

# UCUENCA

## Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

### **La determinación del núcleo esencial del derecho: Una metodología para evaluar la constitucionalidad de las demandas de acción de protección**


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado

**Autor:**

Pedro Andrés Moreno Delgado

**Director:**

Julio Teodoro Verdugo Silva

ORCID:  0000-0002-3984-0467

**Cuenca, Ecuador**

2024-03-05

## Resumen

En la práctica consuetudinaria de las demandas de acción de protección, los jueces constitucionales se enfrentan al desafío de que los demandantes activen la justicia constitucional para asuntos que podrían resolverse satisfactoriamente a través de procedimientos ordinarios. La responsabilidad correlativa de estos jueces sería desestimar tales demandas por improcedentes. No obstante, esto conlleva la obligación de proporcionar una motivación suficiente, la cual no siempre es fácil de ofrecer, sobre todo cuando se considera que los jueces cuentan únicamente con instrumentos interpretativos insuficientes o inaplicables para las normas de rango constitucional, como lo son los métodos de subsunción, ponderación y aplicación de reglas jurisprudenciales.

Ante la limitación de los métodos tradicionales de interpretación jurídica, este trabajo busca dirigir la mirada hacia la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales como un posible método que resulte funcional para resolver el mencionado problema. Para cumplir este objetivo, se tendrá en un primer momento la obligación de adecuar la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales al contexto de la Constitución ecuatoriana y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Finalmente, integrando a dicha garantía como método dentro de un macrosistema bien organizado de todas las técnicas de interpretación constitucional existentes, a través de lo cual se brindará a los jueces constitucionales una guía que facilite la determinación de cuándo un derecho se ha visto vulnerado en su dimensión constitucional.

*Palabras clave:* fórmula política, epistemología, constructivismo



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

**Repositorio Institucional:** <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

### Abstract

In the customary practice of protective action claims, constitutional judges face the challenge of plaintiffs activating constitutional justice for matters that could be satisfactorily resolved through ordinary proceedings. The correlative responsibility of these judges would be to dismiss such claims as improper. However, this entails the obligation to provide sufficient motivation, which is not always easy to provide, especially when it is considered that judges have only insufficient or inapplicable interpretative tools for the norms of constitutional rank, such as the methods of subsumption, weighting and application of jurisprudential rules.

Given the limitation of the traditional methods of legal interpretation, this paper seeks to direct the gaze towards the theory of the essential core of fundamental rights as a possible method that may be functional to solve the aforementioned problem. In order to fulfill this objective, the first step will be to adapt the guarantee of the essential core of fundamental rights to the context of the Ecuadorian Constitution and the jurisprudence of the Constitutional Court of Justice. Finally, integrating said guarantee as a method within a well-organized macro-system of all the existing techniques of constitutional interpretation, through which constitutional judges will be provided with a guide to facilitate the determination of when a right has been violated in its constitutional dimension.

*Keywords:* political formula, epistemology, constructivism



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

**Institutional Repository:** <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

**Índice de contenido**

Resumen .....	2
Abstract.....	3
Dedicatoria.....	8
Agradecimiento .....	9
Introducción .....	10
Capítulo I: .....	13
De los derechos fundamentales y su núcleo esencial .....	13
1.    Del origen de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales.....	13
1.1.    La constitución de Weimar como antecedente necesario.....	13
1.2.    La Ley Fundamental de Bonn de 1949 .....	15
2.    Del significado del concepto de los derechos fundamentales.....	16
2.1.    Del convencionalismo social .....	17
2.2.    De los rasgos característicos que naturalizan al concepto .....	18
2.3.    De la naturaleza de los derechos protegidos .....	20
3.    De la restricción de los derechos fundamentales y de la determinación de su núcleo esencial .....	21
3.1.    Del objeto de protección de los derechos fundamentales .....	23
A.    Teoría subjetiva .....	23
B.    Teoría objetiva .....	24
C.    Sobre los mecanismos de limitación de los derechos fundamentales, teoría interna y teoría externa .....	26
D.    La teoría mixta y los aportes de Habermas.....	28

3.2.	De la estructura de los derechos fundamentales y los contornos de su núcleo esencial .....	30
3.3.	De las técnicas para la singularización del núcleo esencial de los derechos fundamentales .....	32
A.	El iusnaturalismo .....	33
B.	El empirismo.....	34
C.	El criticismo kantiano .....	35
D.	El constructivismo y la fórmula política.....	36
Capítulo II .....		39
De los derechos fundamentales y su núcleo esencial en el contexto ecuatoriano .....		39
1.	De la procedencia de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales .....	39
1.1.	La procedibilidad de la garantía del núcleo esencial del derecho en la legislación ecuatoriana.....	40
1.2.	De la aplicación de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales en la acción de protección. ....	42
2.	De los derechos fundamentales en la legislación ecuatoriana .....	44
3.	De la estructura de los derechos fundamentales en el Ecuador .....	46
3.1.	Un brevísimo repaso doctrinario, sobre la diferencia entre reglas y principios .	47
3.2.	De la estructura de los derechos constitucionales en el Ecuador.....	50
4.	Acerca del descubrimiento de la fórmula política ecuatoriana .....	51
Capítulo III: .....		59
Sobre el método prometido .....		59
1.	Nociones generales sobre la acción de protección .....	59
1.1.	Sobre la procedibilidad de la acción de protección y su relación con la multidimensionalidad de los derechos constitucionales .....	59

1.2.	Sobre los caracteres de la acción de protección .....	60
1.3.	La legitimación pasiva dentro de la acción de protección.....	62
2.	Sobre la concreción de un método que evalúe la constitucionalidad de las acciones de protección .....	64
2.1.	La fórmula política como instrumento argumentativo .....	64
2.2.	Acerca del examen de constitucionalidad de las demandas de acción de protección.....	67
A.	Una propuesta teórica general.....	67
B.	Situaciones singulares en el contexto de la acción de protección .....	70
a)	De las acciones de protección interpuestas para la defensa de los derechos de la naturaleza.....	71
	Conclusiones .....	73
	Referencias.....	77

## Índice de figuras

**Figura 1** *Diagrama de flujo acerca de los métodos de interpretación a utilizar para la declaratoria de vulneración de derechos constitucionales en las acciones de protección..... 70*

### Dedicatoria

A mi padre, Fernando. Fue el quien me enseñó que el mundo no se hizo para mediocres. Fue el que, con sus palabras al inicio de mi carrera universitaria, me enseñó que: dentro de la libertad que poseo para forjar mi destino, recae sobre mis hombros la correlativa responsabilidad de destacar.

Que si la vida me depara a dedicarme a la administración de justicia no descansaré hasta convertirme en el presidente de la Corte Constitucional, que si la academia es mi destino, no parare hasta ser rector de la universidad, que si la vida me manda a seguir mi camino en la política, no claudicaré hasta conseguir la presidencia de la república.

Lo único que podrá detenerme no será la fatiga, sino la muerte.

*“La muerte no es nada, pero vivir derrotado e inglorioso es morir a diario.”*

**Napoleón Bonaparte.**

A mi madre, Sandra. Fue ella durante toda mi vida el sostén anímico que impidió mi descarrió. Fue ella el pañuelo de mis lágrimas que me enseñó la virtud y a superar la adversidad. Fue ella la mujer que siempre confió y se siempre confiará en mí.

*“De la vida no quiero mucho. Quiero apenas saber que intenté todo lo que quise, tuve todo lo que pude, amé todo lo que valía la pena y perdí apenas lo que nunca fue mío.”*

**Pablo Neruda.**

**“Non licet omnibus adire Corinthum”**



## Agradecimiento

*A mis padres, por darme la oportunidad de estudiar.*

*A mis abuelos, por siempre representar un apoyo extra e incondicional en mi vida.*

*A mis hermanos, Juan, Paula y Camila, por representar aquel núcleo cercano en el cual he podido confiar desde muy niño.*

*A mis amigos cercanos en la universidad; César, Walter, Cisne, Erik, Alexis, César, Joseline, Camila, Cristina y Paulette. Todos ellos me enseñaron lo bueno de la vida universitaria.*

*A mis compañeros de clase en general, junto con quienes sufrí las desavenencias de la vida universitaria.*

*A mis amigos de vida; Joshua, Juan, Laura y hasta Julián y Coco, ustedes han sido parte representativa de mi vida desde antes de la universidad.*

*A Melissa, por ser aquella persona que ha representado parte importante en mi vida sentimental estos últimos 2 años.*

*A aquellos profesores que se esforzaron por enseñarme y darme los instrumentos necesarios para ser un buen abogado.*

*Y finalmente a la vida y al destino que me dio la capacidad para ser quien hoy soy.*

## Introducción

Mediante la carta política del 2008, se acentuó con mucha más fuerza el neoconstitucionalismo en Ecuador, siendo esta una corriente jurídica que se manifiesta como la antítesis del positivismo jurídico. Se caracteriza por la preeminencia de la Constitución y de los derechos fundamentales dentro de un sistema jurídico. Es por esta misma preeminencia que se ha afirmado que de nada nos serviría que el constituyente haya plasmado generosamente derechos en una Constitución si, a su vez, estos son restringidos, e incluso violentados por terceras personas o por el mismo Estado. Consecuentemente a estas ideas es que surge la imperiosa necesidad de generar garantías que salvaguarden los derechos fundamentales, garantías que aseguren que una carta constitucional no es un mero documento político-ideológico, sino que toma con fuerza la posición de una norma jurídica plenamente exigible y cuyo contenido es justiciable.

A pesar de que nuestra Constitución ha desarrollado dentro de sí varias garantías cuyo fin será que el contenido de la Constitución no sufra ninguna clase de ignominias, una de estas garantías podría levantarse como la más relevante dentro del ejercicio consuetudinario de los abogados constitucionalistas, siendo esta garantía la "Acción de Protección" que, en los términos del artículo 88 de la Constitución, tendrá por objeto "el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista vulneración de derechos constitucionales..." (Constitución del Ecuador, 2008, art. 88). Sin embargo, de este mandato constitucional, ha derivado una pregunta frecuente y posiblemente no absuelta en forma absoluta ni por la doctrina constitucional ni por el máximo órgano de la justicia constitucional. Esta pregunta es: ¿Cuándo ha existido vulneración de los derechos constitucionales?

La pregunta previamente formulada, a primera vista, no parecería albergar dentro de sí tanta complejidad. Sin embargo, esta comienza a esbozarse cuando se tiene en consideración: 1) que los derechos constitucionales constituyen la base de posteriores regulaciones normativas infraconstitucionales cuyo incumplimiento no amerita per se la declaratoria de violación de un derecho constitucional; y 2) que para los derechos constitucionales no sería asequible aceptar una aplicación de hermenéutica jurídica tradicional, en tanto que sus normas no tienen dentro de sí la naturaleza de las reglas sino la de los principios, lo cual, conduciría a aceptar que estas normas, pese a ser mandatos definitivos, no son absolutas, pues serían susceptibles de ponderaciones y, consecuentemente, podrían ceder ante principios opuestos.

Para la superación de los problemas avizorados y la subsiguiente obtención de la respuesta a la primera pregunta formulada, se han esbozado por lo menos 2 métodos, siendo estos: 1)

acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dentro de la cual el máximo intérprete de la Constitución, en uso de sus legítimas atribuciones, concretiza reglas jurisprudenciales de relativa fácil aplicación, a partir de las cuales se puede llegar a reconocer el momento en el cual un derecho constitucional se ha llegado a ver vulnerado. Un claro ejemplo de esto sería la sentencia 1158-17 EP/21, en la cual la Corte, a través de definir las deficiencias y los vicios motivacionales, estableció una serie de reglas que permiten definir cuando se ha visto vulnerado el derecho constitucional a la motivación. Y 2) el uso del principio de proporcionalidad, que sirve como método sistematizado que ha de determinar cuándo una afectación a un derecho constitucional representa una vulneración a este mismo derecho.

Estos métodos previamente señalados, sin embargo, tienen problemas insuperables que los vuelven insuficientes para resolver el cuestionamiento central de ¿Cuándo se han vulnerado derechos constitucionales? Estos problemas derivan:

- 1) De la multitud de situaciones jurídicas a través de las cuales se pueden vulnerar derechos constitucionales, lo cual vuelve francamente imposible la generación de reglas jurisprudenciales suficientes por parte de la Corte Constitucional para la resolución satisfactoria de todas estas situaciones jurídicas. Este problema se ve agravado cuando se toma en consideración la dificultad para determinar el inicio de las líneas jurisprudenciales y de situaciones fácticas relevantes para las reglas jurisprudenciales derivadas. En palabras de López Medina, en su obra; "El derecho de los jueces", de factores como "la ausencia de canonicidad"<sup>1</sup>, que las reglas son "dependientes de su razonamiento" y que, por la necesidad argumentativa, existe una "abundancia textual".
- 2) Del hecho de que la aplicación del principio de proporcionalidad solo ha de poder ser posible si previamente ya se ha aceptado que un derecho fundamental ha sido afectado, siendo este un método que busca evaluar la constitucionalidad de la afectación de un derecho y no tanto la determinación del momento en el cual se ha producido una vulneración a este mismo.

Frente a la insuficiencia de estos métodos para resolver el cuestionamiento previamente esgrimido, se vuelve necesario buscar nuevos horizontes teóricos que nos permitan alcanzar el objetivo de determinar cuándo un derecho constitucional ha sufrido una vulneración. Destacando previamente que es indisponible que la técnica que busquemos emplear para

---

<sup>1</sup> Diego López Medina al hablar de ausencia de canonicidad se refiere al hecho de que las reglas que se derivan de la jurisprudencia generalmente no son fácilmente reconocibles, pues estas no se encuentran conformes a una formulación autorizada, sino que más bien son una idea.

solucionar este problema ha de tener que encontrarse legitimada constitucionalmente, so pena de volverse esta una simple elucubración teórica sin mayor relevancia práctica. Es entonces que no parece descabellado dirigir la mirada a la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, como técnica que probablemente nos resulte funcional para descubrir cuando un derecho ha sido vulnerado. Ese ha de ser pues el objeto del presente trabajo: "el determinar de forma constitucionalmente legítima un método para descubrir el núcleo esencial de nuestros derechos fundamentales, método que se levantará como una técnica que permitirá a los juristas determinar cuándo un derecho fundamental se ha visto vulnerado y que, por tanto, es procedente la aplicación de la garantía jurisdiccional de la acción de protección".

Teniendo ya visualizado cuál ha de ser el horizonte del presente trabajo, lo que corresponde es llevar a cabo un orden sistemáticamente bien estructurado que nos permita alcanzar dicho objetivo. Este orden debe comenzar por conocer, en una amplitud suficiente, cuáles son los derechos fundamentales y los métodos previamente existentes en la doctrina que pretenden encontrar su núcleo esencial. Posteriormente, adaptaremos ese bagaje teórico a la realidad de nuestra Constitución, lo cual nos proporcionará los elementos insustituibles para construir, finalmente, una técnica adecuada basada en la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Esto nos permitirá lograr el tan anhelado objetivo de determinar el momento en el cual un derecho constitucional se ha visto vulnerado.

## **Capítulo I: De los derechos fundamentales y su núcleo esencial**

Si el objeto del presente capítulo ha de ser conocer de forma suficiente a qué se refiere la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, como herramienta necesaria para que, en un segundo momento, podamos utilizar este conocimiento adaptándolo al entorno constitucional ecuatoriano, entonces este primer capítulo no podrá llegar a estar completo si no hablamos, como mínimo, de cuál es el origen fáctico de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Este es un requisito necesario para contextualizar de forma suficiente nuestro estudio y, posteriormente, con conocimiento de causa, poder adentrarnos en temas puramente teóricos que han de versar sobre la definición de los derechos fundamentales, el marco de protección de los derechos fundamentales, el concepto de esencialidad de estos derechos y, finalmente, los métodos a través de los cuales podemos llegar a conocer este contenido esencial.

### **1. Del origen de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales**

#### **1.1. La constitución de Weimar como antecedente necesario**

Es nuestro deber mencionar que los derechos fundamentales solo pudieron llegar a tener nacimiento dentro de los Estados modernos y los Estados modernos tienen su fundamento en la teoría del contrato social. Por lo tanto, para comprender en qué consisten los derechos fundamentales, es necesario, en un inicio, comprender en qué consiste el contrato social.

El contrato social es una hipótesis que comienza a tomar fuerza poco antes de que se gestara la Revolución Francesa. Su objetivo es buscar mantener la legitimidad de la cohesión de las sociedades civiles, incluso cuando ya no exista un soberano que ejerza el papel de monarca y que, gracias a la fuerza de sus armas, pueda mantener unidas a estas mismas sociedades civiles en calidad de sus súbditos. Esta nueva hipótesis tiene generalmente su fundamento en una tesis utilitarista que abraza el argumento de la mayor favorabilidad de la convivencia en conjunto frente a lo poco agradable que pudiera resultar la vida en absoluta soledad. Sin embargo, lo que en principio es una tesis puramente utilitarista, a la vista de diferentes autores, es a la vez una tesis liberal en el sentido de que guarda ciertas esferas de libertad para los hombres, a las cuales no se puede renunciar, ni siquiera a pretexto del mayor bien para el grupo como unidad política. Esta esfera de derechos individuales de libertad tiene su justificación en que son derechos anteriores al mismo Estado, y por lo tanto, el Estado no puede afectarlos.

Este prelude resulta forzoso, pues sin él, no podríamos llegar a comprender en su totalidad la teoría de Carl Schmitt planteada en su *Verfassungslehre*. Esta teoría funge como antecedente y, al mismo tiempo, pretende describir la Constitución de Weimar de 1919, que inspira a la Constitución de Bonn de 1949, la cual es, sin lugar a dudas, el génesis de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, gracias a su artículo 19.2.

La Constitución de Weimar nace con la llamada coalición de Weimar, que reunió al Partido Socialdemócrata Alemán, al Partido Demócrata Alemán y al Zentrum católico. Estos, al obtener la mayoría en la Asamblea Nacional Constituyente, refundaron a la Alemania recién nacida en 1871<sup>2</sup>, en base a los principios de república y democracia. A esta nueva constitución, Carl Schmitt intentó describirla dentro de su “teoría de la constitución” como una constitución mixta, por albergar dentro de sí dos elementos históricamente heterogéneos: por un lado, el elemento liberal y apolítico del Estado de derecho burgués y, por otro, el elemento propiamente político.

Dentro de la teoría schmittiana de la constitución, cada uno de sus dos elementos estaba constituido, a su vez, por dos principios igualmente contradictorios. En el caso del elemento del derecho burgués, este se encontraba constituido por los principios de distribución y de organización<sup>3</sup>. Y por su parte, el elemento propiamente político resulta de la combinación de los principios político formales de la identidad<sup>4</sup> y de la representación<sup>5</sup>.

Para el objeto del presente trabajo, solo es necesario hablar acerca del principio de distribución dentro del elemento del derecho burgués, pues, de acuerdo con Schmitt, según este principio, los derechos de libertad del individuo son anteriores al propio Estado. Esto tiene como consecuencia que la libertad del individuo sea ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invalidarla es limitada. Esta idea es el fundamento que toma Schmitt para distinguir a los que él llama derechos fundamentales de los bienes jurídicos simples, pues a los primeros les ha de corresponder una reserva de ley en razón de su calidad de derechos fundamentales, mientras que a los segundos lo que les corresponde es simplemente garantías institucionales. Así, podemos hacer referencia a la libertad ambulatoria como un derecho fundamental que debe ser protegido no por una ordenación legal que obliga a que se lo proteja, sino porque el Estado

---

<sup>2</sup> Hasta antes de 1871 el territorio que ahora conocemos como Alemania estaba dividido entre principados y condados los cuales no conformaban entre sí un Estado-Nación como otros países de Europa. Alemania solo nacería como nación después de que estos condados y principados fueran unificados, creando el llamado Segundo Reich o Imperio Alemán, con Prusia a la cabeza.

<sup>3</sup> Este principio presupone que el poder del Estado en inicio se encuentra limitado y contenido dentro de un sistema de competencias.

<sup>4</sup> Este principio unifica a todo un pueblo como unidad política lo cual le permite diferenciarse de otros pueblos distintos a él.

<sup>5</sup> Este principio es por el cual el pueblo como unidad política resulta representado por un gobierno. —

no tiene competencia alguna para tocar este derecho fundamental, al este haberse constituido fuera del Estado. Contrario sensu, lo que sucede con instituciones como el matrimonio, las cuales, a pesar de deber ser protegidas, el fundamento de esta protección ha de poder encontrarse dentro del Estado, puesto que es requisito sine qua non la existencia del Estado para la existencia de la institución del matrimonio en los términos en los que esta institución ha sido concebida jurídicamente.

En resumen, aunque no sea correcto atribuirle a la Constitución de Weimar el papel del marco normativo que dio origen a la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, tenemos que entender que esta fue una pieza fundamental para iniciar aquellas especulaciones teóricas que en su momento serían el sustento de la Constitución de Bonn de 1949.

## **1.2. La Ley Fundamental de Bonn de 1949**

En este punto del presente trabajo, corresponde proporcionar un contexto sobre la situación política que llevó a la creación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y, a su vez, generar una comprensión del funcionamiento de la garantía del núcleo esencial del derecho dentro de esta misma constitución.

Aunque la Constitución de Weimar fue un hito trascendental en el avance del derecho constitucional, tuvo normas cuestionables, como el artículo 48.2, que otorgó competencias extraordinarias al poder ejecutivo, lo cual sirvió como base para la debacle del parlamentarismo en Alemania, contribuyendo al ascenso del nacionalsocialismo. La era del nacionalsocialismo en Alemania se caracterizó por la violación de derechos fundamentales, donde ni siquiera los frenos que presuntamente traía la reserva de ley fueron suficientes para evitar esta violación.

Después de la derrota nazi, se intentó refundar el Estado alemán, aprovechando lo positivo de la Constitución de Weimar y mejorando lo necesario para evitar errores pasados. Es entonces que nace la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

La Constitución de Bonn de 1949 creyó insuficiente la reserva de ley sola para proteger los derechos fundamentales, planteando la necesidad de asegurar una parte de los derechos fundamentales que no pudiera ser restringida ni por la propia ley. Así, a través del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, se positivizó la garantía del núcleo esencial del derecho, estableciendo que la restricción de derechos fundamentales solo es admisible mediante ley y bajo condiciones específicas.

