también los derechos fundamentales acogidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además se encuentran en el mismo rango que la Constitución establece”.

De todas las denominaciones usadas la categoría más general es “derechos constitucionales”, bajo esta denominación se encontrarían contenidos los derechos humanos o de las personas, los derechos colectivos y los derechos de la naturaleza, así lo ha entendido la Corte Constitucional en la mayor parte de sus fallos, como se explicó más arriba.

#### b. Clasificación de los derechos humanos o de las personas<sup>48</sup>

Los derechos constitucionales de los seres humanos se encuentran agrupados en la Constitución bajo siete categorías: derechos del buen vivir<sup>49</sup>; derechos de las

47 Casos No 0027-09-IS; Caso No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009; Caso No. 0002-09-IS.

48 Farith Simon, La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución del 2008, publicado en “La Constitución Ciudadana”, compilador Diego Pérez, Editorial Taurus, Quito, 2009, pp. 210 y 211.

49 Agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivien-

personas y grupos de atención prioritaria<sup>50</sup>; derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; y derechos de protección<sup>51</sup>.

No existe una explicación por parte de los asambleístas sobre esta forma de organización de los derechos, seguramente porque la decisión fue tomada en «Comisión especial de revisión y redacción de la nueva Constitución»<sup>52</sup>. Del informe presentado por dicha Comisión al presidente de la Asamblea Constituyente<sup>53</sup> se puede concluir que la decisión se tomó por dos razones: (i) para «destacar la trascendencia del buen vivir a lo largo del texto constitucional», renombrándose la sección que en la propuesta original se llamaba «Derechos económicos, sociales y culturales», por considerar que el «buen vivir» se corresponde en términos generales a esos derechos; y (ii) para reforzar el principio de interdependencia de los derechos<sup>54</sup>.

La ordenación de los derechos parecería estar inspirada en la clasificación propuesta por el jurista alemán Robert Alexy<sup>55</sup>, quien propone una agrupación en consideración de la estructura y la función que cumplen<sup>56</sup>.

Alexy lo hace a partir de definir un derecho fundamental como “un haz de posiciones (y normas) de derecho fundamental [que son enunciados de la constitución que contienen derechos fundamentales]”; y, desde una concepción formal, “...son posiciones tan importantes que su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple”<sup>57</sup>.

### c. “Fundamento” de los derechos

Un tema esencial para la interpretación y aplicación de los derechos es determinar cual es su fundamento, es decir los “valores” que el legislador constituyente estableció como justificación “axiológica” de los derechos constitucionales. Esto se traduce en la pregunta inicial concerniente a que debería establecerse como derechos a partir del establecimiento de criterios “meta-éticos”<sup>58</sup>.

---

da, salud, y trabajo y seguridad social. Básicamente son los derechos económicos, sociales y culturales.

50 Adultos y adultas mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad, personas usuarias y consumidoras.

51 Que contienen el derecho al debido proceso, seguridad jurídica y la protección judicial.

52 Esta Comisión fue establecida por el artículo 47 del Reglamento de funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

53 Informe presentado por la «Comisión especial de revisión y redacción de la nueva Constitución» al presidente de la Asamblea Nacional Constituyente. Comunicación de 24 de julio de 2008. Consultada en [www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16175&Itemid=127](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=16175&Itemid=127), el 3 de noviembre de 2008.

54 «La Comisión formuló una clasificación distinta de los derechos, que no altera en esencia el contenido que aprobó el constituyente y que, en todo caso, refuerza el principio de interdependencia de los derechos». Op. cit., Pág. 4.

55 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

56 Se ha señalado que la clasificación propuesta por Alexy se apoya en la propuesta de hecha por Newcomb Hohfeld en el año 1913, el sostiene que los derechos son relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto de un objeto, pero no usa la categoría de derechos y deberes, usa las relaciones a partir de “opuestos” y “correlativos” jurídicos. A propósito de esto se puede revisar Cruz Parcerro, Op. Cit., pp. 33 y sgts.

57 Alexy “Teoría de...”. Op. Cit. Pp. 214 y 295.

58 A propósito de esto se puede examinar las obras aquí citadas de Nino, Ferrajoli, Nieto. Este tema ha sido especialmente abordado por la literatura norteamericana sobre los derechos.