La coyuntura social y política en la que surgió esta garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales nos lleva a entender que esta nació con el objetivo de limitar las facultades del legislador.

La reserva de ley juega un papel fundamental en este contexto, puesto que, la forma tradicional de reconocer los derechos fundamentales era mediante reservas de ley que los protegieran. Sin embargo, surgió una tribulación teórica sobre la situación jurídica de los derechos fundamentales cuando carecían de una reserva de ley que los protegiera. El Tribunal Federal Alemán resolvió que los derechos fundamentales sin reserva de ley pueden ser desarrollados e incluso limitados, siempre que exista una justificación constitucional.

Igualmente, un aspecto clave para entender la garantía del núcleo esencial de los derechos constitucionales es determinar si esta vincula a todos los poderes del Estado, y no solo a la legislación. La jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán en casos como "Elfes" sugiere una protección amplia, pero en el caso "Kalkar" afirmó que esta protección solo se aplica de manera indirecta a los poderes ejecutivos, ya que estos actúan a través de las competencias otorgadas por la ley.

Este breve repaso de la coyuntura que dio origen a la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales, junto con el conocimiento general del contexto constitucional, sienta las bases para construir una teoría ecuatoriana propia del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo, antes de embarcarnos en esta tarea teórica constructiva, debemos recopilar información que nos proporcione un bagaje teórico suficiente como cimientos fuertes para una edificación teórica constitucional legítima. El primer paso en esta misión es desentrañar el concepto de "derechos fundamentales".

## **2. Del significado del concepto de los derechos fundamentales**

Si el objetivo de este apartado es encontrar el significado del concepto de derechos fundamentales, es necesario aclarar en principio, que este objetivo puede lograrse mediante al menos tres métodos distintos. Estos métodos incluyen dar significado al nombre basándonos en; 1) convenciones sociales, 2) las características que naturalizan a dichos derechos y, por último, 3) la naturaleza de los derechos protegidos.



## 2.1. Del convencionalismo social

El primer método que busca determinar el significado del término "derechos fundamentales" es aquel que busca encontrarlo a partir del convencionalismo social. Para su correcta aplicación, será necesario realizar un análisis comparativo entre conceptos que, a primera vista, parecieran ser sinónimos, como son los términos de "derechos humanos", "derechos constitucionales" y "derechos fundamentales". Este proceso se utilizará con el fin de lograr la precisión terminológica deseada.

El concepto de "derechos humanos" generalmente se ha utilizado para referirse a un grupo de derechos que han sido proclamados y protegidos internacionalmente, cuyo origen se deduce de la dignidad humana como presupuesto que vuelve a estos derechos intrínsecos a la calidad de ser humano y, por tanto, son anteriores a cualquier pacto o contrato social. Esto tiene como indudable implicación que estos derechos no son adquiridos por medio de un título jurídico y, por ende, tampoco puede ser una norma jurídica la causa de su pérdida.

Por su lado, el concepto de "derechos constitucionales" es quizás el de más fácil explicación, ya que lo que lo caracteriza se puede sintetizar en rasgos formales. Así, convencionalmente, se han categorizado como derechos constitucionales aquellos derechos que efectivamente se encuentran positivizados en el texto de la constitución de un Estado.

Finalmente, el término "derechos fundamentales" tiene su origen en la constitución alemana de 1849 "Verfassung der Paulskirche", la cual nunca llegó a entrar en vigor. No fue sino hasta la constitución de Weimar que el concepto se retomó, en principio, naturalizándose por ser una clase de derechos dentro de la legislación alemana cuya existencia se encontraba protegida por diversas garantías. Este concepto constitucional terminó siendo tan útil que fue replicado posteriormente en otras legislaciones europeas y terminó por convertirse en un concepto utilizado por toda la comunidad europea, a partir de que en 1969, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que le ha de corresponder proteger los derechos fundamentales de las personas en cuanto estos son principios generales del Derecho Comunitario. En la actualidad, el concepto de derechos fundamentales ha sobrepasado la barrera de ser una institución especialísima del derecho alemán u otro ordenamiento jurídico que expresamente contenga esta expresión dentro de sí. Todo esto derivado de que el concepto de derechos fundamentales ya no se circunscribe a una institución jurídica de una legislación en específico, sino que más bien tiene que ver con una clasificación de derechos que son considerados trascendentes en una comunidad política determinada y, por lo tanto, deben ser sujetos de una protección estatal especial.

De esta manera, en nuestro análisis comparativo de los términos antes mencionados, podemos llegar a concluir que, a pesar de que los conceptos de; derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales, pareciesen, en un primer momento, sinónimos, estos no necesariamente lo son, aunque sí guarden dentro de sí una estrecha relación que podría ser descrita de la siguiente forma: los derechos humanos son mínimos éticos derivados de la dignidad humana y que, al encontrarse protegidos por la comunidad internacional, deben ser observados por todas las legislaciones del mundo. En cambio, los derechos constitucionales son todos aquellos derechos que se encuentran positivizados en la constitución, pero que para su creación, el legislador constituyente no tiene absoluta libertad creativa, sino que ha de atenerse al marco que previamente se encuentra prescrito por los derechos humanos, y finalmente, los derechos fundamentales son parte de los derechos constitucionales, los cuales, por su trascendencia, han llegado a ser protegidos con especiales garantías.

## **2.2. De los rasgos característicos que naturalizan al concepto**

El concepto de los derechos fundamentales ha sido tratado por una gran cantidad de autores, lo cual ha conllevado que, a su vez, existan una multitud de rasgos característicos, entre los cuales se encuentran rasgos que generalmente han sido aceptados por la doctrina y otros que han sido ampliamente criticados. En este apartado, intentaremos dar una visión general de todos estos.

En primer lugar, corresponde hacer referencia a dos elementos principales de los derechos fundamentales que han sido generalmente aceptados en la doctrina, siendo estos: un elemento formal, relativo a la garantía constitucional que tiene el derecho, y otro elemento material, referido a la significación sustantiva que poseen los derechos protegidos. Para comprender en forma suficiente el contenido de estos dos elementos, parece necesario hacer una breve referencia a los criterios que han vertido tanto Klaus Stern como Robert Alexy acerca de los rasgos que naturalizan a los derechos fundamentales.

Por su parte, Stern opina que los derechos fundamentales han de caracterizarse por su “fundamentalidad, positividad y constitucionalidad” (Casal, 2020, p.22). Su elemento de la fundamentalidad tiene que ver con la trascendencia del derecho para la persona y para el orden jurídico. El elemento de la positividad tiene que ver con que el derecho en cuestión sea una exigencia resultante de una norma jurídica y no del derecho natural. Finalmente, el elemento de la constitucionalidad es un concepto autoexplicativo, pues se refiere al lugar que la positividad que el derecho en cuestión ocupa en el sistema jurídico.

Alexy, en cambio, ha atribuido cuatro rasgos característicos a los derechos fundamentales, siendo estos: su máximo rango, su máxima fuerza jurídica, la máxima importancia de su objeto y su máximo grado de indeterminación. El rasgo del máximo rango tiene que ver con la inserción de dicho derecho dentro de la constitución, la cual toma dentro del sistema jurídico la posición de la norma suprema. El rasgo de la máxima fuerza jurídica tiene que ver con la vinculación necesaria de los derechos fundamentales con todos los poderes públicos. Por su lado, el rasgo de la máxima importancia de su objeto consiste en la relevancia del derecho para las personas. Y finalmente, el rasgo del máximo grado de indeterminación es el que supone que las disposiciones que consagran a los derechos fundamentales tienen un carácter abierto.

En las teorías tanto de Stern como de Alexy, podemos observar los mencionados elementos formal y material de los derechos fundamentales. Así, podemos encontrar en la teoría de Stern el elemento formal, en los rasgos que este autor define como positividad y constitucionalidad, y también podemos ubicar el elemento material en el rasgo definido como fundamentalidad. De forma análoga, en el caso de Alexy, podemos avizorar el elemento formal en los rasgos de máximo rango, máxima fuerza jurídica y máximo grado de indeterminación, mientras que el elemento material puede llegar a ser localizado en el rasgo definido como “la máxima importancia de su objeto”.

Conocidas ya las características de los derechos fundamentales que no son sujetas de mayores conflictos y críticas, lo que nos queda es conocer aquellas características cuya aceptación no es unánime en la doctrina y que, por tanto, se encuentran sujetas a reproche, siendo las principales: la característica de la “universalidad” y la de la “resistencia jurídica”. Para tratar la primera característica, hemos de recurrir a los planteamientos de Luigi Ferrajoli, mientras que, para tratar la característica de la resistencia jurídica, tendremos que atender a lo dicho por la doctrina española.

La característica de la universalidad deriva del concepto de derechos fundamentales aportado por Luigi Ferrajoli, quien los define como: “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” (Ferrajoli, 2002, p.37). El autor nos habla de que este concepto tiene un carácter teórico y formal o estructural. El carácter formal o estructural es el que nos interesa, ya que este resulta de la característica de universalidad, la cual se explica presuntamente porque estos derechos son inherentes a los seres humanos, por lo cual serán universales en tanto correspondan universalmente al género humano. Sin embargo, a esta característica de la universalidad se le pueden hacer varias críticas derivadas principalmente de

ciertos derechos de índole político o prestacional que, a pesar de poder llegar a ser considerados como fundamentales, solo corresponden a quien tenga la condición de nacional o ciudadano de un determinado país y no, como afirma Ferrajoli, de su sola condición de pertenecer al género humano.

La última característica atinente a la “resistencia jurídica” de los derechos fundamentales tiene que ver con el supuesto impedimento que tiene el legislador para limitar dichos derechos. Sin embargo, dicha característica no ha permanecido libre de críticas, ya que, como veremos más adelante, los derechos fundamentales son susceptibles de limitación legislativa.

Es entonces que, con este breve análisis, podemos llegar a definir a los derechos fundamentales como aquellos que cumplen las características que la doctrina les ha otorgado, tomando en consideración que existirán ciertas características indisponibles del concepto de derechos fundamentales, como son los antes vistos elementos formal y material. Esto, sin perjuicio de la existencia de otros rasgos o características como la universalidad y la resistencia jurídica que, a pesar de que su aceptación en la doctrina no es unánime, podrían ser considerados como indicios de la existencia de un derecho fundamental.

### **2.3. De la naturaleza de los derechos protegidos**

Si bien el concepto de los derechos fundamentales, de forma abstracta, puede definirse con respecto a los rasgos observados en la sección anterior, también nos será útil para entender su significado, el abordar la naturaleza de los derechos susceptibles de ser clasificados como fundamentales. Especialmente al observar que constituciones como la de Bonn en Alemania y la española de 1978 suelen mostrar cierta reserva para considerar como derechos fundamentales a aquellos derechos que la doctrina a otorgado el calificativo de “sociales”, los cuales se caracterizan por requerir para su cumplimiento de obligaciones prestacionales por parte del Estado.

El caso de la constitución española de 1978, es el ejemplo más característico de esta aparente división entre derechos fundamentales y derechos sociales. Esto se debe a que el capítulo III del título I de la constitución española regula, la política económica y social del Estado, y es este mismo capítulo el que excluye a los derechos contenidos en él de la categoría de fundamentales al expresar que estos principios "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción

ordinaria de acuerdo a lo que dispongan las leyes que los desarrollen<sup>6</sup> (Constitución Española, 1978, art.53.2)

Así, las constituciones, a las cuales tradicionalmente se les atribuye el origen de la categoría de "derechos fundamentales", como la mencionada anteriormente, han demostrado un celo característico a asignar esta calificación a los derechos de índole social. No obstante, el concepto de derechos fundamentales, como se observa en la sección referente al convencionalismo social, ya no se encuentra limitado a una legislación específica. Por lo tanto, su significado tampoco debe estar irremediabilmente vinculado a lo establecido por una constitución o, en su defecto, a la voluntad de su constituyente. Más bien, debido a su nueva generalidad, su interpretación ha de tener que depender de parámetros más universales, como el avance de los estudios en el campo del derecho constitucional.

Consecuentemente, la anterior exclusión de una porción de derechos de la categoría de fundamentales pierde sentido, ya que la evolución constante de las constituciones se ha inclinado más bien a ampliar dicha categoría a una variedad cada vez más extensa de derechos, ya sean estos de primera, segunda, tercera o cuarta generación<sup>7</sup>.

La doctrina ha respaldado esta corriente expansiva argumentando principalmente que; 1) la categoría de los llamados "derechos sociales" carece de homogeneidad conceptual, ya que la estructura de estos es similar a la de los clásicos "derechos de libertad", como bien puede ser confirmado al observar, por ejemplo, el derecho de libertad sindical. Y 2) varios llamados derechos de libertad contienen dentro de sí significativas dimensiones prestacionales.

En conclusión, la categoría de derechos fundamentales, no puede circunscribir su uso solamente a aquellos derechos que tengan por naturaleza la protección de la libertad de las personas, pues no existe como tal un fundamento fuerte que actualmente sostenga dicha tesis.

### **3. De la restricción de los derechos fundamentales y de la determinación de su núcleo esencial**

---

<sup>6</sup> Este artículo evidencia la exclusión de los derechos sociales de la categoría de derechos fundamentales, ya que establece dentro de su precepto normativo que, para el cumplimiento de estos derechos, se requiere una ley ordinaria. Por lo tanto, se les excluye de las garantías para su cumplimiento directo, las cuales si se observan en los derechos considerados como fundamentales.

<sup>7</sup> Esta clasificación de derechos funciona de la siguiente manera; primera generación: derechos civiles y políticos. Segunda generación: derechos económicos, sociales y culturales. Tercera generación: derechos de solidaridad. Cuarta generación: derechos digitales y ambientales. Esta clasificación no es estricta ni universalmente aceptada por la doctrina.

Resulta de imperiosa necesidad resaltar el hecho de que la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales nace como un contrapeso al poder del legislador, para impedir que este, a través de leyes, restrinja los derechos garantizados en la constitución a tal punto de desnaturalizarlos e incluso eliminarlos. Este primer planteamiento trae como consecuencia que los derechos fundamentales, en un primer momento, pueden llegar a estar sujetos a restricciones por parte del legislador, y esa idea es correcta si contemplamos que los derechos fundamentales, desde un principio, son limitados, pues si la carta política de un país no tuviera la prudencia de definir los contornos o límites de los derechos establecidos en ella, la irremediable consecuencia sería que solo diríamos tener derechos entendiendo este concepto de forma abstracta, como una masa de proporciones infinitas que no pudiera ser asequible a nuestra inteligencia, sino mediante analogías que asimilarían a los derechos con los deseos.

Es de esta forma que los derechos fundamentales, por necesidad conceptual y por imposibilidad material, deben estar limitados en principio, pero estos no solo son limitados, sino que también son limitables y susceptibles de desarrollo por parte del legislador. Las limitaciones, por su parte, han de tener que justificarse a través de la necesidad que derive de la protección de otros derechos fundamentales o de intereses colectivos.

Es comprensible la aceptación de la limitación de derechos fundamentales cuando se considera que ningún derecho fundamental es absoluto. Siendo esa una premisa de fácil comprobación en la realidad, pues ni siquiera el derecho a la vida, que tradicionalmente ha sido considerado como absoluto, en la práctica lo es. Así, podemos mencionar ejemplos como el de la legítima defensa o el estado de necesidad como supuestos establecidos en la legislación penal que hacen válida constitucionalmente la limitación del derecho a la vida.

En el mismo sentido, el desarrollo de los derechos fundamentales por parte del legislador puede también ser comprobado de forma empírica en cuanto observamos que derechos regulados constitucionalmente, como es el caso del derecho al trabajo, son a su vez desarrollados a través de normas legales como los códigos atinentes a la materia en las diferentes legislaciones, códigos los cuales regulan situaciones jurídicas que jamás las podríamos encontrar previstas en la carta fundamental de un determinado Estado.

El conocer la potestad limitadora y desarrolladora que posee la legislación sobre los derechos fundamentales es un tema de fundamental importancia en tanto sirva para entender que esta potestad no es absoluta y justamente la garantía del núcleo esencial tiene asidero solo cuando se acepta la tesis de que existe una sustancia de cada derecho fundamental cuyo contenido no ha de tener que ser limitado. El nuevo problema que evidentemente nace es: ¿Cómo nosotros

podemos encontrar a este núcleo esencial de los derechos fundamentales? La respuesta a esta pregunta ha intentado ser resuelta en la doctrina atendiendo, por lo menos, a tres necesidades conceptuales: la primera relacionada con el objeto de protección de los derechos fundamentales, la segunda con la demarcación de los contornos de su núcleo esencial y finalmente, pero no por eso menos importante, la atinente al método necesario de ser utilizado para descubrir este núcleo esencial.

### **3.1. Del objeto de protección de los derechos fundamentales**

#### **A. Teoría subjetiva**

En el momento en que la idea de los derechos fundamentales nace en el mundo, se presupuso que estos tenían por objeto de protección aquellos derechos subjetivos de las personas pertenecientes a un Estado particular. Esto como consecuencia de la presunción de la existencia previa al Estado de estos derechos individuales, que no debían sino ser entendidos como las mínimas libertades que las personas deben guardar incluso en perjuicio de los intereses del Estado.

Es en este sentido que esta teoría subjetiva utiliza como medio de evaluación de la vulneración de los derechos fundamentales a los casos particulares donde estos se han visto limitados, teniendo como premisa directora de este proceso el que "el derecho fundamental limitado ha resultado ser vulnerado en tanto que a la persona a la cual le pertenecía el ejercicio de dicho derecho no le subsistiera ni un mínimo reducto de este". Un ejemplo de una posible vulneración a un derecho fundamental utilizando este método lo podríamos encontrar con respecto a un derecho que, aunque establecido en la constitución ecuatoriana, usualmente se defiende la tesis de la imposibilidad de su defensa a través de la justicia constitucional. Me refiero al derecho a la propiedad, el cual se vería vulnerado, bajo los mandamientos de este método, si el Estado, a través de una norma, produjera la pérdida absoluta de la capacidad de goce de este derecho en una persona en particular o en un grupo de personas. Queriendo esto decir que dicha persona o grupo de personas ya no fuesen capaces de adquirir, administrar ni de mantener el dominio de ningún bien. Por lo tanto, ya no podrían en esta situación hipotética ejercer en absoluto el derecho a la propiedad.

Esta primera tesis, que ha sido propuesta por la teoría subjetiva, encuentra sus falencias y críticas justamente cuando observamos situaciones jurídicas en las cuales los derechos constitucionales frente a casos particulares parecen, en la práctica, quedar reducidos a tal punto que no queda libre ni un solo reducto de estos. Ejemplos de esto los encontramos en

legislaciones como la alemana que, al permitir la cadena perpetua como sanción a determinadas infracciones penales, se diría que restringe de forma absoluta el derecho de libertad ambulatoria. Otro ejemplo que no solo debe circunscribirse a determinadas legislaciones, sino que ha sido usado de forma casi unánime en las legislaciones occidentales, es la causa de justificación llamada legítima defensa, figura que supone que bajo determinadas circunstancias el derecho a la vida podría ser reducido de forma absoluta.

Los ejemplos de las incompatibilidades entre la tesis sostenida por la teoría subjetiva y la realidad jurídica de diversos países, abundan. Por lo tanto, si buscamos armonizar las diversas realidades jurídicas con la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales, parece casi obvia la distancia que debemos tomar con respecto a esta teoría subjetiva de la determinación del objeto de protección de los derechos fundamentales.

## **B. Teoría objetiva**

Frente a los planteamientos y, principalmente, ante los defectos de la teoría subjetiva, surge la teoría objetiva. Según esta última, el ámbito protegido esencial de los derechos fundamentales no correspondería a las facultades, voluntad o pretensiones de los individuos particularmente observados, sino que se vincularía con la protección de la norma en sí misma.

Este criterio, conforme a lo entendido en esta teoría, ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 53/1985, y también ha sido observado y defendido por parte del Tribunal Federal Alemán en la sentencia sobre la "interrupción del embarazo" de la siguiente manera:

"La obligación del Estado de proteger es amplia. Ella prohíbe no sólo las injerencias estatales directas en la vida que se está desarrollando, sino también impone al Estado la obligación de adoptar una postura promotora y protectora de esta vida. Esto significa, principalmente, que también debe protegerla de injerencias antijurídicas por parte de otros." (Schwab, 2009, p.117)

Para la determinación del objeto de protección de los derechos fundamentales, a partir de lo propuesto en esta teoría objetiva, sería posible el uso de al menos dos técnicas distintas. La primera obedece a la teoría interna de la limitación de los derechos fundamentales, la cual trataremos más adelante en la presente obra por necesidad de sistematicidad; y la segunda técnica, que tiene por fundamento la teoría que busca concebir a los derechos fundamentales



como instituciones.

Es primordial, entonces, para entender la teoría objetiva aquí planteada, que previamente comprendamos el concepto de "instituto". Este concepto proveniente de la teoría de Maurice Hauriou, un destacado jurista francés que propuso a inicios del siglo XX el entendimiento moderno de las instituciones, en contraposición al método puramente exegético propuesto por la escuela antigua de las instituciones. Hauriou, para su teoría, parte de la aceptación previa de la existencia de instituciones que juegan un papel importante en la sociedad sin que todos sus alcances puedan ser deducidos de un método exclusivamente normativo.

Como Hauriou plantea en el desarrollo de su concepto de las instituciones-personas<sup>8</sup>, estas mantienen una fisiología tripartita compuesta por: la idea de una obra a realizar<sup>9</sup>, un poder de gobierno<sup>10</sup> y la manifestación de comunión<sup>11</sup>. Elementos que, en su conjugación, dan vida a la institución convencionalmente concebida y que, jurídicamente, debe de ser protegida. En otras palabras, lo que plantea Hauriou es que el concepto de la institución no surge solamente de la norma, sino que es la conclusión de un ejercicio dialéctico que surge de la contraposición de la norma, la cual juega el papel de directriz, y los conceptos que la misma sociedad le ha otorgado a esa norma o directriz. Como resultado, esta norma no es estática, sino que se encuentra en constante evolución de la mano de la sociedad en la que se desarrolla.

La obra de Hauriou a pesar de ser anterior a la teoría de los derechos fundamentales y a la de su núcleo esencial; igualmente tuvo una notable influencia en la posterior teoría de Häberle, la cual pretende dotar del carácter de instituto a los derechos fundamentales. Esta última teoría, siendo aquella que postula: "los derechos fundamentales como institutos no dependen, conceptualmente en su permanencia, de la voluntad subjetiva de determinados individuos, sino que viven estando presentes en la conciencia de una pluralidad indeterminada de individuos." (Häberle, 2003, p.107). Es entonces que, solo a través del entendimiento conjunto de las teorías de Maurice Hauriou y Peter Häberle, nosotros podemos llegar a comprender que la protección de los derechos fundamentales no necesariamente debe estar vinculada a la

---

<sup>8</sup> Hauriou en la década de 1920 cuando su pensamiento institucionalista se encuentra maduro, diferencia 2 tipos de instituciones; las instituciones-cosas, las cuales le atañen al derecho privado y las instituciones-personas, concepto que desarrollamos en esta obra.

<sup>9</sup> La idea de "obra a realizar" de Hauriou, es una especie de directriz que se encuentra subjetivamente presente dentro de un grupo de personas. Así tenemos la idea de justicia, que, aunque incognoscible en un primer momento de forma objetiva, su permanencia en el tiempo dentro de una sociedad, hace que esta idea gane una corporeidad, aunque esta siga siendo abstracta.

<sup>10</sup> Hauriou concibe a este concepto como; un conjunto de individuos, que tienen reglas de procedimiento y medios de poder, los cuales se encuentran al servicio de la obra a realizar

<sup>11</sup> La idea de "manifestación de comunión" en la teoría de Hauriou es bifronte, por un lado la comunión se encuentra presente en una sola obra a realizar y por otro, se encuentra a la comunión en cuanto a los órganos de gobierno que se emplean como medio para la realización de la obra

protección de los derechos subjetivos de una determinada persona, esto en razón de que los derechos tienen dentro de sí un valor para la sociedad, por haberse configurado a través de ellos, de forma intersubjetiva, instituciones jurídicas.

Por último, en este apartado es necesario señalar las deficiencias que afectan a la teoría objetiva. En consecuencia, es obligatorio mencionar que el principal punto desfavorable de esta teoría surge del hecho de que, si su aplicación dentro del derecho es absoluta, esto conllevará como innegable consecuencia la atribución de enormes facultades a la legislación en perjuicio de los sujetos de derecho individualmente considerados. Lo cual, traería consigo la desnaturalización de los derechos fundamentales y de la garantía de su núcleo esencial, desde un punto de vista histórico, social y teleológico, vaciando así de la razón de ser a estos conceptos jurídicos. Por esta razón, la doctrina constitucional ha abogado más bien por utilizar las teorías objetiva y subjetiva como complementarias y no como mutuamente excluyentes, desarrollando de esta forma una teoría mixta, la cual se observa en toda su extensión mediante la teoría de Peter Häberle. Esta última siendo inentendible e incompleta si previamente no hablamos de los mecanismos de limitación de los derechos fundamentales, a los cuales ya nos adelantamos solamente a mencionarlos, en el cuarto párrafo de este apartado.

### **C. Sobre los mecanismos de limitación de los derechos fundamentales, teoría interna y teoría externa**

Previamente, ya habíamos observado que los derechos fundamentales son susceptibles de ser limitados, siendo una cuestión que, en palabras de Robert Alexy, incluso parece una obviedad. Sin embargo, la verdadera controversia acerca de la limitación de los derechos fundamentales radica en la forma en la cual ha de determinarse las limitaciones aceptables para cada derecho fundamental, siendo las posibles soluciones que la doctrina ha esbozado las referentes a la teoría interna y a la teoría externa.

La teoría interna pretende dibujar los contornos de la limitación de los derechos fundamentales con sustento en el propio contenido de la norma constitucional, sosteniendo esta teoría que dentro de la misma norma se encuentra de forma intrínseca la delimitación de cada derecho. Esta primera idea haría pensar que la estructura de las normas constitucionales tuviera similitudes significativas con las reglas, lo cual no siempre es cierto y muchas veces ni siquiera es lo común, pues en general, las constituciones se han caracterizado por tener normas que, en palabras de Alexy, serían de “textura abierta”. Este rasgo característico de las normas constitucionales hace que, para la aplicación de la teoría interna aquí desarrollada, se dependa de construcciones analíticas realizadas por los tribunales o cortes constitucionales, las cuales

se verán materializadas mediante argumentos retóricos que parten presuntamente de directrices orientativas fundadas en la misma norma constitucional.

Si bien es cierto que este método ha sido ampliamente utilizado por diversas cortes constitucionales, como por ejemplo la propia Corte Constitucional ecuatoriana, no por eso es menos cierto que este mismo método suele ocultar dentro de sí una faceta de decisionismo judicial, por lo cual se vuelve difícil encontrar derroteros bien definidos que sean utilizados de forma unánime por la justicia constitucional y que vuelvan previsibles las consecuencias jurídicas de las acciones constitucionales que fueren presentadas. Uno de los ejemplos más claros de este hecho se manifiesta en la línea jurisprudencial ecuatoriana respecto de los derechos de la naturaleza. Línea jurisprudencial que parte de la directriz expuesta en el artículo 71 de la norma fundamental ecuatoriana, en el cual se plantea la protección de la naturaleza en cuanto un organismo conjunto poseedor de ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Este primer planteamiento fue, sin embargo, desnaturalizado en la sentencia No. 22-18-IN/21, en la cual el juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría usó un instrumento retórico dentro de su sentencia que corrompería el contenido del mandato constitucional antes expuesto al estructurar su argumentación en los siguientes términos: la naturaleza es un sujeto complejo conformado por elementos bióticos y abióticos que guardan entre sí una relación sistémica, es decir, que la afectación de uno de estos elementos puede producir la alteración del funcionamiento del sistema y por tanto concluye que todos los elementos de un ecosistema sin distinción alguna pueden ser sujetos de derechos constitucionales a priori (Corte Constitucional de Justicia del Ecuador, 2021). Esta reflexión distorsiona lo expuesto por la norma constitucional, pues dentro de una lectura objetiva, lo que esta última prevé es que el sujeto de derechos constitucionales sea la naturaleza en cuanto sistema complejo y no en cuanto los elementos que individualmente la componen sin distinción alguna. La complicación derivada de este razonamiento es que, con base en él, podría darse la circunstancia de que elementos de la naturaleza de poca importancia sistémica, verbigracia una hormiga o quizás incluso una “mona”, al verse afectados por un acto humano pudieran acceder a la justicia constitucional, lo cual en un primer momento no habría sido la intención del constituyente<sup>12</sup>.

Por su parte, la teoría externa partirá de la diferencia establecida entre reglas y principios, según la cual, como ha dicho Borowski, habrá “dos objetos jurídicos diferentes. El primer objeto es el derecho prima facie o el derecho no limitado, el segundo la restricción de este derecho...” (Borowskí, 2003, p.66 y 67).

---

<sup>12</sup> Esta idea fue también defendida por la jueza constitucional Carmen Corral Ponce en su voto salvado a la sentencia No. 22-18-IN/21. A su vez el notable jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni también se refirió a esta probable objeción en su obra; [“La Pachamama y el Humano”](#).

A través de este razonamiento, es posible la limitación del derecho constitucional prima facie, pero solo cuando se justifica, a partir del principio de proporcionalidad, la necesidad de restringir el derecho constitucional en cuestión para salvaguardar otro derecho. Por lo tanto, el fundamento de dicha limitación de un derecho fundamental se encontraría fuera del precepto normativo que constituye a este mismo derecho, lo cual le haría perder autonomía semántica al ser su concepto dependiente de otros derechos.

Finalmente, si pudiéramos caracterizar el conflicto entre ambas teorías, este tendría su basamento en la discusión sobre si los límites de los derechos fundamentales han de ser estáticos o fluctuantes acorde al caso bajo análisis. Las posibles soluciones a este debate solo podrán ser encontradas teniendo en consideración la teoría relativa y la absoluta de los límites del núcleo esencial del derecho<sup>13</sup>, teorías que trataremos más adelante en la presente obra. Por el momento, lo que nos corresponde es resolver el conflicto pendiente referente a la última teoría del objeto de protección de los derechos fundamentales, siendo esta la teoría mixta.

#### **D. La teoría mixta y los aportes de Habermas**

Sobre los problemas anteriormente avizorados respecto a las teorías subjetiva y objetiva, ha surgido una tercera posición, más bien ecléctica, la cual presupone la existencia de una doble dimensión de los derechos fundamentales. Esta teoría ha sido utilizada en sentencias tanto del Tribunal Constitucional Español como del Tribunal Federal Alemán. El Tribunal Constitucional Español, a través de la sentencia (120/1999), y el Tribunal Federal Alemán, mediante la sentencia sobre "la ley de las farmacias". En la última sentencia mencionada se puede observar el más evidente uso de esta tendencia ecléctica, ya que considera que el ejercicio de la profesión es un instituto que debe ser regulado, mientras que la libertad en el ejercicio de la profesión es un derecho subjetivo que debe ser protegido, observando que ambas son dimensiones que forman parte de un mismo derecho, el cual debe de ser entendido como una unidad inescindible.

Esta doble dimensión de los derechos fundamentales ha tenido un importante aporte por parte

---

<sup>13</sup> Lo que afirmo en este punto nace del siguiente razonamiento: si la determinación del contenido de los derechos fundamentales es intrínseca a la propia configuración normativa del derecho, como sugiere la teoría interna entonces su contenido también es estático y puede ser conocido a priori del caso en concreto lo cual tiene relación con lo mencionado en la teoría absoluta. En cambio, si la determinación del contenido de los derechos fundamentales depende de la conflictividad que tenga el derecho en concreto con terceros derechos en un caso particular, eso quisiera decir que el contenido de los derechos es fluctuante y solo cognoscible a posteriori de que el caso se ha producido, lo cual se encuentra en sinéresis con las ideas propuestas por la teoría relativa.

del jurista Peter Häberle, quien sostiene que la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales está sujeta a teorías contradictorias, por lo cual es indispensable condensar estas en sus puntos más sólidos. Así, Häberle plantea que la doble dimensión de los derechos fundamentales está en un condicionamiento recíproco, expresándose este como una relación complementaria entre el individuo y la sociedad. En este orden de ideas es que Häberle llega a la conclusión de que tan pronto como una libertad constitucional es restringida, la colectividad también se verá afectada.

Los aportes de Häberle a la teoría mixta del objeto de protección de los derechos fundamentales, solo pueden ser entendidos en su totalidad, cuando se observa su teoría respecto de la inmanencia de los límites de los derechos. Esta última siendo un método de delimitación del contenido de los derechos basado en la ponderación, la cual a opinión de Häberle debe realizarse a partir de las relaciones intrínsecas y sistemáticas de los derechos establecidos en la constitución. Este método, señalado fue igualmente validado y utilizado por el Tribunal Federal Alemán en su sentencia sobre el caso "Sozialhilfe", al mencionar que; "los límites inmanentes hay que determinarlos de manera especial para cada derecho fundamental" (Häberle, 2003, p. 53).

En esta sección deberemos de comprender, por último, que la teoría de Häberle no se circunscribe ni al método de la limitación de los derechos fundamentales, relacionado con la teoría interna, ni al relacionado con la teoría externa.

No se adscribe a la teoría externa, ya que, Häberle considera que esta teoría surge de una interpretación defectuosa del contrato social, donde la libertad solo puede ser entendida como la obligación del Estado de no intervenir en lo que concierne a los derechos individuales de las personas. Este razonamiento es sumamente perjudicial, pues llevaría a tratar todo acto de los poderes públicos como un acto de injerencia externa, llegando incluso a considerar como restricción de derechos al acto del legislador inclinado a desarrollar el contenido de los derechos fundamentales.

Tampoco Häberle se adscribe a la teoría interna, ya que su pensamiento utiliza la ponderación como criterio de delimitación de los derechos fundamentales, lo cual evidentemente niega la existencia de contornos estáticos y preexistentes de los derechos, los cuales puedan llegar a ser inferidos a partir solo del precepto normativo<sup>14</sup> en el cual se encuentra configurado el

---

<sup>14</sup> Debe de entenderse este concepto en base a la división teórica que existe entre precepto normativo y norma, donde el precepto normativo es el conjunto de palabras y oraciones, mientras que norma es el significado que se colige de ese conjunto de palabras y oraciones.

derecho en cuestión.

En síntesis, la teoría de Häberle representa un avance significativo con respecto a las teorías objetiva y subjetiva sobre el objeto de protección de los derechos fundamentales. Ya que este autor al sostener dentro de su teoría, al concepto de derechos fundamentales como "institutos", los cuales son obras en constante construcción, supera tanto; la carencia de la teoría interna al reconocer el carácter estructural de los derechos como principios que requieren concreción para su aplicación, como la debilidad de la teoría externa al no condicionar la delimitación de los derechos a injerencias externas.

### **3.2. De la estructura de los derechos fundamentales y los contornos de su núcleo esencial**

La imposibilidad de limitación absoluta de los derechos fundamentales, colegida de la propia garantía del núcleo esencial de los derechos, trae consigo inmediatamente la formulación de la pregunta: ¿hasta qué punto no se podrán limitar estos derechos? Pregunta para la cual se han ensayado varias respuestas, algunas que postulan la posibilidad de limitación a priori y otras que ven lo anterior como imposible debido a que se piensa que los límites de dichos derechos no son intrínsecos, sino que solo pueden ser encontrados en la solución de casos concretos a través de la aplicación de principios como el de la proporcionalidad o el de la ponderación. De estas ideas es que surge un nuevo cuestionamiento: ¿los linderos de dicho núcleo esencial son siempre los mismos o acaso estos pueden ser sujetos a variación? O, en otras palabras, ¿el núcleo esencial de los derechos fundamentales puede llegar a ser determinado a priori o solamente puede encontrárselo en relación al caso en concreto? Todos estos cuestionamientos han sido la base del nacimiento de tres teorías distintas acerca de la estructura de los derechos fundamentales, siendo estas: la teoría absoluta, la teoría relativa y la teoría mixta o ecléctica.

La teoría absoluta es aquella a la que tradicionalmente se la ha representado por medio del esquema de un átomo, donde existen dos partes claramente definidas que han de configurar la composición de un derecho fundamental, siendo la primera de estas la que corresponde al sustrato intocable por la legislación y la segunda la cual concierne a la periferia susceptible de ser limitada. Lo que caracteriza a esta primera teoría es la existencia a priori del núcleo esencial, cuya delimitación resulta independiente a los hechos del caso en el cual se alegare la vulneración y que, por lo tanto, fuera posible conocerse por medio del solo uso de la razón. Esta teoría, en síntesis, asimila la estructura de los derechos fundamentales en su totalidad a la estructura de las reglas.

La teoría relativa, en cambio, viaja a las antípodas de la teoría absoluta, pues esta ya no tiende a considerar que los derechos fundamentales tienen una estructura estrictamente similar a la de las reglas, sino que ahora lo que plantea es que la estructura de los derechos fundamentales es exactamente la misma que la de los principios. Por lo tanto, los contornos de su núcleo esencial solo pueden ser conocidos a posteriori después de haber aplicado el principio de la proporcionalidad en amplio y en estricto sentido. Este método tendrá como consecuencia unos linderos flexibles de su núcleo esencial pudiendo ser estos tan amplios como la legislación lo decida o tan estrechos que solo se le podrá recriminar al legislador la violación de la garantía del núcleo esencial cuando el derecho haya desaparecido totalmente, evidentemente esto solo en cuanto el principio de proporcionalidad no hubiere sido previamente violentado.

Finalmente, la teoría mixta entiende a los derechos fundamentales como normas de estructura compleja, los cuales en parte obedecen a la estructura característica de las reglas y en otra parte obedecen a la estructura característica de los principios. Bajo estas condiciones, la configuración de los derechos fundamentales tomaría la siguiente morfología: el núcleo esencial de dichos derechos revelaría una estructura de regla, y la periferia de estos exhibiría una estructura de principio, por lo tanto, pudiera ceder esta parte del derecho ante principios opuestos, mientras que el núcleo fuese nuevamente un sustrato intocable para el legislador.

Con respecto a las teorías que buscan demarcar los contornos de los derechos fundamentales, no sería correcto valorar como de mayor validez o verdad una de estas en perjuicio de otra. Esto como consecuencia de que la elección de una de ellas dependerá de la configuración constitucional que haya establecido una legislación para sus derechos fundamentales, existiendo incluso la posibilidad de aplicar varias teorías dentro de una misma legislación aplicando estas a derechos diferentes cuyo contenido igualmente fuere diverso, pues no es extraño encontrar derechos dentro de una misma constitución cuya estructura no tiene relación alguna. Así, por ejemplo, en una misma constitución, el precepto normativo concerniente al derecho al trabajo puede establecer dentro de sus supuestos que este comprenderá "la libre elección de la profesión y las remuneraciones justas", mientras que dentro del precepto normativo relativo al derecho a la propiedad solo se mande de forma general "los ciudadanos gozarán del derecho a la propiedad".

Evidentemente el método o teoría aplicable para la demarcación de los contornos del núcleo esencial de cada uno de los derechos, establecidos dentro de los casos planteados será diferente.

Así tenemos que en el primer caso la teoría aplicable fuese la mixta, puesto que; por un lado,

existe un concepto como el de “remuneración justa”, el cual es abierto y no se encuentra previamente definido, por lo que se considera implícita la facultad de limitación que tendrá el legislador en este respecto, sin embargo, este mismo derecho del ejemplo también tiene dentro de sí un sustrato no sujeto a limitaciones por parte del legislador que inclusive pudiera ser conocido a priori, este sustrato es el que se refiere a “la remuneración libremente escogida”, pues un trabajo es libremente escogido o no lo es.

Método diferente será el aplicable al segundo ejemplo, en razón de que dentro del contenido del hipotético derecho a la propiedad, no se encuentra definido ningún elemento que nos guie a saber cuáles son los contornos específicos del derecho tratado, por lo cual la teoría relativa sería la aplicable al caso, esbozando en correspondencia a esta teoría una respuesta a la pregunta de, ¿Cuáles son los linderos del derecho a la propiedad? Bajo los siguientes términos: solo existirá vulneración al derecho a la propiedad en tanto no se tenga la posibilidad de poseer ni la facultad de goce ni la de ejercicio de ningún bien, siendo estas dos las únicas facultades derivadas del derecho de dominio o propiedad.

Con todo lo tratado hasta el momento en el presente trabajo, hemos descubierto ya, cuál es el objeto de protección de los derechos fundamentales y cuáles son las posibles estructuras de dichos derechos. Sin embargo, aún no llegamos a descubrir lo fundamental para cumplir el objetivo de esta obra; esto es, cuáles son los métodos para descubrir el contenido del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Justamente de ese tema nos hemos de ocupar ahora.

### **3.3. De las técnicas para la singularización del núcleo esencial de los derechos fundamentales**

El problema del conocimiento del núcleo esencial de los derechos fundamentales descansa en una cuestión epistemológica, es decir, en discutir y entender cómo podemos llegar a conocer hechos y construcciones sociales, como lo es el derecho. Este problema no es sencillo de resolver cuando se considera que las formas de entender el mundo dependen de los lentes a través de los cuales se vea este, y al existir una multitud de intérpretes, también existirán una multitud de visiones. Sin embargo, en esta variedad de formas de observar e interpretar el mundo, suelen existir coincidencias que dan lugar a escuelas epistemológicas. Algunas son aceptadas con más valor que otras, pero el conocimiento de todas es igualmente importante para adquirir las herramientas necesarias que nos permitan vencer el desafío que nos hemos propuesto.

A lo largo del último siglo, han sobresalido dos corrientes epistemológicas: el empirismo y el



constructivismo, según lo señala Comanducci. Aunque nos enfocaremos en estas corrientes, no limitaremos nuestro análisis exclusivamente a ellas, sino que también abordaremos otras corrientes epistemológicas en el ámbito del derecho, como, por ejemplo, el ius naturalismo.

### A. El iusnaturalismo

El iusnaturalismo resulta ser un innegable fundamento de la teoría de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales, justamente por la coyuntura política que dio paso a esta garantía.

Es así que la génesis de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales se produce bajo las siguientes circunstancias: el nacionalsocialismo había tomado el control del gobierno alemán después del nombramiento de Adolf Hitler como canciller de Alemania en 1933, a partir de ese suceso se habría vaciado de contenido la constitución a través de leyes atentatorias contra las dignidades más básicas de los seres humanos. Estos hechos propiciaron que todos aquellos juristas que habían tenido que sufrir ese doloroso momento histórico tomaran la tarea de buscar un método jurídico que impidiera que esa deplorable situación se volviera a repetir. Es entonces que gran parte de ellos dirigieron la mirada hacia el iusnaturalismo, en busca de una legitimidad superior que diera un fundamento sólido a los derechos, blindándolos contra cualquier clase de despotismo posterior.

A través del iusnaturalismo, se pretendió entonces encontrar un sustrato ontológico substancial de los derechos, alegando que dicha substancia tenía un origen anterior a cualquier norma positiva de un Estado. Esta siendo una concepción del derecho que pretendía otorgar a los derechos fundamentales un carácter eterno, invariable, inmutable y aplicable a todos los hombres.

Los conceptos esbozados por el planteamiento del iusnaturalismo no han estado libres de críticas, y estas radican primordialmente en su carácter y en la forma a través de la cual se pretende encontrar el contenido del derecho.

Solo con fines de ejemplificar las críticas realizadas, podemos citar a autores como Locke, quien ha señalado que si el derecho fuese como dicen los iusnaturalistas inmutable y eterno, entonces no se explicaría la evolución que empíricamente se evidencia de este. Mario Bunge es otro autor que, en contradicción con lo afirmado por el iusnaturalismo, observa que los hechos sociales, a pesar de ser tan reales como los hechos físicos, no son susceptibles de ser descubiertos, sino que deben ser construidos. Lo contrario llevaría a la falacia naturalista que observa hechos en

la naturaleza y les otorga por esa misma razón el calificativo de justos, como en su momento lo afirmó Aristóteles al pretender justificar de forma injustificable la esclavitud.

Con este breve repaso del iusnaturalismo, podemos notar que esta corriente, a pesar de explicar el origen de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales, no nos es suficiente como método epistemológico que nos permita descubrir el contenido de dicho sustrato infranqueable.

## **B. El empirismo**

El empirismo debe ser concebido como aquella corriente epistemológica que aboga por la construcción de teorías científicas a partir de hechos físicos observables y que puedan posteriormente ser comprobados.