A lo largo del texto constitucional se hace referencia permanente a diferentes principios que contienen “valores” que fundamentarían los derechos. En muchos casos se los contempla como específicos de ciertas áreas, materias, funciones y derechos. No obstante es posible identificar algunos principios de carácter más general, que subsumen a los restantes. Esta identificación es muy difícil por lo repetitivo y poco sistemático del texto constitucional, además los asambleístas constitucionales usaron varios conceptos de manera heterodoxa (por decirlo de alguna forma).

Como anticipé, desarrollar una teoría de los derechos no es el objetivo del presente trabajo, sin embargo una lectura detenida del texto constitucional y por lo establecido en el Preámbulo, los artículos 1 (Principios fundamentales), el artículo 11 (Principios de aplicación de los derechos) permiten concluir, de manera provisional”, como principios más generales que contendrían esos “valores” que fundan o justifican los derechos: la dignidad de la persona humana y de las colectividades, igualdad (formal y material) de las personas; el pluralismo, la justicia, la solidaridad y la paz. Un apunte final sobre esto es que en la norma fundamental aparece el “buen vivir” como un objetivo a alcanzar, sin embargo en algunas disposiciones (por ejemplo los artículos 250, 290) aparece como un principio.

Probablemente a partir de un estudio más detallado esto deba reformularse, por ejemplo hay autores<sup>59</sup> que afirman que la justicia es el resultado de la suma de la igualdad y la libertad. Además es evidente la tensión que existe entre los principios, esto me parece que es un tema central en la aplicación de la Constitución y que la Corte Constitucional debería ser la encargada de establecer el “contenido” y “alcance” de los mismos. El resultado dependerá de la composición ideológica del organismo, lo ideal es que se hiciera a partir de una discusión plural.

### **A manera de conclusión.**

En realidad se puede señalar varias “confusiones” conceptuales de la Corte sobre la naturaleza de los derechos, su interpretación<sup>60</sup>, etc. Existen fallos en los se afirma que el “nuevo constitucionalismo” no protege únicamente los derechos fundamentales “sino todos los derechos constitucionales”, lo que se evidencia como un absurdo, ya que como hemos visto en la Constitución se protegen los derechos “constitucionales” y no existe referencia a los derechos fundamentales.

La “equivocación” conceptual de la autodenominada Corte ha hecho que se extraiga del pensamiento de Ferrajoli que los derechos de propiedad (al no ser funda-

59 Rafael Escudero, Metodología jurídica y conceptos morales: propuesta de análisis, publicado en “Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica”, Trotta, Madrid, 2006, p. 88.

60 Por ejemplo existen fallos en los que se desarrolla la “teoría” del núcleo esencial de los derechos, para no aplicar la ponderación bajo el argumento que se debe mantener. Pero se olvida que esto es una cuestión valorativa, ya que determinar cual es ese núcleo implica una asignación de ciertas características a cada derecho y decidir cuales son insuperables a riesgo de descaracterizar el derecho o volverlo inútil, es decir se termina haciendo un juicio en relación a cada derecho y por tanto se hace lo que se dice rechazar, dar un “peso” a esas características, pero además esto contradice la definición constitucional por la que se algunos derechos deben ser protegidos “especialmente” de acuerdo al artículo 3 del texto constitucional que establece como un deber primordial de Estado “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes” (resaltado no consta en el original). Todos estos derechos agrupados bajo la denominación del “buen vivir”

mentales de acuerdo a la definición estructural del autor citado) no se encuentran amparados por la acción extraordinaria de protección como se citó más arriba, que se dirige a la protección de derechos constitucionales.

En la Sentencia del caso No. 0177-09-EP de 11 de marzo del 2010, luego de transcribir parte de la definición de Ferrajoli, la Corte concluye que "...entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales [...] el asunto de fondo se relaciona con los derechos de posesión y/o derecho de propiedad [...] cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección".

La confusión aparece con más claridad en un fallo de 13 de agosto del 2009. La "argumentación" del mismo es tan endeble que puedo afirmar que la sentencia podría ser considerada "arbitraria".