La introducción del empirismo en las ciencias sociales fue un trabajo llevado a cabo por Auguste Comte, quien mediante su doctrina del positivismo sociológico sostuvo que el mundo social, de la misma manera que las ciencias de la naturaleza, se rige a través de reglas generales que se deducen de hechos sociales.

La entrada del positivismo al mundo del derecho debe atribuirse a Hans Kelsen, quien postuló que el estudio del Derecho debía tener fundamento en hechos y datos, los cuales en el mundo jurídico se manifestaban como normas. Es entonces ese el mérito sustancial del positivismo en el derecho: haber desprendido a las normas y su interpretación de un carácter teleológico, o de elucubrar soluciones a problemas jurídicos sosteniendo la existencia de una legitimidad superior y anterior a la sola norma. El positivismo se levantó de esta manera como un método descriptivo de las normas previamente existentes, método que fue aclamado dentro de un entorno científicista, sin embargo, este mismo método podría traer consigo peligrosas consecuencias, como por ejemplo que cualquier norma utilitaria pudiera llegar a ser considerada como derecho, en una clara manifestación del aforismo “lex dura lex sed lex”.

A pesar de que esta nueva corriente epistemológica se levantaba en el mundo jurídico como la superación del ius naturalismo y, por tanto, como la nueva técnica jurídica en vanguardia, esta misma pronto llegaría a caer en la insuficiencia cuando se trataba de resolver los nuevos problemas que surgieron con el advenimiento de los Estados constitucionales. Ya que estos Estados, dentro de sus normas fundamentales, mostraban una colección de derechos que, además de tener que ser justiciables, en su gran mayoría tenían una configuración estructural atípica, más conforme a la estructura de los principios que a la de las reglas, siendo esta última

estructura necesaria para la aplicación de las técnicas de interpretación obedientes al positivismo jurídico.

Con respecto a los derechos fundamentales, el cual es el tema que nos concierne, hemos de mencionar que este método de acceso al conocimiento de lo jurídico nos va a ser de escasa utilidad debido a la naturaleza de la estructura que generalmente ha configurado a dichos derechos, siendo esta obediente a la estructura de los principios. A pesar de lo mencionado, los tribunales de justicia constitucional comúnmente se han empeñado en realizar su ejercicio consuetudinario acudiendo exactamente a la aplicación de la técnica epistemológica tratada en esta sección. Pretendiendo usar esta técnica para llegar a conocer el significado de los derechos fundamentales y sus consecuencias jurídicas a partir únicamente de la norma positiva en la cual se consagra dicho derecho fundamental, asimilando, como si fuera posible, la estructura normativa de los principios a la estructura normativa de las reglas. Estos hechos han provocado que los jueces actúen con cierto grado de intuicionismo en sus sentencias, lo cual no es otra cosa que decisionismo judicial envuelto en argumentaciones retóricas. Técnica que nos hace recordar a la utilizada por el iusnaturalismo racionalista, el cual podía justificar casi cualquier hecho a través de sofismas.

### **C. El criticismo kantiano**

De los problemas observados con respecto a las técnicas estáticas, es decir, aquellas que buscan conocer el contenido de los derechos en abstracto como si este tuviese existencia anterior al caso concreto, se deriva la propia probable solución al conflicto. Quizás no debamos concebir al contenido del derecho como algo anterior e inmutable, sino como algo solo cognoscible a posteriori. Esta idea toma mucha más fuerza cuando se considera la observación realizada por Kant acerca de la imposibilidad de la obtención de conocimientos puros cuando para su obtención han mediado percepciones sensibles<sup>15</sup>.

De lo anterior se desprende la idea de que a priori no sería posible estimar como verdadera o falsa de forma absoluta ninguna proposición derivada de los derechos fundamentales en tanto preceptos normativos, pues estos solo serían objeto de corrección, sujetos a criterios de óptima compensación (justicia). Lo cual volvería el contenido de los derechos fundamentales en algo

---

<sup>15</sup> Kant plantea que todo conocimiento es subjetivo y nunca puede aspirarse a una objetividad absoluta, ya que el conocimiento solo puede ser obtenido a través de los sentidos del sujeto para ser interpretado por el propio sujeto. Entonces, nunca este conocimiento será una representación cien por ciento fiel de lo generado en la realidad física del universo. Esta misma idea es utilizada por Alchourrón y Bulygin al afirmar que toda norma está sujeta a interpretación. En este mismo sentido, nuestro código civil aborda este tema en su artículo 18. Incluso cuando se debe aplicar la literalidad de la norma, el código habla de interpretación.

variable que solo puede ser cognoscible después de haber sido analizado el caso concreto.

#### **D. El constructivismo y la fórmula política**

Hasta el momento, hemos observado que en lo que respecta a los derechos fundamentales y la pretensión de conocer su contenido, existe un constante problema. Por un lado, el iusnaturalismo como método carece de validez, ya que no es posible la demostración empírica de la existencia de un derecho uniforme y eterno. Por lo tanto, cualquier pretensión de encontrarlo caerá indefectiblemente en sofismas que podrían dar lugar a cualquier respuesta como posible. Por otro lado, el iuspositivismo y sus reglas de interpretación exegéticas no son aplicables, ya que estas están encaminadas a las reglas, mientras que los derechos constitucionales en gran parte tienen estructuras como la de los principios. Y el intento de aplicar estas reglas positivistas a los derechos constitucionales, podría generar la creación de reglas por parte de los tribunales de justicia a través de presuntas deducciones de lo que "quiso haber dicho el principio" o, en su defecto, de "lo que dice la constitución", que no son nada más que argumentaciones retóricas similares a las del iusnaturalismo racionalista. Estas, de no encontrarse sujetas a ninguna restricción, podrían degenerar en las mismas posibles consecuencias jurídicas infinitas que menoscabarían la seguridad jurídica. Si a esto aunamos las críticas realizadas por Kant, la irrefutable consecuencia será la necesidad de crear una técnica o método epistemológico que nos permita encontrar el contenido de los derechos fundamentales a posteriori y que a la vez nos demarque los límites de los derroteros por los cuales deberemos transitar para llegar a conocer el tan esquivo contenido de estos mismos derechos. Esta técnica muy probablemente la logremos encontrar en el constructivismo epistemológico.

El constructivismo epistemológico predica que el conocimiento debe estar siempre abierto a posibles críticas, lo cual hará factible una constante reconstrucción interpretativa, en la que toda realidad ha de ser susceptible de modificaciones. Esto no quiere decir que dicha construcción de nuevas interpretaciones pueda derivarse de criterios arbitrarios e incluso ideológicos, sino que igualmente el conocimiento para que tenga validez suficiente ha de tener que sujetarse a parámetros lógicos. Siendo procedente para representar esta idea, pero enmarcada dentro del nuestra área de conocimiento, el pensamiento de Coing, quien hablaba sobre el derecho diciendo que este es "...una creación humana. Pero no es una creación arbitraria. No se encuentra en un ámbito puro. Está al servicio de determinados fines..." (Coing, 1961, p.105).

La visión del constructivismo en síntesis defiende que el proceso de construcción de los derechos guarda dentro de sí la interpretación de ciertos actores, sumado al contexto conforme al tiempo y lugar en el cual estos se desarrollen. Consecuentemente, los derechos no pueden

verse sujetos a análisis puramente descriptivos, sino que su interpretación debe encontrarse abierta y en constante perfeccionamiento, guardando como es obvio las debidas seguridades.

Para representar gráficamente este proceso constructivo a través del cual encontramos el contenido de los derechos fundamentales podemos hacer una analogía donde los preceptos normativos que guardan dentro de sí a los derechos son unos bloques que han de servir de materia prima para que el intérprete haga posible el determinar cuándo se ha generado ejercicio de dichos derechos (construcción de una casa). Sin embargo, el intérprete no tiene absoluta libertad creativa para la determinación del contenido de los derechos, sino que ha de seguir determinadas instrucciones que, a diferencia de lo establecido por el método de interpretación exegético, no han de asemejarse a los planos de un arquitecto que define todo el proceso constructivo. En cambio, dichas instrucciones han de asemejarse más bien a los requisitos abstractos propuestos por los propios futuros habitantes de dicha construcción, que entre sus deseos se encuentran mucha luz o quizás grandes portones (construcción intersubjetiva de los derechos como presupuesto que hipotéticamente sucedió en el momento de formación de estos derechos). Estas instrucciones que ha de tener que seguir el intérprete se las ha denominado como "paradigma jurídico", el cual no es sino aquellos principios rectores que conforman el originario pacto o contrato social con el cual se creó el Estado<sup>16</sup>. Este primer consenso ha sido lo que Lucas Verdú ha denominado como "la Fórmula Política" de una constitución, la cual es entendida como "la expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social" (Verdú, citado por Moreno Yanes, 2012, p.75). Esta fórmula política es, por tanto, la identidad de una constitución, aquellas directrices orientativas bajo cuya existencia se forjó.

La mejor manera de comprender en toda su amplitud el concepto de la fórmula política, a mi modo de ver, es observando la razón práctica kantiana, que divide dentro de sí los medios, los fines y los móviles. Los medios se encuentran subordinados a los fines, y los fines, a su vez, se encuentran subordinados a los móviles. En una representación metafórica, una persona toma un pan para comerlo, pero el acto de tomarlo para comerlo por sí solo es irracional y debe estar sujeto a un móvil de por medio para que este pueda tomar dentro de sí el adjetivo de racional. Por lo tanto, ha de obedecer el fin de comer el pan al móvil figurado por el deseo de comer el pan.

De la misma manera, pero extrapoladas estas rudimentarias ideas a la construcción de un Estado a partir del contractualismo, nosotros podemos argumentar que creamos un Estado

---

<sup>16</sup> Dentro del esquema construido no es necesario que entendamos al pacto social, como aquel lejano pacto que determino el hipotético paso del Estado de Naturaleza al Estado Civil, sino que debe de entenderse para los fines de este trabajo a aquel pacto como uno mucho más inmediato que creo la constitución de nuestro Estado y generó dentro de sí a los derechos constitucionales.

primitivo en tanto este nos brinda protección sin la cual estaríamos sujetos a la muerte. En consecuencia, es asequible que se nos quiten libertades para ganar protección, pero estas solo deben ser las estrictamente necesarias para que pueda llegar a cumplirse el fin previsto que obedece al móvil del deseo de protección. Por tanto, la fórmula política ha de definirse salvaguardando la mayor cantidad de libertad posible mientras siga cumpliéndose el deseo de protección. A esta fórmula, en consecuencia, deben encontrarse sujetas todas las leyes que se legislen dentro de un Estado, y las que la violen podrán censurarse mediante los procedimientos que la constitución haya previsto.

Lo que hemos realizado es una representación de la fórmula política de los países con ética política liberal, los cuales tuvieron su nacimiento inmediatamente después de la Revolución Francesa y que estuvieron influenciados por los primeros contractualistas: Hobbes, Locke, Rousseau, etc. Sin embargo, esta fórmula política solo es ejemplificativa, pues no es asequible que esta sea la que rijan la vida pública de la gran mayoría de Estados actuales. Pues si ese fuera el caso nuestro derecho no sería armónico ya que de facto existen instituciones, derechos y leyes que no se pueden entender con esta sola fórmula, por ejemplo, el derecho a la educación o a la salud gratuita. Nuestro trabajo al final del segundo capítulo de la obra presente ha de ser encontrar cuál es la fórmula política ecuatoriana.

## Capítulo II

### De los derechos fundamentales y su núcleo esencial en el contexto ecuatoriano

A lo largo del primer capítulo, nos encargamos de intentar conocer la gran mayoría de conceptos teóricos que nos serán necesarios para la concreción de una técnica que nos permita evaluar la constitucionalidad de las acciones de protección a través de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales. En este capítulo, en cambio, nuestro trabajo tendrá que ver con asentar en la realidad ecuatoriana todo ese amplio bagaje teórico.

Para la realización de este proceso, previamente hemos de analizar la procedencia de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales, primero con respecto a nuestra legislación y luego con respecto a las acciones de protección. En un segundo momento, lo que intentaremos será encontrar la caracterización de los derechos fundamentales que se encuentre acorde a la constitución ecuatoriana, para finalmente resolver todos aquellos problemas atinentes, ahora sí, a lo sustancial de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

#### 1. De la procedencia de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales

Como pudimos observar en el primer capítulo, la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales procede de una legislación extranjera, como lo es la alemana, que configura por vez primera esta garantía en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn. Así también, esta garantía tiene como objeto original, como hemos venido mencionando en varias ocasiones, la limitación del poder legislativo en cuanto a las materias sobre las cuales este puede realizar su trabajo. Y sin embargo, de todo lo anterior expuesto, nosotros nos hemos embarcado en la tarea de aplicar esta garantía en una acción jurisdiccional ecuatoriana la cual no procede conforme a un control de constitucionalidad de las leyes, sino que su procedencia se materializará contra la; "...vulneración de derechos constitucionales por actos y omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales y cuando la violación proceda de una persona particular..." (constitución del Ecuador, 2008, art. 88).

Es por esto que, antes de sumergirnos más aún en la presente investigación, tenemos la obligación indisponible de analizar la procedencia de dicha garantía para con la legislación ecuatoriana en primer lugar y para con la acción de protección en segundo término.

### 1.1. La procedibilidad de la garantía del núcleo esencial del derecho en la legislación ecuatoriana

Como pudimos observar al inicio de la presente investigación, la garantía del núcleo esencial del derecho surge en la legislación alemana como respuesta al despotismo aparecido en la época del nacionalsocialismo. Pues en esta oscura etapa de su vida como nación, el entonces Führer utilizó de forma arbitraria las leyes para el cumplimiento de sus ambiciones particulares, lo cual en la gran mayoría de oportunidades culminó en la desnaturalización de los derechos fundamentales que habían sido instituidos previamente por la constitución de Weimar en 1919. Es en ese contexto histórico que el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn llega a establecer en su contenido que:

“La restricción de los derechos fundamentales solo es admisible mediante ley y bajo la condición de que la seguridad, la salud o la moral pública lo exijan imperiosamente. La restricción de un derecho fundamental o la configuración detallada mediante ley debe dejar a salvo al derecho como tal” (Ley Fundamental de Bonn, 1949, art. 19.2).

Este artículo citado guarda dentro de sí un gran contenido que debe entenderse en toda su profundidad. En principio, al decir que los derechos fundamentales pueden llegar a ser restringidos, implícitamente nos dice que la configuración de estos mismos derechos ha de encontrarse, en cuanto a su estructura, más acorde a la de los principios que a la de las reglas, pues su cumplimiento no ha de manifestarse bajo el esquema de “todo o nada”, sino que permite su cumplimiento gradual acorde a las circunstancias del caso concreto. Podríamos incluso llegar a asimilar las restricciones de estos derechos como si estuvieran sujetas a un control de proporcionalidad en el cual los fines constitucionalmente legítimos estuvieran previamente tasados, siendo los únicos posibles los de la seguridad, la salud y la moral pública.

El segundo punto que debemos analizar dentro de la precitada disposición es el puramente atinente a la garantía del núcleo esencial, la cual esboza como regla: que esta proporcionalidad a la que se encontrarían sujetas las restricciones de los derechos fundamentales en la constitución alemana no permitiría un pase libre para la eliminación o desnaturalización de los derechos fundamentales, por lo que siempre debería subsistir un mínimo reducto del derecho que ha de deber ser defendido incluso contra el legislador que quisiera justificar dicha restricción absoluta.

Del análisis previamente esgrimido acerca de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales en la constitución de Bonn, nosotros podremos colegir aquellas directrices



orientativas que nos permitirán conocer la procedibilidad de dicha garantía en el contexto ecuatoriano. Estas directrices nos dirán que la garantía del núcleo esencial ha de poder ser aplicada en la legislación ecuatoriana en tanto la respuesta a las dos siguientes preguntas sea afirmativa: 1) ¿los derechos constitucionales ecuatorianos se encuentran sujetos a la aplicación del principio de proporcionalidad?, y 2) ¿la aplicación de este principio de proporcionalidad no permite la desnaturalización o restricción absoluta de dichos derechos?

Con respecto a la primera pregunta, la respuesta a esta no alberga mayor complicación, considerando que existe jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se manifiesta expresamente que los derechos fundamentales pueden ser afectados en tanto dicha afectación sea justificada mediante el test de proporcionalidad; esto lo podemos encontrar en la sentencia 18-21-CN/21. Por tanto, la única sustancial diferencia entre la legislación ecuatoriana con respecto a la alemana estribaría en la mayor amplitud de los fines considerados como constitucionalmente legítimos, pues estos en el caso ecuatoriano se circunscribirían por lo menos a los descritos en el artículo 3 de la constitución<sup>17</sup>, cuando se trate de una afectación a un derecho realizada por parte del Estado. Y a todos aquellos derechos establecidos en la constitución cuando la vulneración del derecho haya provenido de parte de un particular<sup>18</sup>.

El tema de mayor dificultad evidentemente se encuentra en lo relativo a la solución del segundo problema, donde cabe preguntarnos: ¿será posible la restricción absoluta de derechos constitucionales en Ecuador? La respuesta a esta pregunta puede ser muy variada, pues en ciertos momentos podrían ser restringidos de forma absoluta determinados derechos bajo el pretexto de haberse justificado dichas restricciones a través del principio de proporcionalidad. Así, tenemos casos específicos regulados dentro de nuestra legislación penal, como el de la legítima defensa o el estado de necesidad, instituciones jurídicas reguladas por una norma infraconstitucional que establecen situaciones donde puede llegar a ser restringido de forma absoluta el derecho constitucional a la vida.

Sin embargo, el problema que representan estas instituciones jurídicas señaladas es solo aparente, pues la gran mayoría de casos que encarnan un contratiempo para saber si este requisito para conocer la procedibilidad de la garantía del núcleo esencial se llega a ver cumplido en Ecuador, se encuentran igualmente presentes en la legislación alemana, como anteriormente lo habíamos notado. Además del hecho de que estos problemas podrían también llegar a ser

---

<sup>17</sup> El artículo 3 de la constitución lo que establece es todos aquellos deberes primordiales que tiene el Estado ecuatoriano.

<sup>18</sup> Tomo como posible la vulneración de derechos constitucionales por parte de particulares, pues esta es una posibilidad que especifica el artículo 88 de la constitución, cuando se habla de la legitimación pasiva en la acción de protección.

superados mediante las teorías que demarcan el objeto de protección de los derechos fundamentales, como lo son la teoría objetiva y la teoría mixta. En base a las cuales, diríamos que no es argumento suficiente la existencia de ejemplos en los que un determinado derecho constitucional puede llegar a ser absolutamente restringido en cuanto a su dimensión como derecho subjetivo, para abogar por la inaplicabilidad de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales en Ecuador.

Es entonces que se deberá considerar aplicable en el Ecuador a la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales, conforme al método establecido, por haberse respondido de forma positiva a las preguntas previamente formuladas.

En caso de que se llegase a cuestionar la validez del método propuesto para determinar la procedencia de la aplicación de la garantía mencionada anteriormente, se añaden a continuación argumentos adicionales que refuerzan la perspectiva que considera aplicable la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales en el contexto ecuatoriano, bajo los siguientes términos;

El precepto normativo establecido en el artículo 11.4 de la Constitución pareciera integrar dentro de la legislación ecuatoriana a la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales cuando este establece que; “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 11.4), y; En las sentencias 003-09-sep-CC y 12-09-sep-CC, el intérprete oficial de la Constitución ha llegado a confirmar que la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales es aplicable a nuestra legislación, diciendo dentro de su veredicto que esta representa un nuevo paradigma diferente a los clásicos métodos de solución de conflictos (jerarquía, subsunción, ponderación, etc.).

En virtud de los últimos dos argumentos, y considerando la afirmativa respuesta a las preguntas planteadas al inicio de esta sección, es que se llega a una conclusión innegable detener que aceptar por apropiada y procedente la aplicación de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales en el contexto de la legislación ecuatoriana.

## **1.2. De la aplicación de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales en la acción de protección.**

El problema de la aplicación de la garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales

en las acciones de protección se desprende del propio origen de dicha garantía. Esta fue originalmente concebida como un control constitucional de la legislación y no como un control de todos los actos de los poderes públicos no judiciales, como se da en el caso de la acción de protección. Como observamos previamente, este problema no es nuevo, sino que ya se presentó en su momento ante el Tribunal Federal Alemán, el cual, en el caso "Elfes", llegó a sugerir que esta garantía tenía una amplia protección con respecto de las actuaciones de todos los poderes públicos. Sin embargo, esta primera decisión se vio limitada luego, con el caso "Kalkar", donde este mismo tribunal afirmó que esta protección solo se aplicaría de manera indirecta a los poderes ejecutivos, ya que estos actúan a través de las competencias otorgadas por la ley.

Si en Ecuador estuviéramos sometidos a lo dicho por parte del Tribunal Federal Alemán, entonces el indefectible resultado sería la inaplicabilidad de la garantía del contenido esencial a las acciones de protección. Sin embargo, en Ecuador no solo no estamos sometidos a las decisiones emitidas por el Tribunal Federal Alemán, sino que además existe una razón de fuerza que nos obliga a no tomar en consideración el criterio de esta corte.

La razón que justifica la aplicabilidad de la garantía del núcleo esencial de los derechos como método para evaluar la constitucionalidad de las demandas de acción de protección tiene su sustento en las técnicas que examinamos al final del primer capítulo, las cuales buscan determinar el contenido de los derechos fundamentales.

Es así que, en la antes mencionada sección de la presente obra, analizamos que no es racionalmente posible aplicar técnicas que pretendan encontrar este contenido de los derechos fundamentales a priori, pues de una u otra forma su aplicación derivaría en argumentaciones retóricas que afectan a la seguridad jurídica y encubren el decisionismo. Es por esto que el contenido de los derechos fundamentales solo puede ser encontrado a posteriori, cuando ya se ha presentado el caso bajo conflicto.

Es justamente este el argumento con el cual se invalidaría la tesis sostenida por el Tribunal Federal Alemán en el caso "Kalkar", ya que lo que pretendería esta corte es que se determine el contenido del derecho fundamental de forma anterior a la producción de la vulneración de este, o en su defecto, que en el mismo momento de la publicación de la ley fuese posible para el legislador avizorar todos los posibles conflictos jurídicos que se pudieran suscitar. Este último argumento ha sido criticado en múltiples ocasiones, ya que el legislador no es un ser omnisciente que conoce todos los posibles problemas que pueden derivarse de su acto legislativo.

Este ha de ser entonces el fundamento que, en detrimento de lo argüido por el Tribunal Federal Alemán, haga posible la aplicación de la garantía del núcleo esencial a la acción de protección, como resultado de la aceptación de que, de facto, la ley puede llegar a establecer como válido un acto que al efectivamente producirse llega a vulnerar los derechos constitucionales de una persona particular, vulneración de derechos que solo puede ser detectada de manera posterior a la comisión del acto que la produjo.

## **2. De los derechos fundamentales en la legislación ecuatoriana**

En este apartado, nos encargaremos de determinar qué debe entenderse como derechos fundamentales en el contexto de la Constitución ecuatoriana. Para llevar a cabo esta tarea, tendremos que transitar por las mismas vías previamente esbozadas en el capítulo primero, donde se intentó encontrar el significado del concepto de estos derechos a través de al menos tres métodos: el convencionalismo social, los rasgos característicos del concepto y la naturaleza de los derechos protegidos.

Como observamos anteriormente en el apartado referente al convencionalismo social, los derechos fundamentales pueden definirse como una parte de los derechos constitucionales, los cuales, por su especial trascendencia, deben ser salvaguardados con garantías como la del núcleo esencial o la reserva de ley. En el contexto ecuatoriano, sin embargo, esa presunta diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos constitucionales se difumina cuando se considera que todos los derechos establecidos en la Constitución son de igual jerarquía y de aplicación directa e inmediata.

La divergencia mencionada entre los conceptos de derechos fundamentales y constitucionales podría encontrar su origen en una antigua clasificación doctrinaria de los derechos de la constitución, donde existirían normas de directa aplicación y otras llamadas programáticas<sup>19</sup>. Las normas de directa aplicación tendrían la estructura de las reglas, mientras que las programáticas establecerían objetivos a alcanzar y se configurarían bajo el esquema de los principios. Esta clasificación solo se puede entender en el contexto del Estado legal de derecho, ya que ahí las autoridades estaban sujetas solo a la ley, por el conocido principio de legalidad. Ahora, en el neoconstitucionalismo, esta clasificación ya no tiene sentido, ya que todas las normas de la Constitución son de directa e inmediata aplicación, incluso si la estructura de dichas normas está conforme a la de los principios. Como consecuencia de todas estas razones, es que, en nuestra legislación, se deben identificar los conceptos de; derechos fundamentales

---

<sup>19</sup> La clasificación de normas programáticas se encuentra estrechamente relacionada con los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

y derechos constitucionales.

En su momento, también desarrollamos ciertos rasgos característicos de los derechos fundamentales. Estos siendo concretizados en dos elementos: uno formal, relativo a la garantía constitucional de dichos derechos; y otro material, referente a la significación sustantiva de estos. Estos dos elementos se observan en los derechos protegidos por la Constitución ecuatoriana.

El elemento material se observa en la aplicación del numeral sexto del artículo 11 de la Constitución, cuando el texto de la norma manda que "Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía" (Constitución del Ecuador, 2008, art. 11.6). La Constitución destaca así la importancia y trascendencia para los sujetos de estos derechos.

Como hemos visto, desde la perspectiva del constitucionalismo ecuatoriano, el concepto de derechos fundamentales y de derechos constitucionales se confunde, por lo cual implícitamente también se cumple el elemento formal de los derechos fundamentales. Sin embargo, la complejidad de este elemento no termina ahí, ya que según nuestra norma fundamental, los derechos constitucionales no solo son los derechos establecidos positivamente en el texto de la Constitución, sino que, debido a la cláusula abierta de la Constitución, también se incluyen bajo su protección los instrumentos internacionales de derechos humanos, según lo dispone el numeral tercero del artículo 11, y además, "los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su desenvolvimiento" (Constitución del Ecuador, 2008, art. 11.7). Los instrumentos internacionales de derechos humanos están compuestos por tratados internacionales<sup>20</sup> y por el llamado soft law<sup>21</sup>. En cambio, los derechos derivados de la dignidad no son otra cosa que la positivización constitucional de la célebre fórmula kantiana de que nadie debe ser un medio para que terceros cumplan sus fines, salvo que sea al mismo tiempo medio y fin.

Finalmente, lo que nos queda por tratar es el tema relacionado con la naturaleza de los derechos fundamentales. Como vimos en el primer capítulo, los argumentos que abogaban por la circunscripción exclusiva de la categoría de derechos fundamentales a los llamados derechos

---

<sup>20</sup> Los tratados internacionales, son instrumentos jurídicos que requieren de un trámite para su aprobación, el cual es normalmente parlamentario, al interior de los estados, y que además deben de estar ratificados. Estos instrumentos internacionales son vinculantes y contienen dentro de sí un preámbulo, una enumeración de derechos, unas obligaciones generales y un mecanismo para su protección.

<sup>21</sup> El soft law, solo necesita de una firma y no tienen un proceso para su ratificación. Estos instrumentos internacionales a pesar de enumerar derechos, no tienen un mecanismo para su protección internacional.

de primera generación están actualmente proscritos. Ese mismo es el criterio que mantiene el constitucionalismo ecuatoriano al hablar de que todos los derechos deben ser de igual jerarquía. La única innovación no despreciable del constitucionalismo en Ecuador en este respecto deriva del hecho de que la Constitución no solo asigna la posición de sujeto de derechos a los seres humanos individual y colectivamente, sino que además es la primera constitución en el mundo que se embarca en la tarea de otorgar la titularidad de derechos a la naturaleza, derechos que también son de rango constitucional y, por tanto, también deben considerarse como fundamentales.

En síntesis, en Ecuador tenemos un concepto de derechos fundamentales que se identifica con el de derechos constitucionales. Sin embargo, esto no significa que estos derechos solo puedan provenir de la positivización específica en la parte dogmática de la Constitución, sino que, debido a la cláusula abierta de la norma fundamental, el marco de protección se vuelve extensivo a los derechos provenientes de instrumentos internacionales de derechos humanos y a los derivados de la dignidad humana. Todos estos, en su conjunto, pueden considerarse como derechos fundamentales sujetos a las garantías especiales determinadas en la Constitución.

### **3. De la estructura de los derechos fundamentales en el Ecuador**

En el primer capítulo, nos centramos en abordar las teorías que intentaban definir los contornos del núcleo esencial de los derechos fundamentales. En base a estas teorías, encontramos que dichos contornos pueden ser volubles, estáticos o una combinación de ambos, dependiendo de la estructura de los derechos que sean tratados. Consecuentemente, es esencial conocer cómo se encuentran configuradas las normas que contienen dentro de sí a los derechos constitucionales en Ecuador para establecer a partir de ello un método adecuado que funcione para determinar el contenido esencial de estos derechos.

Sin embargo, no podremos emprender la tarea de categorizar las estructuras bajo las cuales están configurados los derechos constitucionales sin conocer previamente esas categorías. Por lo cual, deberemos buscar entender la diferencia entre las reglas y los principios, como requisito previo e indispensable, para conocer la configuración normativa de los derechos constitucionales en el Ecuador. Para el cumplimiento de esta tarea, obviamente debemos de recurrir a la doctrina.

### 3.1. Un brevísimo repaso doctrinario, sobre la diferencia entre reglas y principios

Si bien es de común acuerdo el hecho de que los principios y las reglas son tipos de normas distintas en cuanto a su estructura, no todos concuerdan, a su vez, en el fundamento de esta diferencia. Es entonces que, si nosotros pretendemos conocer cuál es verdaderamente la distinción entre estas normas, será indispensable hacer un breve repaso histórico-doctrinario a través de las posiciones sostenidas por los distintos juristas que han pretendido descubrir la divergencia de conceptos antes mencionada entre las normas-regla y las normas-principio.

El camino que hemos de transitar seguramente comenzará con el que ha sido bautizado como el padre del principialismo, Robert Dworkin, quien en su crítica hacia el modelo positivista de Hart habla de la insuficiencia de la exclusiva aplicación de las reglas para la resolución de los llamados "casos difíciles"<sup>22</sup>. Pues aquel acto, en palabras de Dworkin, conllevaría a la discrecionalidad judicial, la cual podría ser evitada a través de la aplicación de unas normas denominadas principios. Lo interesante del trabajo de Dworkin es que dentro de él se presentó una diferencia estructural entre las reglas y los principios. Sosteniendo en este esquema que las reglas tendrían una estructura condicional de "todo o nada", por lo cual las normas son válidas y se las debe aplicar o simplemente no se las aplica. Mientras que, por otro lado, los principios no presentan dentro de sí ni un supuesto de hecho para su aplicación ni una consecuencia jurídica, además de tener, a diferencia de las reglas, un "peso" que hace que su aplicación pueda ser gradual cuando un principio entra en conflicto con otros.

Alexy posteriormente sostendría que la diferencia entre las reglas y los principios se fundamenta en cuestiones referentes al grado del cumplimiento de las normas y no a la generalidad. Si fuera la diferencia basada en la generalidad, entonces, mientras mayor fuese la indeterminación de una norma, su estructura correspondería a la de un principio; caso contrario, la norma fuese una regla.

Alexy piensa que la diferencia entre principios y reglas, atribuida al grado de cumplimiento de las normas, no se encuentra adecuadamente representada en el esquema de Dworkin cuando este último pretende definir a las reglas como de cumplimiento bajo la condición "todo o nada", puesto que esta definición tiene que ver más bien con la validez de una norma que con su grado de cumplimiento. Por lo cual, Alexy amplía y desarrolla los conceptos de regla y principio

---

<sup>22</sup> Los casos difíciles pueden proceder de diversas circunstancias, pero la doctrina ha coincidido en son dos sus causas genéricas; 1) la falta de una norma que dirima la cuestión, y 2) que a pesar de existir alguna norma que presuntamente resuelva el conflicto, a causa de la ambigüedad propia del lenguaje, no se conoce con certeza su verdadero alcance y sentido.

definiéndolos ahora como "mandato definitivo" y "mandato de optimización", respectivamente. Los mandatos definitivos o reglas, bajo este diseño, tendrían dentro de sí una determinada estructura que se definiría porque su cumplimiento exige solo una específica medida, a diferencia de los principios o "mandatos de optimización" en los que el cumplimiento puede ser fluctuante, dependiendo del caso que trate.

Los profesores Manuel Atienza y Ruiz Manero también se han embarcado en la tarea de definir la diferencia entre las reglas y los principios, definiendo que dicha distinción tiene asidero en tanto los principios configuran dentro de su estructura a los casos de forma abierta, mientras que las reglas los configuran de forma cerrada. Agregando además que dentro de su modelo<sup>23</sup>, los principios estarían divididos entre; "en sentido estricto"<sup>24</sup> y "directrices"<sup>25</sup>. Es justamente ahí donde tiene origen la crítica a la posición de Alexy pues a decir de estos autores, representar a los principios como "mandatos de optimización" solo tiene sentido si se trata de las "directrices". Sin embargo, esta definición no sería suficiente para explicar a los denominados "principios en sentido estricto", los cuales, dentro de su configuración, tienen una consecuencia jurídica bien determinada.

El profesor Jan-Reinard Sieckmann también ha aportado a entender de mejor manera a los principios considerándolos, ya no como proposiciones normativas, sino como argumentos normativos o razones a ponderar. Es con base en esta conceptualización que Sieckmann critica la definición de Alexy de los principios como "mandatos de optimización", pues observa que dicha definición, al buscar la mayor realización posible de los principios, los llega a asimilar con las reglas. Esta crítica fue conocida y aceptada por Alexy, quien tuvo que modificar su posición, redefiniendo a los principios como "mandatos que se optimizan o mandatos a optimizar".

Por último, hemos de hacer referencia a que el Tribunal Federal Alemán, en su momento, llegó a asimilar el concepto de principios con el de valores, lo cual fue aceptado por Alexy y severamente criticado por Habermas. Este último justificando su objeción en el hecho de que los principios obedecen una lógica deontológica, distinta de la teleológica a la cual se encuentran sujetos los valores. Esta diferencia tiene como indefectible consecuencia, a ojos de

---

<sup>23</sup> Atienza y Ruiz Manero plantean un modelo tripartito de clasificación de los principios donde distinguen; 1) a los principios en sentido estricto de los principios como directriz; 2) a los principios en el contexto del sistema llamado primario o de súbdito, de los principios obedientes al sistema secundario o de juez; y 3) a los principios explícitos de los principios implícitos. Sin embargo, estos autores solo usan la primera clasificación como fundamento para distinguir a las reglas de los principios.

<sup>24</sup> Son bajo el concepto de Atienza y Ruiz Manero; aquellos principios que consagran dentro de sí los valores superiores de un ordenamiento jurídico.

<sup>25</sup> Son bajo el concepto de Atienza y Ruiz Manero; aquellos principios que establecen la obligación de perseguir determinados objetivos o fines.



Habermas, la imposibilidad de asimilación de ambos conceptos, debido a que mientras las proposiciones que obedecen una lógica deontológica tienen un carácter obligatorio en cuanto a su aplicación y consideración, las sujetas a una lógica teleológica serían una opción en tanto fueran las "más recomendables".

Si nosotros analizamos con detenimiento este desarrollo doctrinario presentado, nos daremos cuenta de que dentro de este existen, por un lado, avances continuos en una misma línea teórica, como lo son los esquemas de Dworkin, Alexy, Sieckmann y Habermas; y por otro lado, existirá un planteamiento contrario y contradictorio a los anteriores como el expuesto por los profesores Manuel Atienza y Ruiz Manero. Siendo en consecuencia la selección entre una de estas dos líneas teóricas un requisito necesario para que a posteriori podamos definir el esquema bajo el cual nos hemos de manejar en lo que sigue del presente trabajo.

La contraposición entre el planteamiento de Alexy y el de Atienza y Ruiz Manero se fundamenta en concepciones completamente distintas de la diferencia entre reglas y principios. Por un lado, Alexy sostiene que lo que caracteriza a los principios y los diferencia de las reglas es su cumplimiento gradual, mientras que Atienza y Ruiz Manero consideran que lo que caracteriza a los principios es la indeterminación de los casos aplicables, considerándolos abiertos. En este trabajo, me decanto por la primera posición y sustento esta decisión en tres argumentos:

La investigación de Atienza y Ruiz Manero parte del trabajo de Alchourrón y Bulygin, quienes determinan convencionalmente lo que se ha concebido como principio para naturalizar dicho concepto. Esto produce que el concepto de principio resultante sea imperfecto desde un inicio al ser el resultado de la indeterminación de las convenciones sociales.

En el ejemplo propuesto por Atienza y Ruiz Manero en su trabajo, que compara los artículos 14 de la Constitución Española y el 28 del Estatuto de los Trabajadores, se puede observar la vaguedad que existe en lo referente a la diferencia entre los llamados casos abiertos y los cerrados. Esta diferencia estribaría por tanto en una decisión subjetiva del operador jurídico que observa los casos a aplicar.

El esquema de Alexy es más funcional si se quiere usar la clasificación entre principios y reglas como instrumento para seleccionar el método de interpretación adecuado. Bajo el modelo de Alexy, a las reglas les correspondería el método de la subsunción y a los principios el método de la proporcionalidad o el de la ponderación. Mientras que si trabajáramos bajo el esquema de Atienza y Ruiz Manero, a las reglas y a los "principios en sentido estricto" les correspondería el método de la subsunción, mientras que las "directrices" trabajarían con los métodos de la

ponderación o de la proporcionalidad.

Superado el problema anterior, lo que nos queda en este apartado es definir con exactitud cuál debe ser el modelo referente a la diferencia entre reglas y principios en base al cual nos hemos de manejar. Como antes lo habíamos puntualizado, el modelo que hemos de seguir será el creado por Robert Alexy, pero tomando en consideración las mejoras aportadas por Habermas y Sieckmann. Definimos las reglas como "mandatos definitivos", mientras que a los principios como "mandatos a optimizar", señalando de forma enfática que los principios han de obedecer a una lógica deontológica y, por ende, serán de obligatorio cumplimiento y consideración, sin perjuicio de que puedan ser cumplidos en forma gradual.

### **3.2. De la estructura de los derechos constitucionales en el Ecuador**

Dentro de la Constitución ecuatoriana, existen una serie de derechos configurados de manera muy diversa en cuanto a su estructura. Estos pueden estar conformados por reglas, principios o incluso por una combinación de ambas. Como pudimos observar en el capítulo primero, esta diferencia estructural de los derechos constitucionales es de trascendental importancia. Solo a partir de ella se podrá determinar el método que se debe aplicar para hallar su contenido. Así, si un derecho tiene una estructura conforme a las reglas, el método que debe aplicarse es el de la subsunción. Mientras que si está de acuerdo con la estructura de los principios, el método adecuado debe ser el de la fórmula política y la proporcionalidad. El objeto de esta sección del trabajo será identificar, mediante ejemplos, las distintas estructuras que pueden corresponder a los derechos constitucionales.

Un derecho que sigue la estructura de las reglas se detalla en el numeral primero del artículo 51 de la Constitución, donde se establece que las personas privadas de libertad tendrán derecho a "no ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria" (Constitución del Ecuador, 2008, art. 51.1). En este artículo, se observa la existencia de una norma que describe una situación absolutamente prohibida y, por tanto, no sujeta a gradación. Puede considerarse un "mandato definitivo" ya que su cumplimiento requiere solo una medida específica.

En cuanto a un derecho constitucional que sigue la estructura de los principios, podemos encontrarlo en el numeral tercero del artículo 48 de la Constitución, donde se establece que el Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad "el desarrollo de programas y políticas dirigidas a fomentar su esparcimiento y descanso" (Constitución del Ecuador, 2008, art. 48.3). En esta norma, se observa un derecho cuyo cumplimiento está sujeto de forma absoluta a gradación, ya que no se establece el número específico de programas o políticas

requeridas para cumplir con esta cláusula constitucional. Teóricamente, solo se vulneraría en caso de ausencia total de programas o políticas. Sin embargo, también es aplicable el principio de no regresión de derechos, lo que implica que el derecho no solo se ve afectado por su incumplimiento absoluto, sino también por cualquier situación que disminuya sin justificación, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, el cumplimiento de la norma que se presentaba anteriormente. Por todo lo expuesto, a este derecho se le puede definir como un "mandato a optimizar".

Finalmente, en lo referente a derechos constitucionales que mantienen simultáneamente la estructura de las reglas y la de los principios, encontramos el desarrollado en el artículo 33 de la Constitución. Este establece que "El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado" (Constitución del Ecuador, 2008, art. 33). En esta disposición, se pueden observar dos partes de un mismo derecho.

Primero, una parte cuya aplicación está sujeta a gradación debido a la vaguedad de los conceptos incluidos, como "las remuneraciones y retribuciones justas". Esto generaría que esta fracción del derecho pueda considerarse como un "mandato a optimizar". Mientras que, en otra porción del mismo derecho, existe un mandato cuyo cumplimiento solo se puede dar en la misma medida, como se da en lo referente a que el trabajo debe ser "libremente escogido o aceptado", ya que un trabajo es o no es libremente escogido. Esto tiene como consecuencia que en este último aspecto, el derecho tenga la estructura de una regla o "mandato definitivo".

El trabajo desarrollado en esta sección puede extrapolarse y aplicarse a cualquier otro derecho constitucional cuya vulneración sea alegada dentro de una acción de protección. Este proceso resulta de sustancial relevancia para los operadores jurídicos, ya que solo a través de él se podrá definir el método idóneo para la determinación del contenido de dicho derecho fundamental.

#### **4. Acerca del descubrimiento de la fórmula política ecuatoriana**

¿Por qué existe el Estado? ¿Por qué existen los derechos? ¿Qué papel cumplen los derechos en el Estado? Todas estas son preguntas que usualmente no nos hacemos, o por lo menos no nos las planteamos con la profundidad necesaria. En el primer año de la carrera de Derecho, lo normal es que tengamos una materia que lleve por nombre Ciencias Políticas, dentro de la cual uno de los temas principales es el contractualismo como fundamento del nacimiento del Estado.

También, cuando comenzamos a tratar el Derecho Constitucional, aprendemos que cada vez que se emite una nueva constitución se refunda el Estado. Pero algo de lo que usualmente no llegamos a reflexionar es ese necesario vínculo existente entre la constitución y el contractualismo. No nos ponemos a pensar en cómo ha cambiado el contrato al cual nos sometemos, ¿qué obligaciones se han extinguido?, ¿cuáles se han mantenido?, ¿cuáles se han novado? y lo primordial, que será tema sujeto a tratamiento en este apartado: ¿Cómo ha cambiado el objeto del contrato? O, en otros términos, ¿cuál es nuestra nueva fórmula política? Este es un tema de radical importancia, pues todos los derechos guardan sentido en tanto se encuentren en *sindéresis* con la fórmula política de un Estado. No se piense que vaciamos por esto del carácter deontológico de los derechos, mencionado por Habermas. La idea de la fórmula política no es contradictoria con la lógica deontológica de los derechos, sino complementaria; esta es la base para la definición de sus contornos cuando no es posible acudir a ningún otro método. Es por esta razón que deberemos de hablar acerca del objeto del Estado y de su necesaria relación con los derechos fundamentales.

Como bien observamos en el primer capítulo, el Estado nació como aquella organización que tenía por objeto salvar a los hombres de la muerte segura, sentencia inevitable del estado de naturaleza. Así, el primer objeto de los Estados sería la defensa contra lo externo. Sin embargo, este primer objeto pronto caería en la insuficiencia cuando, de la convivencia que conllevaba la concreción de un Estado, nació el conflicto, ya no con lo externo sino con lo interno, entre los propios hombres que formaban parte del Estado. Ahí es justamente donde, por vez primera, se refunda el Estado y ahora su objeto es bifronte; por un lado, la defensa, y por otro, la justicia. Las siguientes etapas de refundación de los Estados ya no pueden seguir siendo entendidas desde una perspectiva puramente teórica, sino que deben entenderse bajo su entorno histórico circunstanciado, por lo cual, en lo que sigue, hemos de entremezclar ciertos hechos históricos relevantes.