La Corte establece que el punto central en el caso es determinar sí "...la disputa de un bien inmueble, como se evidencia en este caso, es o no un derecho fundamental", posteriormente, y a partir de la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli ya estudiada, concluye que un derecho patrimonial no es un derecho fundamental (correcto desde la perspectiva formal propuesta por el autor), y afirma a partir de esto que al ser "...el derecho de propiedad...núcleo central de la demanda en cuestión [no se] evidenci[a] violación de derechos constitucionales".

Se puede puntualizar lo siguiente sobre las decisiones citadas:

- 1) El derecho de propiedad se encuentra constitucionalmente reconocido. Se protege el derecho a la propiedad<sup>61</sup> en todas sus formas (pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta) con función y responsabilidad social y ambiental ( artículos 321 y 66 numeral 26).
- 2) Sí bien Ferrajoli, a partir de su definición estructural, concluye que el derecho de propiedad no es fundamental, si considera en esa condición –como se explicó- el derecho a ser propietario y a disponer de los bienes objetos de la propiedad.
- 3) El texto del artículo 94 de la Constitución no deja dudas de que la acción extraordinaria de protección cubre a todos los derechos constitucionales, es decir se incluye al derecho de propiedad:

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución...

La Corte usa la distinción que hace Ferrajoli -desde la perspectiva estructural- para disminuir la cobertura material de una de las garantías constitucionales, lo que claramente no es de su competencia. Si bien muchos textos sobre derechos se en-

<sup>61</sup> Se establecer la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias (57) y la propiedad intelectual (322, 402), etc.

cuentran redactados de forma tal que la Corte puede interpretar su alcance y configurarlos, no puede disponer que un derecho quede fuera de la órbita de protección de una garantía, que por su redacción, no deja dudas que alcance tiene.

Sí a esto le añadimos el hecho de que por otra vía (por el derecho como persona) están reconocidos como derechos fundamentales el derecho a ser propietario y a decidir sobre sus bienes, que se consideran -en la tipología objetiva de los derechos propuesta por Ferrajoli se consideran como derechos fundamentales de autonomía privada- la equivocación de la Corte es mucho más grave.

Era mucho más consecuente con el texto constitucional negar el recurso extraordinario de protección, en el primer caso por considerar que no se habían agotado las vías ordinarias de protección de la propiedad, y en el segundo caso, porque de los hechos del mismo no aparece violación alguna a derechos constitucionales y que se trató de usar la acción extraordinaria de protección como una cuarta instancia, es decir el objetivo era que Corte revisara el fallo y no el subsanar una violación de derechos constitucionales en el trámite o en la decisión.

Parece que las valoraciones de algunos jueces constitucionales se impusieron en la jurisprudencia. A partir de su opción ideológica se tomó una decisión y luego se buscó los argumentos. Como el derecho de propiedad (con una serie de condiciones) se encuentra constitucionalmente protegido no encontraron argumento normativo para negar una de sus garantías, entonces se utilizó de manera parcial y descontextualizada una definición teórica para dar apariencia de legitimidad a una sentencia que en realidad es arbitraria.

Algunos miembros de la Corte han demostrado con sus fallos no entender los conceptos que usan, y en otros, “acomodarlos” para justificar de manera burda sus opciones ideológicas<sup>62</sup>, algo muy peligroso en el órgano de mayor poder en la estructura institucional ecuatoriana.

---

62 Algo que en términos globales se puede decir que es posible por el margen que dejan muchas de las normas constitucionales, ya que la Corte podría configurar conceptos indeterminados a partir de ciertas opciones valorativas, lo que no es lo mismo que negar la protección a derechos en situaciones en que no existe ese margen.

## Bibliografía

Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Carlos Bernal Pulido, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Francisco J. Ansuástegui Roig, La historia de los derechos humanos, publicado en Diccionario crítico de los derechos humanos, Universidad Internacional de Andalucía- Sede Iberoamericana de la Rábida, Huelva, 2000.

Francisco J. Bastida. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales. Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”. Publicado en “Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación”. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

Juan Antonio Cruz Parceró, “El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos”, Trotta, 2007.