Si quisiera entender el origen de los Estados, seguramente acudiría a la Edad Media en detrimento de la antigua. La explicación de esta decisión se fundamenta en la existencia de la escritura. Los primeros Estados del mundo tuvieron su origen con anterioridad a la creación de la escritura, por lo que su historia nos es esquiva. Sin embargo, después de la caída del Imperio Romano de Occidente a manos de los pueblos bárbaros<sup>26</sup>, ocurrió algo interesante: todo el

---

<sup>26</sup> Esto sucede a partir de que el caudillo esciro Odoacro, depone del título de emperador del Imperio Romano de Occidente al joven Rómulo Augústulo y comienza a gobernar sobre Italia bajo el título de patricio que le fue concedido por el emperador Zenón del Imperio Romano de Oriente, sin embargo este título era solo de palabra pues adentro de Italia se lo consideraba como rey, por lo cual Italia entraba a formar parte de los reinos germánicos que ocupaban el lugar del antiguo imperio, como también lo fueron los reinos; burgundio, visigodo, vándalo, etc.

organismo estatal fundado por los romanos desapareció de golpe, y los nuevos gobernantes bárbaros no estaban preparados para suplir a ese Estado<sup>27</sup>. Esto tuvo como consecuencia que la formación de los nuevos Estados europeos comenzara casi desde cero, pero con una notable ventaja: en esta ocasión ya existía la escritura<sup>28</sup> y, por tanto, una forma de guardar en la memoria colectiva todo aquel proceso formativo que vivirían estos nuevos Estados.

En la primera etapa del feudalismo, inmediatamente posterior a la caída del Imperio Romano de Occidente, se observa el primer estadio de los Estados antes descrito. Los primeros nobles, príncipes, condes, marqueses, etc., no eran más que ex generales bárbaros cuyo papel en las nuevas sociedades no debió entenderse como el de los gobernantes actuales, sino como uno asimilable a guardianes de una población, los cuales con el paso del tiempo asumieron un grado significativo de poder y empezaron a tomar atribuciones de administración, en principio en la resolución de conflictos internos (justicia)<sup>29</sup>, y luego exacerbándose esa facultad hasta tal punto que aparecen personajes históricos como Luis XIV (el rey sol), quienes personifican al absolutismo monárquico, forma de gobierno que, al otorgarle un puesto todopoderoso a su soberano, este empieza a atacar sin justificación más allá de su propia voluntad a la libertad de los hombres, lo cual indefectiblemente traería consigo tribulaciones que culminarían en sucesos como los dirigidos por Robespierre<sup>30</sup>.

La Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre no fueron en sí mismos hitos históricos que crearan derechos, sino momentos que aseguraban la permanencia de los previamente existentes a través de la ley y la democratización del poder político. Con la Revolución Francesa no se modificó el objeto del Estado; este seguía consistiendo en la defensa y la justicia. Lo que se transformaron fueron aquellos mecanismos que servían para alcanzar dicho objeto.

La Revolución Francesa nació de la falta de igualdad entre los hombres, cuestión que podía entenderse dentro de los primeros Estados militares. Pues al no existir una diferencia clara entre

---

<sup>27</sup> El historiador romano del siglo II Tácito, afirmaba que la estructura del gobierno bárbaro estaba conformada por un rey y su familia, los cuales se hallaban apoyados por una base social tribal conformada por una clase de guerreros semilibres y por pequeños propietarios agrícolas y ganaderos

<sup>28</sup> Sidonio Apolinario, ex noble romano, llegó a decir que después de la caída del Imperio, los grados que distinguían a los grandes hombres de los humildes desaparecieron y solo a partir del conocimiento de las letras se podían observar signos de nobleza.

<sup>29</sup> Las 7 partidas de Alfonso el Sabio, son un claro ejemplo de esta atribución para administrar justicia que empezaron a tomar los nobles en la edad media.

<sup>30</sup> Maximilien Robespierre, fue un jurista y político francés, que participo de forma principal en la revolución francesa. Años después en 1793 cuando las fronteras de Francia se vieron amenazadas el conformo el Comité de Salvación Pública, el cual lidero el llamado "Reino del Terror". durante este último periodo Robespierre gobernó Francia de forma autoritaria introduciendo al país en continuas ejecuciones de quienes el consideraba como traidores a la causa de la revolución.

el ejército y el Estado, las jerarquías del ejército pasaban a ser las mismas dentro del Estado. Pero cuanto mayor es el grado de civilización de los Estados, más se vislumbra la diferencia entre lo militar y lo civil. Ahora ya no tienen sentido las jerarquías anteriores; su permanencia en la vida pública, al ya no considerársela necesaria, es aborrecida. Es entonces cuando hay que abolirla; los Estados ya no requieren líderes permanentes, ya no quieren ni reyes ni nobles, ya no les son necesarios. Es así como la Revolución Francesa trajo consigo la igualdad de los hombres ante la ley, subsanando el contratiempo surgido a causa del absolutismo monárquico, y se siguió adelante.

La nueva igualdad de los hombres ante la ley dio paso al crecimiento de la industria y el comercio, lo cual trajo consigo una nueva desigualdad, esta vez ya no fundada en la ley sino en las condiciones materiales. Había obreros y burgueses dueños de capital, con condiciones de vida tan diferentes que el estrato socioeconómico de un hombre era un fatal presagio de su futuro, de su prole y de toda su descendencia.

Así como en el pasado, la desigualdad trajo consigo la revolución, esta vez también, pero ya no en las mismas magnitudes de la Revolución Francesa y mucho menos de las esperadas por Marx<sup>31</sup>. A pesar de que, si bien hubo sangre, sobre todo al inicio con las primeras huelgas obreras, los principales cambios no fueron violentos, sino políticos y paulatinos, buscando subsanar esa desigualdad material entre los hombres. Es así que se fundan en las Constituciones de; Weimar en Alemania y Querétaro en México los primeros pasos para la construcción de un Estado Social de Derecho<sup>32</sup> y un naciente nuevo objeto en el Estado: "la igualdad material". Este es el tercer y actual estadio de los Estados, el que además de buscar la defensa y la justicia, también busca la igualdad material de sus habitantes como un objeto que tiene una doble función, por un lado, satisface los deseos sociales y, por otro, evita la disolución del propio Estado.

No vivimos, sin embargo, en una utopía comunista de igualdad material absoluta entre los hombres en el fin, sino en el inicio. Lo que se busca no es que todos tengan lo mismo, sino que todos puedan llegar a tener lo mismo, que todos puedan tener su vida en sus propias manos. Hemos descubierto de esta manera ya todos los objetos del Estado, pero, ¿cómo se relaciona esto con los derechos?

---

<sup>31</sup> Marx suponía que un gobierno comunista, solo podría aparecer a través de una revolución del proletariado.

<sup>32</sup> El Estado Social de Derecho, es una forma de organización política de un Estado, donde este aparte de garantizar la protección y el respeto de los derechos individuales, también asume la responsabilidad de promover condiciones de igualdad económica y social.

Si se observa con detenimiento los tres mencionados objetos del Estado, estos buscan proteger al hombre de situaciones que le sobrevendrían naturalmente si es que este Estado no existiera. Entonces la existencia del Estado solo se justifica en tanto sea funcional para permitir el libre desenvolvimiento del hombre a pesar de la existencia de facto de las situaciones antes mencionadas, obedientes a causas externas (defensa), internas (justicia) o materiales (igualdad). Si se entiende de esta manera al Estado y si paralelamente entendemos a los derechos como instrumentos que permiten al Estado cumplir con su objeto, entonces ahora sí, será comprensible la necesaria vinculación que tiene el objeto del Estado con los derechos. Esta conclusión a la que llegamos nos llevará a continuación a la pregunta ¿Cómo los derechos en nuestro país llegan a cumplir el objeto del Estado? o en otras palabras ¿Cómo deben de funcionar los derechos en nuestro país?

Para dar solución a la anterior pregunta propongo que; comencemos por observar la diferencia propuesta por Kant entre la causalidad natural y la causalidad derivada de la libertad. El pensamiento kantiano inicia por comprender de alguna manera un determinismo natural: las cosas son como son y no pueden ser de otra manera porque todo está regido por las leyes de la naturaleza, las cuales no tienen resultados posibles o variables sino únicos y fatales. No obstante, obediente a su corriente de pensamiento idealista, Kant divide la existencia en dos campos de entendimiento distintos: uno físico, derivado de las leyes de la naturaleza, y otro metafísico, derivado de la libertad del hombre, no absoluta sino necesaria para salvaguardar su dignidad.

Estos dos campos de la existencia convergen en una lucha dialéctica donde las consecuencias antes únicas, derivadas de la causalidad natural, ahora varían debido a la causalidad derivada de la libertad del hombre. Este pensamiento de Kant da forma a los derechos, ya que estos últimos son los instrumentos idóneos para que el hombre haga valer su libertad como barrera a la causalidad natural. Es decir, las situaciones que obedecen a la naturaleza, como que el fuerte mate, domine o esclavice, se ven ahora limitadas a través de los derechos, los cuales permiten que el débil anteponga su dignidad y, por ende, su propia libertad a la causalidad natural, alterando las consecuencias de esta última al comenzar a tomar su vida en sus propias manos.

Esta primera idea es un fiel reflejo del segundo estadio de los Estados mencionado anteriormente, ya que solo se percibe a los derechos como derivados de la libertad. Donde, las obligaciones correlativas del Estado pueden ser; negativas cuando se trata de la intervención estatal o positivas cuando debe exigírsele a un tercero que no viole la dignidad de un hombre.

Sin embargo, el tercer estadio de los Estados presume que la libertad del hombre, entendida

como "tener su vida en sus propias manos", no puede protegerse solo a través de obligaciones del Estado como las antes descritas. Puesto que, existen situaciones materiales no circunscritas al anterior entendimiento y que de igual forma atentan contra la libertad y, por ende, contra la dignidad de una persona. Así, un ser humano que nació en la más paupérrima miseria, sin una educación o una alimentación adecuada, no podrá tener su vida en sus propias manos debido al analfabetismo e inanición. Por tanto, se verá afectado por la causalidad natural, la cual, para ser limitada, el Estado tendrá que otorgar derechos que ahora tengan un carácter prestacional, como el derecho a la salud, el de la educación o el de la alimentación.

Eureka, hemos justificado finalmente, con una lógica suficiente, la gran mayoría de los derechos existentes en la constitución. Lo que nos queda es sistematizar estas ideas en una fórmula política que nos sirva como herramienta argumentativa para delimitar los contornos de los derechos constitucionales. Esta fórmula, por lo antes argumentado, dirá: "los derechos constitucionales servirán para mantener la vida de los hombres en sus propias manos, y esta cuestión se habrá violado cuando, por terceras personas, por el Estado o por situaciones materiales se haya extraído esa libertad de los seres humanos."

Ya contamos entonces, con una primera fórmula política; sin embargo, los problemas no han terminado en lo que respecta al contexto constitucional de nuestro país, ya que nos falta resolver: ¿Qué sucede con los derechos de la naturaleza?

Clarifiquemos el problema: el modelo kantiano, a través del cual hemos obtenido nuestra fórmula política, tiene como sustento una división bipartita entre el mundo natural y el mundo moral. Los derechos son la resistencia del mundo moral contra la causalidad natural. Sin embargo, en Ecuador se ha pretendido que el mundo natural también tenga derechos. Aquí radica el problema, ya que los derechos derivan de la dignidad humana y esta solo puede entenderse, al menos desde el punto de vista kantiano, como una manifestación de la libertad y la racionalidad atribuida solamente a los hombres. Es decir que, si atribuimos derechos a la naturaleza, ya no relacionamos los derechos con la libertad y dignidad del hombre y, por tanto, con esa dimensión metafísica de tienen los derechos. Eso significa que ya no existe una dualidad de dimensiones en la existencia que explique a los derechos y, por ende, se los habrá vaciado de justificación, al menos si pretendemos entender de forma sistemática nuestra constitución, como si todo su texto siguiera una sola lógica.

Quizás para resolver este problema debamos aplicar dos fórmulas políticas, una para los hombres y otra para la naturaleza. Sin embargo, esta solución es perezosa y poco elegante a mi modo de ver. Es por eso que, después de una meditada reflexión, pienso que puedo resolver



este conflicto no desde la razón práctica kantiana, sino desde la razón práctica procedimental rawlsiana. Expliquémoslo; si suponemos que los derechos tienen su fundamento en una empatía utilitarista, entonces, para justificar la existencia de unos derechos que obedezcan a los objetos del Estado, deberemos acudir al mecanismo del velo de la ignorancia, el cual plantea que para determinar cuáles serán los derechos que sean considerados justos, previamente el sujeto que busque solución a esta pregunta deberá de situarse en un hipotético momento anterior al Estado, donde todos sin excepción ignoremos nuestra raza, sexo, condición socioeconómica, capacidades individuales, incluso nuestra "especie". En ese momento, deberemos de elegir las reglas del juego que queremos seguir (derechos).

Rawls plantea que una elección de tanta importancia como la propuesta solo podrá ser realizada a través de la aplicación de la fórmula del maximín<sup>33</sup> de la teoría de juegos<sup>34</sup>, fórmula la cual establece que, la selección realizada por un individuo racional sería aquella que fijara un mínimo de derechos que permitiesen el libre desarrollo del individuo independientemente de su raza, sexo, condición social o "especie". Estos mínimos derechos muy seguramente seguirían entonces una lógica similar a la proveniente de la fórmula política anterior, pero en esta ocasión, el razonamiento que hemos utilizado para llegar a ella, volverá más armónica y elegante a nuestra constitución.

Aunque el esquema teórico anterior nos proporciona un camino a seguir para la determinación de la fórmula política ecuatoriana, este todavía es imperfecto o, por lo menos, insuficiente. Puesto que, lo único que hemos hecho es agregar la categoría de "especie" a lo que desconocemos en la situación hipotética anterior al Estado que se ve representada por el velo de la ignorancia rawlsiano. Sin embargo, esto solo explica la asunción como sujetos de derechos a los elementos bióticos de la naturaleza, los cuales son; animales y plantas. Empero, dentro del constitucionalismo ecuatoriano, hemos notado circunstancias donde se concibe como sujetos de derechos a elementos abióticos de la naturaleza, como los manglares, los ríos, etc.

Es a partir de ello que nos preguntamos, ¿cómo incluimos a estos elementos abióticos en nuestro modelo? La respuesta a esta pregunta creo poder encontrarla en la hipótesis de la

---

<sup>33</sup> El maximín es un término utilizado en la teoría de juegos donde lo que se busca es maximizar la ganancia mínima esperada. John Rawls usa esta técnica dentro de su teoría porque lo que se estaría discutiendo en la situación hipotética anterior al Estado es de tanta importancia que si utilizáramos estrategias como el maximax las consecuencias de un resultado desfavorable podrían ser catastróficas.

<sup>34</sup> La teoría de juegos es una rama de las ciencias tanto matemáticas, como sociales que estudia situaciones donde la elección tomada por un individuo afecta directamente a los resultados de otros participantes. Dentro de esta teoría aparecen situaciones llamadas "juegos" en las cuales se deben de tomar decisiones estratégicas y racionales.

Gaia<sup>35</sup> de James Lovelock, quien sostiene que "el planeta es un ente viviente" cuya vida radica en su capacidad de autorregularse. Esta tesis es vinculada por Eugenio Zaffaroni en su texto "LA PACHAMAMA Y EL HUMANO" con el concepto de Pachamama<sup>36</sup>, en el que se concibe a la naturaleza como un ente vivo que impulsa incluso el comportamiento de la materia que, a primera vista pareciera ser inerte.

He ahí la solución al problema previamente planteado. Si entendemos a la naturaleza como un ente vivo en su totalidad, como lo manda la constitución obediente a su origen en el constitucionalismo andino<sup>37</sup>, entonces no existe una limitación objetiva real que nos impida incluir dentro del supuesto hipotético del velo de la ignorancia antes planteado a elementos abióticos de la naturaleza, como los ríos, manglares, etc. De esta manera, hemos completado finalmente nuestra teoría y la hemos perfeccionado.

Es entonces que con los argumentos antes esbozados llegamos a decidir; primero; que el objeto del Estado ecuatoriano será tripartito: defensa, justicia e igualdad de oportunidades. Así también, guardando sindéresis con el objeto del estado, la fórmula política ecuatoriana se manifestará por medio de un axioma que funge como fundamento de todos los derechos y al cual hay que recurrir para buscarles sentido. Siendo el axioma del que hablamos; "los derechos son los instrumentos que permiten la libertad de desarrollo de los hombres y de la naturaleza, a pesar de la voluntad de terceros o de las condiciones materiales".

---

<sup>35</sup> La teoría de la Gaia entiende a la tierra como un ente viviente, no por que esta se asemeje a un animal, sino por que se entiende a la tierra como un sistema, el cual se autorregula.

<sup>36</sup> La Pachamama para los pueblos originarios de Ecuador, es una deidad protectora que todo lo da y en la cual permanecemos dentro. Con ella se puede dialogar, en síntesis, ella es la naturaleza en su totalidad.

<sup>37</sup> El constitucionalismo andino es una corriente del derecho constitucional que tiene su origen en las constituciones de Bolivia y Ecuador y cuyo principal aporte tiene que ver con el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza.

### Capítulo III: Sobre el método prometido

A lo largo de todo este trabajo, nos hemos equipado con los instrumentos necesarios para dar solución al problema de la constitucionalidad de las acciones de protección. En consecuencia, la obligación que nos ocupa en este capítulo es desarrollar un método adecuado para utilizar los instrumentos antes mencionados. Sin embargo, antes de concretizar ese método, debemos hacer una breve referencia a la acción de protección.

#### 1. Nociones generales sobre la acción de protección

La garantía jurisdiccional de la acción de protección ha sido definida por la Corte Constitucional a través de la sentencia 001-16-PJO-CC como:

“Un mecanismo procesal judicial al alcance de todos los ciudadanos, reconocido en la Constitución para que, en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados por una autoridad pública o personas privadas, estos puedan obtener su restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado. Con lo cual, la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo.” (Corte Constitucional del Ecuador, 2016, p.8)

A partir de esta definición, se puede colegir que la acción de protección es una garantía que puede ser activada por cualquier ciudadano para la defensa de los derechos garantizados en la constitución, cuando estos han sido vulnerados por una autoridad pública no judicial o por una persona particular. De esta base partiremos para el tratamiento de tres temas que nos son necesarios para lo relativo a nuestro trabajo. Estos son: 1) el de la procedibilidad de la acción de protección y el de la multidimensionalidad de los derechos constitucionales, 2) el de los caracteres de la acción de protección y 3) el de la legitimación pasiva en la acción de protección. Con el primer tema, buscaremos dotar de legitimidad a la fórmula política desarrollada en el capítulo anterior, mientras que con el segundo y tercer tema nos serán funcionales para establecer circunstancias singulares que han de ameritar métodos distintos para la determinación de la vulneración de derechos constitucionales.

##### 1.1. Sobre la procedibilidad de la acción de protección y su relación con la multidimensionalidad de los derechos constitucionales

Durante algún tiempo, existieron problemas en lo relativo al contenido del artículo 42 de

la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El cual motivó confusiones entre los conceptos de la inadmisión y de la improcedencia; consecuentemente, la Corte Constitucional tuvo que establecer criterios para la resolución de este conflicto. Esto lo hizo a través de la sentencia 102-13-SEP-CC, en la cual declaró que los numerales del 1 al 5 del precitado artículo corresponden a causales de la improcedencia y, por tanto, deben ser resueltos a través de una sentencia motivada, mientras que los numerales 6 y 7 son relativos a la inadmisión y pueden ser declarados a través de un simple auto interlocutorio.

Lo que desarrollaremos en esta sección, por ser necesario para el buen desarrollo de nuestro trabajo, es la primera de las causales de la improcedencia; esto es, “De los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 42.1). Para el análisis de este numeral en concreto, hablaremos del criterio de la corte en referencia a la multidimensionalidad de los derechos constitucionales.

La Corte Constitucional, en su sentencia 001-16-PJO-CC, afirmó que los derechos constitucionales son multidimensionales y que para que pueda activarse la garantía de la acción de protección, será necesario que la dimensión afectada sea la constitucional y no la legal; siendo esta dimensión constitucional aquella que tiene relación directa con la dignidad de las personas en tanto sujetos de derechos. Criterio el cual otorga de un toque de legitimidad a la fórmula política anteriormente construida, pues como recordaremos esta fórmula parte del concepto de dignidad humana esgrimido por Kant, para ser finalmente perfeccionado a través del uso de la razón práctica procedimental rawlsiana, que igualmente tiene sustento en la idea de una dignidad humana y que, sin embargo, nos es funcional para sustraer la propiedad exclusiva de la dignidad de las manos del hombre y volverla extensiva inclusive a la naturaleza.

## **1.2. Sobre los caracteres de la acción de protección**

El objeto del presente apartado será poner de manifiesto ciertas singularidades que pueden presentarse en la práctica de la acción de protección, las cuales están relacionadas con sus características que pueden sintetizarse en los siguientes enunciados: 1) la acción de protección no es residual, 2) la acción de protección es subsidiaria y 3) la acción de protección puede estar superpuesta.

El carácter no residual de la acción de protección tiene un doble fundamento. En primer lugar, el objeto de esta garantía es el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales. En segundo lugar, ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional existen requisitos de procedibilidad que deban cumplirse de manera previa a la presentación de esta garantía. Por lo tanto, no se puede exigir el agotamiento de otras vías judiciales para la activación de la acción de protección.

La acción de protección es subsidiaria en tanto que esta garantía puede surgir ante la ineficiencia de la justicia ordinaria cuando esta última, pudiendo resolver un conflicto, no lo hace de manera que proteja adecuadamente los derechos constitucionales. Este carácter de la acción de protección solo puede entenderse en conjunto con los criterios emitidos por la Corte Constitucional en la sentencia 165-19-EP/21, donde este tribunal manifestó que la justicia ordinaria también constituye un mecanismo para la protección de derechos y, este ha de tener que preferirse sobre la justicia constitucional en los casos en que la ley, la Constitución o la jurisprudencia así lo establezcan. Esto significa que la justicia ordinaria también tiene la posibilidad de proteger el ámbito constitucional de los derechos, si este ha sido el medio idóneo determinado por la constitución, la ley o la jurisprudencia. Por tanto, solo frente a su actuación incompetente es que la justicia constitucional, a través de la acción de protección, puede actuar. El carácter subsidiario de la acción de protección no debe desnaturalizarse pretendiendo convertir la acción de protección en otra instancia a la cual se pueda apelar, en cualquier caso. Más bien, este carácter reconoce que la vía ordinaria también constituye una garantía para la protección de los derechos en su dimensión constitucional y solo ante la ineficiencia de esta vía es que puede activarse la justicia constitucional a través de la garantía de la acción de protección.

Finalmente, la acción de protección puede encontrarse superpuesta a otras instancias de litigio en tanto que la misma Corte Constitucional ha expresado en la sentencia 758-15-EP/20 que la existencia de un proceso legal que aparentemente resuelva todo o parte de la controversia por la cual se ha interpuesto la garantía de la acción de protección no necesariamente significa que el tema sea de exclusivo tratamiento legal. Puesto que, no se puede presuponer que dicha vía es suficiente para reparar las presuntas vulneraciones de derechos constitucionales que paralelamente han sido propuestas en la acción de protección. El entendimiento de este carácter de la acción de protección está estrechamente vinculado con los conceptos de idoneidad y eficacia, donde la idoneidad tiene que ver con la pertinencia del medio para con el fin, mientras que la

eficacia habla acerca de la suficiencia del mismo medio para el objeto buscado. En este contexto, surge la posible superposición de la acción de protección en paralelo a otra acción legal cuando dicha acción legal, a pesar de ser idónea para solucionar el problema, no es igualmente eficaz para reparar de forma adecuada el derecho vulnerado.

### 1.3. La legitimación pasiva dentro de la acción de protección

En esta sección, nos encargaremos de clasificar las posibles circunstancias de las cuales puede derivarse una legitimación pasiva en las acciones de protección como medio necesario para establecer el método a utilizar para la determinación de la vulneración de derechos constitucionales. Esto se debe a que no podrá considerarse lógico, por ejemplo, que nosotros pretendamos aplicar el principio de proporcionalidad a situaciones derivadas de omisiones de la autoridad pública, ya que resulta obvio que bajo esas circunstancias nunca podrá encontrarse un fin constitucionalmente legítimo por el cual se haya visto afectado el primer derecho constitucional.

En los artículos 88 de la Constitución de la República y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se habla de las causales para una correcta legitimación pasiva que permita la interposición de la acción de protección. Pudiendo ser esta procedente de actos u omisiones tanto del Estado como de parte de una persona particular, esta última solo siendo posible cuando se dé, como mínimo, una de las siguientes circunstancias: a) cuando estos particulares presten servicios públicos impropios o de interés público<sup>38</sup>, b) cuando estos particulares presten servicios por concesión o delegación, c) cuando se provoque daño grave<sup>39</sup> y d) cuando la persona afectada se encuentre en estado de subordinación<sup>40</sup>, indefensión<sup>41</sup> o de discriminación.

Con respecto a las vulneraciones a derechos constitucionales que pueden ser producidas por parte del Estado, no existe mayor conflicto, ya que ha de considerarse que el principio de proporcionalidad ha de resultar aplicable en tanto la vulneración

---

<sup>38</sup> Este concepto se refiere a aquellos servicios que se encuentran bajo regulación y control del Estado, pero que son ejecutados por parte de particulares.

<sup>39</sup> La gravedad en los términos de la Corte Constitucional, tiene lugar cuando el daño que esta por provocarse o se provoca a un derecho es; 1) irreversible, o 2) muy intenso o 3) frecuente.

<sup>40</sup> La subordinación se produce cuando existe una situación de desventaja que procede de la situación de que una de las partes que se relacionan se encuentra compelida a obedecer las ordenes de la otra parte. En una relación de subordinación lo que se genera es una asimetría de poder.

<sup>41</sup> La indefensión se presenta por una situación objetiva de desventaja marcada de una de las partes frente a la otra, la cual puede provenir de circunstancias de marginación social y económica.

proceda de un acto, mientras que este mismo principio ha de tener que ser obviado cuando dicha violación provenga de una omisión estatal. Según lo establecido en los artículos citados en el párrafo anterior, las vulneraciones a derechos constitucionales realizadas por el Estado pueden provenir de actos u omisiones de una autoridad pública no judicial o de un prestador de servicios públicos; con respecto a estas dos primeras causales, no hay mayor controversia, lo cual no sucede con la causal referente a las políticas públicas, debido a que no conocemos si estas han de tener que ser consideradas como actos o como omisiones. Para solventar este conflicto, deberemos acudir a la definición de políticas públicas y compararla con las definiciones de acto y de omisión. Es así que, para definir a las políticas públicas, al no existir ninguna norma que defina este concepto, deberemos acudir a la doctrina, en particular al trabajo de Yves Meny y Jean Claude Thoenig, quienes llegan a conceptualizar a las políticas públicas como el programa de acción o, en su defecto, como el resultado de la actividad de una autoridad pública. Ahora, con respecto a la definición de acto y de omisión, podríamos acudir a los conceptos esbozados por la Real Academia Española, que define acto en dos sentidos: primero, como “el ejercicio de la posibilidad de hacer”, y después como “el resultado de hacer”; mientras que a omisión se la define como “abstención de hacer o decir”. A partir de estas precisiones señaladas, es que podemos llegar a concluir que el concepto de políticas públicas se acerca de forma ostensible al de acto más que al de omisión; por lo tanto, hemos de considerar de aquí en adelante que las políticas públicas son el resultado de un acto del Estado y que, por tanto, son susceptibles de evaluación de constitucionalidad en base al principio de proporcionalidad.

Lo atinente a la vulneración de derechos constitucionales por parte de personas particulares alberga dentro de sí una mayor complejidad, ya que no puede considerarse que todos los actos provenientes de un privado que resulten ser violatorios de derechos sean a su vez realizados con el objeto de perseguir otro fin que pudiera considerárselo constitucionalmente válido. Esto se debe a que la actuación de los particulares sigue fines propios independientes a los del Estado. Así tampoco sería coherente ubicarnos en la tesis contraria y considerar que todos sus actos son arbitrarios, pues como lo establece la propia Constitución, en determinadas circunstancias, estos particulares deberán suplir el papel del Estado, por ejemplo, en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos impropios. Por lo cual, en este caso, no será posible establecer una regla que a priori determine la procedencia de la aplicación del principio de proporcionalidad, sino que este deberá ser aplicado con respecto al caso en concreto.

## **2. Sobre la concreción de un método que evalúe la constitucionalidad de las acciones de protección**

A lo largo de toda esta obra, nos hemos abastecido de los recursos indispensables para la concreción de una metodología que evalúe la constitucionalidad de las demandas de acción de protección a partir de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo, estas herramientas solo adquieren sentido cuando actúan en conjunto. Por lo tanto, será nuestro deber en esta última parte; primero concretar un instrumento argumentativo que nos sea funcional para determinar el momento en el cual un derecho constitucional ha sido vulnerado. Para posteriormente utilizarlo en el marco de una propuesta teórica general acerca de las diversas formas de determinar la constitucionalidad de las acciones de protección.

### **2.1. La fórmula política como instrumento argumentativo**

En su momento, la teoría de la ponderación de Robert Alexy llegó a ser defendida sobre la base de que esta era: una estructura argumentativa que permitía ordenar racionalmente los argumentos empleados para la toma de una decisión jurídica. Es exactamente esa la base con la cual pretendo ahora defender a la fórmula política como un método racional que intenta orientar la argumentación necesaria para determinar cuándo un derecho constitucional ha llegado a ser vulnerado.

Cuando pretendemos determinar cuándo un derecho fundamental ha llegado a ser vulnerado, tenemos una serie de instrumentos, como ya lo hemos mencionado a lo largo de todo nuestro trabajo. En principio, podemos acudir a las reglas jurisprudenciales que han sido emitidas por la Corte Constitucional para una situación jurídica en específico. Sin embargo, estas usualmente no logran cubrir todos los problemas que llegan a suscitarse en la realidad.

Después, lo que corresponde es acudir a la norma constitucional y observar si el derecho cuya vulneración se alega se encuentra prescrito bajo la estructura de una regla. Si es así, entonces usaremos el método de la subsunción para dar solución al problema. Sin embargo, si el derecho se encuentra configurado conforme a la estructura de los principios, la argumentación para la determinación del nivel de incumplimiento que dicho principio debe satisfacer para que se declare vulnerado el derecho constitucional solo ha de poder seguir tres vías, las cuales las representaré con fines



didácticos por medio de un caso hipotético basado en un derecho que verdaderamente se encuentra protegido por la constitución.

Supongamos que en una demanda de acción de protección se alega la vulneración del derecho que tienen las personas con discapacidad para que el Estado cumpla con su deber de "desarrollo de programas y políticas dirigidas a fomentar su esparcimiento y descanso" (Constitución del Ecuador, 2008, art. 48.3). El juez constitucional que no posea la fórmula política como método argumentativo solo contará con tres vías posibles para la solución de este conflicto: la primera, decir que como la norma constitucional no especifica un número concreto de programas o políticas, dicha obligación se encontrará cumplida en tanto exista una sola política y programa.

La segunda, basada en la situación hipotética que previamente se hayan desarrollado x políticas y programas y posteriormente, por una decisión administrativa, hayan decidido reducir estas políticas y programas a la cantidad de x-1, el juez podrá argumentar en base al principio de no regresión de derechos que dicha disminución de políticas y programas, si no se justifica pasando el test de proporcionalidad, resultará ser un acto que vulnera derechos constitucionales.

La tercera y última vía es la que hace que el juez argumente que los programas y políticas requeridos para cumplir con la obligación constitucional son; 2, 3, 4, etc. Basándose en argumentos intuicionistas que pretenden encontrar una regla a partir de una norma que tiene la estructura de un principio, lo cual, como es obvio, llevará consigo una faceta de decisionismo judicial.

Del ejercicio anteriormente propuesto es que se puede colegir la necesidad de un instrumento adicional que oriente con un norte a la argumentación acerca de la determinación del momento de la vulneración de un derecho constitucional que se encuentra normado bajo la estructura de un principio. Esto se debe a que no siempre va a existir un antecedente que permita utilizar al principio de no regresión de derechos como instrumento para comenzar a aplicar el test de proporcionalidad y tampoco resultan ser opciones viables los argumentos que pretenden: 1) reducir al mínimo los derechos constitucionales y 2) decidir arbitrariamente acerca de su contenido.

La fórmula política en este contexto se levanta como un instrumento argumentativo, el cual funcionará de la siguiente manera: para que un derecho constitucional que se configura bajo la estructura de los principios se considere violado, este deberá incumplir

el siguiente axioma: "los derechos son los instrumentos que permiten la libertad de desarrollo de los hombres y de la naturaleza, a pesar de la voluntad de terceros o de las condiciones materiales". Si es que la situación de facto puesta bajo análisis incumple dicho axioma, entonces se dirá que el derecho en cuestión se ha visto reducido a tal punto que se ha impedido que una persona o, en su defecto, la naturaleza, obtenga los mínimos necesarios para que pueda valerse por sí misma y, en consecuencia, el derecho constitucional se ha visto vulnerado.

Esbozemos por último un ejemplo que vuelva de más fácil entendimiento el uso de la fórmula política como instrumento argumentativo:

Supongamos que a una persona se le ha declarado de utilidad pública su casa, por lo cual se ha expropiado este bien; consecuentemente, esa persona demanda la vulneración de su derecho a la propiedad. El juez deberá verificar en principio si se ha infringido el axioma a través del cual se manifiesta la fórmula política. Es así que deberá preguntarse: ¿la expropiación de esa casa representa que la persona ya no puede desarrollarse libremente, es decir, que ya no puede valerse por sí mismo? La respuesta será que no, en la mayoría de los casos, porque la expropiación trae consigo una indemnización por el justo valor, dinero que le servirá a la persona para desarrollarse de igual forma, invirtiendo el dinero en otro bien inmueble o en lo que desee. Sin embargo, si la expropiación hubiese sido realizada hacia un bien de propiedad de una persona adulta mayor, quien tenía como único medio de subsistencia los ingresos provenientes de la renta de parte de dicho bien, y el valor de la indemnización no le permite conseguir otro bien que pueda servirle de la misma forma, entonces sí será procedente la acción de protección, pues la restricción de su derecho a la propiedad ha sido de tal magnitud que impide que la persona afectada pueda tener el mínimo necesario para desarrollarse por su cuenta.

Este último ejemplo que hemos presentado, a mi parecer, ha tenido una doble utilidad. Por un lado, ha permitido observar la operatividad de la fórmula política como instrumento argumentativo que facilita determinar el contenido de los derechos fundamentales; y por otro lado, ha permitido demostrar lo que antes ya habíamos expresado, es decir, que la determinación de la vulneración de un derecho constitucional no puede verificarse de forma abstracta, a priori, sino solamente con la presentación del caso concreto, a posteriori.

## 2.2. Acerca del examen de constitucionalidad de las demandas de acción de protección.

La fórmula política debe entenderse como una técnica que nos permite hallar el núcleo esencial de los derechos fundamentales cuando la norma que regula estos derechos está configurada conforme a la estructura de los principios. A su vez, esta técnica será de suma utilidad para examinar si un caso específico es justiciable por vía constitucional. Sin embargo, no debe considerarse que esta es la única técnica funcional para lograr el objetivo de determinar la constitucionalidad de las acciones de protección, sino más bien como una técnica complementaria. De este modo, surge un cuestionamiento: ¿Cuándo debe entonces utilizarse la técnica de la fórmula política? Para responder a esta pregunta, tendremos que esbozar un esquema general acerca de las formas de determinación de la constitucionalidad de las acciones de protección.

### A. Una propuesta teórica general

Si lo que buscamos es generar un esquema que nos permita examinar la procedibilidad de las acciones de protección, la forma más fácil de hacerlo no es comenzando desde cero, sino emulando otros sistemas que han generado una propuesta teórica similar, pero en otras ramas del derecho. Es así que la solución al problema quizás la podamos encontrar en el derecho penal, donde se utilizan las denominadas cuatro categorías dogmáticas del delito para examinar si una conducta ha tenido mérito suficiente para romper con la presunción de la inocencia y llegar a ser considerada como delito.

El derecho penal, por medio de la teoría del delito, garantiza los derechos de las personas procesadas, resguardando que estas solo sean sancionadas cuando realmente hayan cometido un delito. El modo de funcionamiento de esta teoría es a través de un método escalonado de descarte. El cual opera de la siguiente manera: cuando a una persona se la ha acusado de haber cometido un delito, deberá en principio verificarse si el supuesto delito constituye una “conducta”. Esto se justificará en tanto la actuación de la persona no se encuentre sujeta a ninguna causal de exclusión de la conducta<sup>42</sup>. Solo entonces el presunto delito podrá pasar al segundo escalón. En el cual deberá verificarse si la “conducta” ha sido también “típica”. Esto así mismo solo podrá

---

<sup>42</sup> Las causas de exclusión de la conducta son; fuerza irresistible, movimiento reflejo o estado de plena inconsciencia.

ser realizado si no existe atipicidad ya sea esta, subjetiva u objetiva<sup>43</sup>. Si este segundo requisito ha sido cumplido, entonces el presunto delito pasará al tercer escalón en el cual ha de verificarse si la “conducta típica” es además “antijurídica”. Esto de forma similar a los escalones anteriores solo podrá ser confirmado cuando no exista ninguna causa de justificación<sup>44</sup>. Solo cumplida esta tercera restricción el presunto delito podrá pasar al cuarto y último escalón en el cual se intentará comprobar que la “conducta típica y antijurídica” sea también “culpable”. Lo cual nuevamente solo podrá ser verificado en tanto no exista ninguna causa de inculpabilidad<sup>45</sup>. De esta manera, solo después de que el presunto delito atribuido a una persona haya pasado este riguroso test, es que podrá considerarse que guarda dentro de sí mérito suficiente como para vencer la presunción de inocencia y sancionar al que antes solo fue presunto infractor de la norma penal.

Lo que propongo para el tema que nos ocupa es que, de manera similar a la teoría del delito, intentemos crear un método de análisis sistemático que proporcione a los operadores jurídicos un derrotero bien definido que los guíe a saber cuándo una situación jurídica ha llegado a vulnerar derechos constitucionales. Este método, sin embargo, por la misma naturaleza de la justicia constitucional, no podrá ser uno de descarte, puesto que una técnica que tuviera este enfoque sería poco garantista. Por lo cual lo correcto será establecer un método de “posibilidades”, donde la violación de un derecho constitucional pueda ser establecida a partir de distintos posibles métodos y solo cuando se hayan agotado todos estos es que se establecerá que no existe vulneración alguna a un derecho en su ámbito constitucional.

El primer paso dentro de nuestro método será observar el presunto derecho vulnerado y verificar si este se encuentra protegido por una norma que tenga la estructura de una regla, o si en su defecto la norma que protege al derecho tiene la estructura de un principio. En el primer caso, la solución al problema deberá obtenerse a partir del método de la subsunción, en el segundo caso la cuestión deberá pasar al siguiente paso, el cual consiste en la verificación de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, para la búsqueda de una regla jurisprudencial que sea aplicable al caso en concreto. En la circunstancia de encontrar dicha regla, esta deberá aplicarse de igual forma a partir del

---

<sup>43</sup> La atipicidad objetiva tiene que ver con la falta de identidad entre la conducta y el supuesto de hecho establecido en el precepto normativo, en cambio la atipicidad subjetiva tiene que ver con la falta de culpa y dolo.

<sup>44</sup> Las causas de justificación son; cumplimiento del deber legal u orden legítima expresada por autoridad competente, estado de necesidad y legítima defensa.

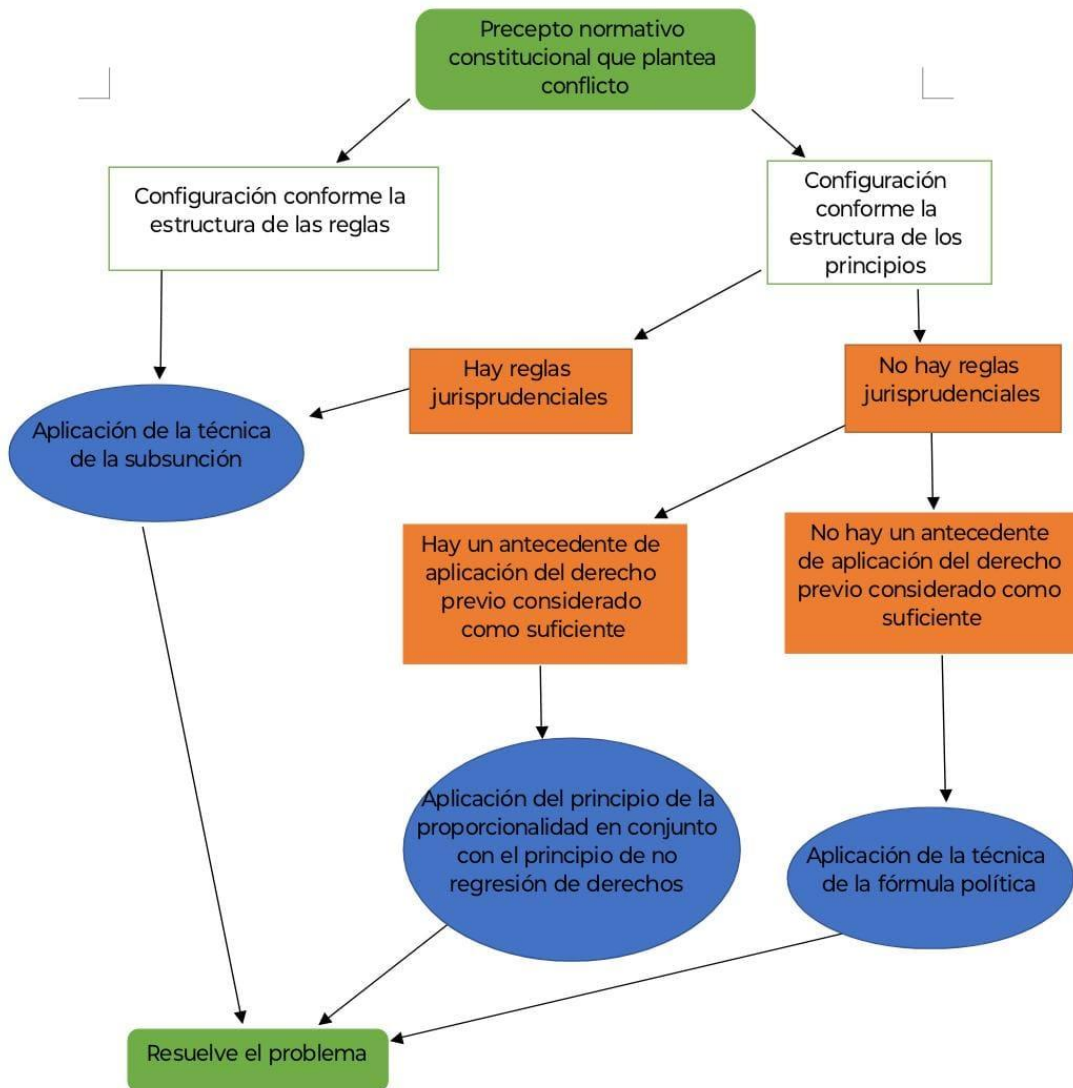
<sup>45</sup> Las causas de inculpabilidad son; el error de prohibición invencible y el trastorno mental cuando este último se encuentre debidamente comprobado.

método de la subsunción, pero en caso de que dicha regla no pudiera ser encontrada, entonces deberemos continuar con el tercer paso, el cual requiere que se establezca si en el caso concreto la medida en la cual el derecho debe aplicarse ya ha sido determinada de facto anteriormente. Esto es, si el disfrute del derecho (cuya medida de aplicación es indeterminada por estar configurado bajo la estructura de un principio) previamente ya se ha dado en una medida determinada o determinable. Puesto que el disfrute del derecho no solo depende de la cantidad de actos dirigidos a cumplirlo, sino también de la calidad de dichos actos. Es solo entonces que de esa base se deberá partir para establecer que cualquier disminución, conforme al principio de no regresión de derechos, deberá ser considerada como una vulneración de derechos constitucionales, a menos claro que pase el debido test de proporcionalidad. Sin embargo, si es que el derecho no ha tenido un cumplimiento anterior, o en su defecto, el cumplimiento que ha tenido se considera que no satisfago nunca la obligación determinada en la Constitución, entonces habrá que acudir al cuarto y último paso, el cual consiste en el uso de la técnica de la fórmula política que previamente habíamos desarrollado para intentar encontrar ese nivel mínimo de cumplimiento del derecho para que se pueda decir que se ha visto cumplida la obligación constitucional y que, por tanto, no se encuentra vulnerado el derecho constitucional en cuestión.