Rafael Escudero, Metodología jurídica y conceptos morales: propuesta de análisis, publicado en “Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica”, Trotta, Madrid, 2006.

Luigi Ferrajoli , Los fundamentos de los derechos fundamentales, publicado en el libro – debate “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, Madrid, 2001.

Luigi Ferrajoli, “Derechos y garantías: la ley del más débil”, Trotta, Madrid, 2000.

Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón”, Trotta, Madrid, 1995.

Maurizio Fioravanti, “Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, Trotta, Madrid, 1996.

Maurizio Fioravanti (Constitución. De la antigüedad hasta nuestros. Editorial Trotta, Madrid. Primera Edición en español 2001. Segunda edición 2007.

José Justo Megías Quirós (c), Manual de Derechos Humanos, Thomson Aranzadi, 2006.

Carlos S. Nino, Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Luis Prieto Sanchís, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Editorial Palestra, Lima, 2007.

Farith Simon, La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución del 2008, publicado en “La Constitución Ciudadana”, compilador Diego Pérez, Editorial Taurus, Quito, 2009.

### **Jurisprudencia de la Corte Constitucional citada**

Sentencia de 9 de diciembre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega). Sentencias de los casos No. 0026-09-AN de 8 de octubre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 0005-09-IS de 29 de septiembre del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); No 0187-2009 de 6 de agosto del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); No. 0159-09-R de 15 de julio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ;No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 1075-07-RA de 16 de junio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); Nro. 0086-09-RA de 16 de junio del 2006 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega); Nro. 0060-2009-RA de 16 de junio del 2009 (Jueza Ponente Nina Pacari Vega) ; No. 0126-09-EP de 1 de octubre del 2009 (Juez sustanciador Edgar Zárate Zárate); No. 1147-08-RA de 22 de julio del 2009 (Juez Ponente Roberto Bhrunis); No. 1493-08-RA de 30 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato);No. 0150-09-RA de 30 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato); No. 0139-09-RA de 23 de junio del 2009 (Juez Ponente Fabián Sancho Lobato); No. 0022-2009-RA de 24 de diciembre del 2009 (Jueces ponentes Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemarie); de 5 de diciembre del 2008 (Juez Ponente Roberto Bhrunis Lemarie); Caso No. 0269-09-EP de 13 de enero del 2010 (Juez Ponente Edgar Zárate); No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Jueza Ponente Ruth Seni Pinoargote); No. 0038-08-EP (Ponente Edgar Zárate); Caso 0064-08-EP (Ponente Nina Pacari Vega); No 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 (Ponente Patricio Pazmiño); No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (Ponente Patricio Pazmiño); No. 0002-09-IS de 3 octubre del 2009 (Ponente Freddy Donoso); No. 0290-09-EP de 13 de enero del 2010 (Juez Ponente Ruth Seni Pinoargote); No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Juez Ponente Ruth Seni Pinoargote) ; No. 0050-08-EP de 19 de mayo del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); No. 0064-08-EP de 14 de mayo del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega); de 11 de marzo del 2010 (Juez Sustanciadora: Nina Pacari Vega); 13 de agosto del 2009 (Juez Ponente Nina Pacari Vega). Sentencias de los casos No. 0025-09-CN de 25 de febrero del 2010 (Jueza Constitucional Nina Pacari Vega Vega); No. 1082-2008-RA de 7 de julio del 2009 (Juez Ponente Manuel Viteri Olvera); No. 1197-2008-RA de 30 de junio del 2009, No. 0839-2007-RA de 2 de abril del 2009, No. 0544-2007-RA de 2 de abril del 2009 (Juez Ponente Roberto Bhrunis); No. 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009; No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (Juez Ponente Patricio Pazmiño); No. 0615-2008-RA de 25 de agosto del 2009 (Juez Ponente Freddy Donoso); s/n de 2 de diciembre del 2008 (Juez Alfonso Luz Yunes); No. 0103-09-EP de 19 mayo del 2009 (Juez Sustanciador Dr. Roberto Bhrunis Lemarie); No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (Jueza Ponente Ruth Seni).