En esta última sección de nuestro trabajo, hemos construido ya un método de evaluación de la constitucionalidad de las demandas de acción de protección. Sin embargo, debemos decir que este método, a pesar de ser de sencilla aplicación en abstracto, supone ciertas dificultades en la resolución de casos en concreto. Por lo cual deberá a su vez ser usado con un cierto grado de ductilidad, acomodándolo a las circunstancias concretas del caso a resolver. Esta flexibilidad antes mencionada del método deriva de ciertas singularidades que podrían presentarse en el contexto de la acción de protección, las cuales intentaremos presentarlas con la aspiración de darle una mayor completitud a nuestro trabajo, sin que por esto se pretenda que este análisis que haremos deba de ser considerado exhaustivo, puesto que este solo anhela a ser ejemplificativo.

### **Figura 1**

*Diagrama de flujo acerca de los métodos de interpretación a utilizar para la declaratoria de vulneración de derechos constitucionales en las acciones de*



Nota: la presente figura es una representación gráfica de los pasos que se deberían de seguir en base a la propuesta teórica general que realizo en este sub capítulo.

### B. Situaciones singulares en el contexto de la acción de protección

Para finalizar mi tesis, intentaré señalar ciertas situaciones singulares que pueden presentarse en la práctica de las acciones de protección, de las cuales surge la necesidad de la ductilidad del método construido en el apartado anterior. Las situaciones a las que me referiré aquí están relacionadas con las acciones de protección: 1) interpuestas para la defensa de los derechos de la naturaleza, 2) derivadas de su carácter subsidiario, 3) superpuestas a otras instancias de litigio; y 4) interpuestas contra

particulares. Sin embargo, en este trabajo solo ahondaré en el caso de las acciones de protección interpuestas para proteger los derechos de la naturaleza, ya que esto me parece suficiente para cumplir con el objetivo antes señalado de ejemplificar el funcionamiento flexible de mi esquema.

**a) De las acciones de protección interpuestas para la defensa de los derechos de la naturaleza**

La protección de los derechos de la naturaleza en el contexto de la jurisprudencia ecuatoriana guarda dentro de sí una característica bastante sui generis, que reconceptualiza a la fórmula política sin que a la vez esta se vea desnaturalizada. Este hecho que señalo aquí debe de ser entendido a profundidad, puesto que es uno de los ejemplos más claros de la necesidad de flexibilidad en cuanto a la aplicación que debe tener nuestro método. Por esta razón, será nuestro menester en la presente sección explicar la referida cuestión singular que se presenta en relación a los derechos de la naturaleza.

En principio, debemos observar que la norma constitucional que protege a los derechos de la naturaleza se encuentra configurada acorde a la estructura de los principios, ya que lo que esta manda es que la naturaleza tiene derecho a que se respete "... su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos evolutivos" (Constitución del Ecuador, 2008, art. 71). Este mandato, como es notorio, guarda dentro de sí un alto nivel de indeterminación en cuanto al grado de cumplimiento que exige. Por lo tanto, no es aplicable el método de la subsunción para la determinación de su contenido; consecuentemente, tendremos que acudir al segundo paso de nuestro método y buscar una regla jurisprudencial, la cual quizás la podamos encontrar en la sentencia 253-20-JH/22 (Caso "Mona Estrellita").

Sin embargo, en esta sentencia no encontramos como tal una regla jurisprudencial en la cual podamos usar el método de la subsunción. Pero lo que sí podemos encontrar son otros dos principios que complementan el entendimiento de la norma positivizada en la constitución: el principio interespecie y el principio de interpretación ecológica.

Esto, a primera vista, pudiera querer decir que nuestro método ya no resulta ser satisfactorio para resolver los problemas derivados de los derechos de la naturaleza, ya que no acudiríamos al tercer y al cuarto paso que planteamos en nuestro sistema. Sino que, aparentemente por voluntad de la corte constitucional, deberíamos aplicar un

sistema diferente que consiste en el uso de dos principios que no tienen que ver ni con el principio de no regresión de derechos (tercer paso), ni con nuestra fórmula política (cuarto paso).

Sin embargo, como ya dijimos antes, esta bifurcación de caminos o métodos que nos llevaría a cuestionar la suficiencia de nuestro esquema es solo aparente. Pues los dos principios mencionados por la jurisprudencia constitucional no son sino una forma diferente de manifestar nuestra "fórmula política". La similitud que alego existe entre los principios derivados de la jurisprudencia y nuestra fórmula política la puedo explicar a partir de los propios conceptos de los antes referidos principios.

Así, el principio interespecie tiene que ver con la observación particular de las necesidades de cada especie, teniendo en consideración sus características, ciclos vitales, estructuras, funciones, etc. Mientras que el principio de interpretación ecológica habla del respeto necesario a las interacciones biológicas, así como la de depredación, ya que, si estas interacciones se ven afectadas, el equilibrio ecológico también se verá afectado y, por tanto, la supervivencia de todas las especies.

La conjugación de estos dos principios en síntesis lo que busca es dar todo lo necesario a las especies para que estas se desarrollen, acorde a sus necesidades específicas, siendo limitados sus derechos solo en cuanto sea necesario para el mantenimiento ecológico de la naturaleza y, por tanto, para la protección de su propia existencia, lo cual no guarda realmente diferencias significativas con nuestro método de la fórmula política, pues esta también busca dar un mínimo a las personas y a la naturaleza que permita su desarrollo por su propia cuenta, teniendo en consideración las necesidades particulares del sujeto protegido. Entonces, lo que hacen los dos principios derivados del caso de la mona estrellita no es otra cosa que redirigir nuestra argumentación hacia la fórmula política que antes habíamos desarrollado. Por tanto, estos principios no son contradictorios y excluyentes de nuestro esquema, sino complementarios.



### Conclusiones

El mayor problema que afecta a los operadores jurídicos que dedican su esfuerzo e inteligencia al área del derecho constitucional, probablemente sea el que surge de la búsqueda por definir la línea que demarca el límite entre los derechos en su dimensión constitucional y su dimensión legal. Este problema, como hemos mencionado antes, proviene de la configuración mayoritaria de los derechos constitucionales conforme a la estructura de los principios, lo cual genera que la exigencia de aplicación de los mandatos en la constitución pueda ser diversa en correspondencia al caso del cual se trate.

La solución a este problema, como señalamos en su momento, puede encontrarse en la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo, en este punto de la presente obra, no solo se debe destacar como probable al método derivado de la mencionada teoría, sino que, por los argumentos expuestos a lo largo de este texto, su uso debe ser calificado bajo el adjetivo de "necesario", ya que sin él, ningún macro sistema que pretenda tener todos los métodos para determinar el contenido de los derechos constitucionales estará completo, dejando en consecuencia una sección de derechos constitucionales en los cuales, al no ser posible la aplicación de la subsunción, la ponderación, ni del principio de proporcionalidad, el juez constitucional tendrá como resultado del deber establecido en el numeral tercero del artículo 11 de la constitución, que recurrir a argumentaciones retóricas, que esconden dentro de sí una faceta de decisionismo judicial y, como es obvio, atentan contra la seguridad jurídica, que es, de acuerdo con el pensamiento del profesor Luis Recasens Siches, "la motivación radical de lo jurídico".

Este método derivado de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales busca conocer cuál es el contenido de los derechos y, como necesidad correlativa, busca definir los contornos de estos derechos dentro de su dimensión constitucional. Entonces, al este método buscar una respuesta a la pregunta de; "¿Cómo puedo llegar a conocer?", el desafío en cuestión se revela como un problema epistemológico, por lo que para solucionarlo habrá que escuchar qué es lo que nos tiene que decir la epistemología. Descartando previamente aquellas escuelas epistemológicas de vieja data dentro del ámbito jurídico, que por falaces como es el caso del iusnaturalismo o por insuficientes como el iuspositivismo no nos resultan útiles para alcanzar el fin propuesto.

Es consecuencia de lo antes anotado, que se tendrá que acudir al constructivismo

epistemológico para resolver el dilema presentado. El constructivismo epistemológico es una escuela que predica que todo el conocimiento debe encontrarse siempre abierto a posibles críticas, por lo cual este está en constante reinterpretación, más aún cuando hablamos de temas atinentes a las ciencias sociales, como es el caso del derecho, que es en sí mismo una creación humana, la cual por su propia naturaleza se encuentra sujeta a variables como el tiempo y el espacio.

A pesar de que el derecho es una construcción humana, esto no implica a su vez que sea una creación arbitraria, ya que este debe encontrarse en *sindéresis* con determinados objetivos, que no son sino aquellos que persigue el Estado, este último solo pudiendo encontrar dentro de ellos justificación a su existencia. Estos objetivos del Estado se manifiestan como su paradigma jurídico o, en palabras de Lucas Verdú, como su fórmula política.

Para poder determinar, entonces, cuál es la fórmula política de nuestro Estado ecuatoriano, deberemos conocer cuáles son los objetos por los cuales se creó este, o más bien, los que le otorgan legitimidad a su existencia. Es en razón de esto que, en una meditada observación de la realidad a la cual obedecen las circunstancias del Estado ecuatoriano, nos damos cuenta de que el objeto de nuestro Estado es tripartito; por un lado, la defensa (contra lo externo); por otro, la justicia (para con lo interno, en una obligación correlativa del Estado en sentido negativo, al este tener que abstenerse de invadir la libertad del hombre y en un sentido positivo al tener que actuar para evitar que terceros invadan la libertad del hombre); y, por último, la igualdad de oportunidades (en el sentido de otorgar aquellos mínimos necesarios a los sujetos de derecho para que estos puedan desarrollarse libremente).

Los derechos constitucionales, en este contexto, toman el papel de los instrumentos adecuados para alcanzar el objeto del Estado. Este entendimiento derivado de la concepción kantiana que muestra a los derechos como aquellos instrumentos que vuelven posible la ejecución de límites a la causalidad natural, anteponiendo la causalidad derivada de la libertad del hombre. Es adecuado esta forma de comprender a los derechos en tanto cualquiera de los tres antes dichos objetos del Estado ecuatoriano, pueden ser entendidos como formas de luchar contra la causalidad natural derivada de; 1) la naturaleza propiamente dicha (defensa contra lo externo), 2) las injusticias de los hombres (defensa contra lo interno, justicia) y 3) la injusticia material (obligaciones prestacionales del Estado, igualdad de oportunidades).

A pesar de que, la razón práctica kantiana nos da un adecuado punto de partida para la comprensión de la fórmula política ecuatoriana, salta a la vista de forma casi inmediata la insuficiencia de esta teoría en cuanto hablamos de que en nuestro paradigma constitucional se le reconocen derechos a la naturaleza. Por lo cual, resulta de imperativa necesidad avanzar un paso más allá de la razón práctica kantiana y ahora encontrar la solución al problema en la razón práctica procedimental rawlsiana, donde mediante el mecanismo del velo de la ignorancia propuesto por John Rawls se pueda encontrar una justificación a los derechos que ya no sea antropocéntrica sino que incluya a la naturaleza en tanto sujeto de derechos. Es así que si a esta propuesta teórica la entendemos en conjunto con la tesis de la Gaia de James Lovelock y con las propuestas del constitucionalismo andino, entonces se habrá encontrado una justificación suficiente y satisfactoria para todos los derechos establecidos en nuestra constitución, justificación que les da organicidad y de la cual se puede desprender un axioma que sirve como un método argumentativo que tiñe de racionalidad a las conclusiones que se deriven de su uso, demarcando un derrotero que vuelve para los abogados constitucionalistas más o menos predecibles las consecuencias jurídicas de la presentación de sus demandas de acción de protección y que de igual forma lleve a los jueces a argumentaciones que ya no se vean manchadas por los adjetivos que las tildan de retóricas, falaces o sofísticas.

Este nuevo método argumentativo no debe entenderse como excluyente de otros métodos que persigan el mismo fin, la determinación del momento en el cual se ha visto vulnerado un derecho constitucional, sino que ha de ser entendido como complementario y subsidiario de todos estos otros métodos. Teniendo, por lo tanto, que ser incluido dentro de un macrosistema de “posibilidades” donde la aplicación de uno u otro método dependan de variables como; 1) la configuración estructural de las normas, 2) la existencia de un precedente jurisprudencial aplicable, en el cual se haya generado una regla jurisprudencial; o 3) la existencia de una aplicación previa de un derecho que permita el ejercicio del principio de proporcionalidad en conjunto con el principio de no regresión de derechos.

Este macrosistema, teniendo que ser aplicado con cierta ductilidad de entendimiento, derivado de determinadas singularidades que puedan presentarse en los casos en los que se pretenda aplicar, las cuales pueden provenir, por ejemplo, de la jurisprudencia constitucional aplicable como es el caso de los derechos de la naturaleza, de aspectos característicos de la acción de protección en tanto garantía jurisdiccional como es el caso del carácter subsidiario de esta, o de cualquier otra circunstancia imposible de ser

avizorada a priori o en abstracto.

Por último en estas conclusiones, teniendo el deber de poner especial énfasis en advertir que esta flexibilidad de entendimiento del macrosistema planteado en la sección final de mi obra no debe ser interpretado bajo ningún sentido como un signo de su insuficiencia para solventar de forma satisfactoria el problema que se ha pretendido resolver a lo largo de esta tesis.

## Referencias

- Ávila Santamaría, R. (2011). "Del amparo a la acción de protección jurisdiccional." *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5(27), 95-125. Recuperado de <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n27/v5n27a6.pdf>
- Ávila Santamaría, R. F. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/6114>
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf).
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009, Quito, 21 de septiembre de 2009. Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_org2.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf)
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2001). *Sobre principios y reglas* (Edición digital). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk1q1> (Publicación original en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991, pp. 101-120).
- Bechara Llanos, A. Z., & Vides Argel, M. E. (2020, 26 de octubre). *Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann*. *Justicia*. <https://doi.org/10.17081/just.24.36.3765>
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cando-Samoano, M. J. (1998). A.-L. Martínez-Pujalte. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. *Cuadernos y Debates*, n° 65, CEC, Madrid, 1997. (Prólogo de Andrés Ollero Tassara), 150 pp. [RECENSIÓN]. *Revista Persona y Derecho*, (38), 276-285. Recuperado de <https://hdl.handle.net/10171/55233> DOI: 10.15581/011.32860
- Cantón-Delgado, P. (2017). *Reseña del libro "Las políticas públicas" de Yves Meny y Jean-Claude Thoenig*. *Cuadernos del CENDES*, 34(96), 185-192. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/403/40354944011.pdf>
- Casal, J. (2020). *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Bogotá: TEMIS.
- Castro Patiño, I. (2003). *La inconstitucionalidad por omisión: una reforma necesaria en la Constitución Ecuatoriana* (Tesis doctoral, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas).
- Chiriboga Zambrano, G., & Salgado Pesantes, H. (1995). *Derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Instituto Latinoamericano de

- Investigaciones Sociales, ILDIS. Recuperado de <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/44176.pdf>
- Coing, H. (1961). *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2010). *Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC*. Juez ponente: Dr. Edgar Zárate Zárate. Recuperado de: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/100010be-3ca3-4f0b-88cd-a699f0b07052/0019-09-IC-res.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2016). *Sentencia No. 001-16-PJO-CC*. Quito, D.M. Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/559dec35-c4d6-443f-843c-1e12c5f01ca4/SENTENCIA%20-%200530-10-JP.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Sentencia No. 18-21-CN/21*. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario/Documents/58ab6c7c-a07d-4bfd-bc98-753bf6782ebf.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). *Sentencia No. 22-18-IN/21*. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría. Quito, D.M. Fecha de la sentencia: 8 de septiembre de 2021. Recuperado de fuente: [http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlDG E6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiN2NkMjRmMS1hODMxLTQxMTEtODEzZi1i ZTQyOWQ0ZjQxYTMucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDG E6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiN2NkMjRmMS1hODMxLTQxMTEtODEzZi1i ZTQyOWQ0ZjQxYTMucGRmJ30=)
- Cruz Parceró, J.A. (2001). *Derechos morales: concepto y relevancia*. Isonomía, (15), 55-79. Recuperado en 02 de enero de 2024, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182001000200055&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182001000200055&lng=es&tlng=es).
- Di Tella, T. S. (1971). *La búsqueda de la fórmula política argentina*. Desarrollo Económico, 11(42/44), 317–325. <https://doi.org/10.2307/3465985>
- Ferrajoli, L. (2007). *Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Gobierno de España. (1978). *Constitución Española de 1978*. Recuperado de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Häberle, P. (2000). *Métodos y principios de la interpretación constitucional: Un catálogo de problemas*. Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón. *Revue europeenne de droit public*, 12(3). Recuperado de <https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haeberle.htm>.
- Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dickinson.

- Juárez-Suquilanda, L. F., & Zamora-Vázquez, A. F. (2022). *La Acción de Protección en Ecuador. Importancia de contar con jueces en materia constitucional y garantizar la seguridad jurídica*. *Dominus Scientiae*, 8(1), 414-429. <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v8i41.2500>
- Kant, I. (1785/1996). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. (J. Mardomingo, Trad.). Barcelona: Ariel S.A. [Versión en línea: <https://www.filosoficas.unam.mx/docs/541/files/Kant-Fundamentaci%C3%B3n-metaf%C3%ADsica-costumbres.pdf>]
- La Torre, M. (2006). *Teorías institucionalistas del derecho* (Esbozo de una voz de enciclopedia). *Derechos y Libertades*, 14(Época II), 103-112. ISSN: 1133-0937. Recuperado de <https://www.dykinson.com/cart/download/articulos/25/>
- Landa, C. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. *Revista IIDH*, (6), 1-30. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/13662a.pdf>
- Leoni, F. (1975). *Fórmula política y estructura social*. *Revista de estudios políticos*, 199, 251-260. Recuperado de [https://dialnet-FormulaPoliticaYEstructuraSocial-1705278%20\(2\).pdf](https://dialnet-FormulaPoliticaYEstructuraSocial-1705278%20(2).pdf)
- López, R. (2017). *Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución mexicana*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,. Recuperado de [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932017000200229](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932017000200229)
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá, Colombia: LEGIS S.A.
- Maldonado Muñoz, M. (2020). *Límites y contenido esencial de los derechos* (un marco conceptual problemático). *Revista Derecho del Estado*, (47), 79-112. DOI: 10.18601/01229893.n47.03. Recuperado de <https://www.redalyc.org/journal/3376/337665974003/html/>
- Mora Restrepo, G. (2003). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos*. *Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica*, 12, ISSN-e 0120-8942. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2107660.pdf>
- Martín Huertas, A. (2008). *El contenido esencial de los derechos fundamentales*. *Revista De Las Cortes Generales*, (75), 105-190. <https://doi.org/10.33426/rcg/2008/75/905>
- Morales Carranza, S. J. (2022). *Los derechos fundamentales en la Constitución de la República del Ecuador 2008: Fundamentos dogmáticos, sociales y jurídicos*. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 5(3), 124-132.
- Moreno Yanes, S. (2012). *La inferencia de la garantía del contenido esencial en la Constitución ecuatoriana del 2008*. Quito, 2012. Tesis (Maestría en Derecho).

- Mención en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Derecho. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10644/3120>
- Nieves, M. (2004). *La fuerza simbólica de los derechos humanos*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 27, 143-180. ISSN 0214-8676. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28944.pdf>
- Polo Pazmiño, E. J. (2018). *Los principios de aplicación de los derechos en la Constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia*. Revista de Derecho, 7, 223-247. <https://doi.org/10.31207/ih.v7i0.194>
- Portocarrero Quispe, J. A. (2016). *¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales*. Vox Juris, 31(1), 81-96. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5595585.pdf>
- Rawls, J. (1979). *Teoría de la justicia* (M. D. González, Trad.). Segunda edición en español. Madrid, España: Fondo de Cultura Económica. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/12/doctrina48358.pdf>.
- Reyes Blanco, O., & Rains Franklin Sam, O. (2014). *Teoría del bienestar y el óptimo de Pareto como problemas microeconómicos*. Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas, REICE, 2(3), ISSN 2308-782X. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109420.pdf>
- Rodriguez de Caires, C. M. (2017). *Las políticas públicas*. [Reseña del libro "Las políticas públicas" de Yves Meny y Jean-Claude Thoenig]. Cuadernos del CENDES, 34(96), 185-192. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/403/40354944011.pdf>
- Samaniego Tello, K., & Téllez Garzón, C. (2022). *Manual Práctico de Litigio Constitucional para Servidores Públicos*. Procuraduría General del Estado. Proyecto de Fortalecimiento Institucional de la PGE, PROFIP. Recuperado de [http://www.pge.gob.ec/images/publicaciones/2022/ManualLitigio/Manual\\_Practico\\_de\\_Litigio\\_Constitucional\\_para\\_servidores\\_publicos\\_PGE.pdf](http://www.pge.gob.ec/images/publicaciones/2022/ManualLitigio/Manual_Practico_de_Litigio_Constitucional_para_servidores_publicos_PGE.pdf)
- Soto, A, & Valente, M.R. (2005). *Teoría de los juegos: Vigencia y limitaciones*. Revista de Ciencias Sociales, 11(3), 497-506. Recuperado en 02 de enero de 2024, de [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-95182005000300008&lng=es&tlng=es](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-95182005000300008&lng=es&tlng=es).
- Tobar Subía Contento, M. I. (2013). *Aspectos Generales de la Acción de Protección en Ecuador*. AXIOMA, 2(11), 17-21. ISSN 1390-6267. Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra.
- Vargas Arévalo, C. (2007). *Análisis de las políticas públicas. Perspectivas*, (19), 127-



136. Universidad Católica Boliviana San Pablo, Cochabamba, Bolivia.  
Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/4259/425942453011.pdf>
- Vargas Tinoco, A. (2023). *Los borrosos contornos del núcleo esencial del derecho fundamental a la reparación en Colombia*. [online]. 2023, n.45, pp.173-4366.  
<https://doi.org/10.18601/01234366.45.07>.
- Velázquez Velázquez, S. E. (2021). *¿Estado de Derechos?* *Juees*, 1(1), 9–18.  
Universidad Espíritu Santo
- Wieczorek, Tomás. (2022). *Carl Schmitt, amigo de Weimar. Notas en torno a la Verfassungslehre como teoría y doctrina de la constitución*. *Isonomía*, (56), 29-70. Epub 08 de agosto de 2022. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i56.473>