



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

“LA MUERTE DIGNA; ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL EN LA
CONSTITUCIÓN ECUATORIANA?”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de:

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Autor: Jonnatan Vinicio Benenaula Guamán

Director: Dr. Pablo Sebastián López Hidalgo

Cuenca – Ecuador

2020

DEDICATORIA

A mis padres.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi familia por el amor y el cariño que me brindan en todo momento

Especialmente a mi padre por enseñarme y por demostrarme que pese a las adversidades todo se puede superar con fe, honestidad, respeto y responsabilidad.

De igual manera a mis profesores por su guía y la Universidad por darme acogida y ser un pilar fundamental en mi formación académica y humana.

Un especial agradecimiento a mi director de tesis, el Doctor Sebastián López, quien supo guiar mis progresos y transmitirme sus conocimientos durante este proyecto.

ÍNDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
ÍNDICE DE CONTENIDO.....	iv
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	vii
CAPÍTULO I.....	1
1.1 Una aproximación a los derechos fundamentales.	1
1.1.1. Introducción.	1
1.1.2. Evolución de los derechos fundamentales.....	3
1.1.3. Corrientes filosóficas que sustentan la idea de los Derechos Fundamentales... 5	
1.1.4. Generaciones de derechos y modelos de Estado.	8
1.2 Concepto de derechos fundamentales.	12
1.3 Características de los derechos fundamentales.	14
1.3.1. Innatos.	16
1.3.2. Universales.	17
1.3.3. Inalienables.	18
1.3.4. Inviolables.	19
1.3.5. Progresivos.	20
1.3.6. Imprescriptibles.....	20
1.4 Límites a los derechos fundamentales.....	21
1.5 Dignidad humana como derecho fundamental y fin del Estado Constitucional.	25
CAPÍTULO II	29
2.1 ¿Qué son los derechos implícitos?	29
2.2 Derechos implícitos dentro de la Constitución de la República del Ecuador 2008. 32	
2.2.1. Cláusula Abierta en la Constitución ecuatoriana	36
2.2.2. Desarrollo progresivo de los derechos.	39
2.3 Derechos implícitos como construcción jurídica.	42

2.3.1.	El rol del juez con relación a los derechos implícitos.	47
2.4	Derechos implícitos y su protección constitucional.	51
CAPÍTULO III.....		54
3.1	Muerte como parte del ciclo natural de la vida	54
3.1.1.	Definición legal y médica de la muerte.....	56
3.2	Calidad de vida y bien jurídico.	59
3.3	Formas de Muerte Digna.....	62
3.3.1.	Eutanasia.	63
3.3.2.	Cuidados Paliativos.	64
3.4	Muerte digna corrientes a favor y en contra.....	66
3.4.2.	Bioética y Muerte Digna.	71
3.5	Muerte digna: ¿Un derecho fundamental implícito?.....	74
Conclusiones:		84
Trabajos consultados:.....		85

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito determinar el rol de los derechos fundamentales dentro de un Estado democrático, así como, la vigencia y alcance de los denominados derechos implícitos en un sistema constitucional contemporáneo.

En este contexto, se pretende determinar si la muerte digna puede ser considerada un derecho fundamental implícito que puede ser tutelado en la Constitución ecuatoriana de 2008; analizando los debates principales en torno a esta cuestión, así como los requisitos y circunstancias bajo las cuales dicho derecho podría ser asegurado; a través de una interpretación jurídica garantista en el marco del bloque de constitucionalidad y al amparado de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE:

Derechos fundamentales, derechos implícitos, Constitución ecuatoriana, muerte digna, interpretación jurisdiccional.

ABSTRACT

The purpose of this investigation was to determine the role of fundamental rights within a democratic state and the validity and scope of the rights implicit in a contemporary constitutional system. In this context, the study sought to determine whether dignified death can be considered an implicit fundamental right that can be protected in the Ecuadorian Constitution of 2008. The main debates around this issue were analyzed, as well as the requirements and circumstances under which said right could be ensured, through a protective legal interpretation within the framework of the constitution and under the protection of human rights.

Keywords: Fundamental rights, implicit rights, Ecuadorian Constitution, dignified death, jurisdictional interpretation.




Translated by
Ing. Paúl Arpi

CAPÍTULO I

1.1 Una aproximación a los derechos fundamentales.

1.1.1. Introducción.

Dentro de un sistema democrático, la Constitución se consolida como el principal instrumento jurídico y político de un Estado; integra los principios más importantes para una sociedad, siendo la principal fuente de derechos, obligaciones y garantías de los ciudadanos. Generalmente el contenido de la misma, recoge aquellas premisas que el concierto internacional considera indispensables, brindando unos mínimos esenciales de derechos que se consideran fundamentales.

Estas normas básicas antes señaladas, no están organizadas necesariamente en un solo cuerpo normativo, de manera concentrada, sino más bien, tienden a estar dispersas, es decir, pueden estar integradas de manera aislada dentro de la Constitución o en otros cuerpos jurídicos de carácter supranacional, circunstancia que dificulta su identificación, pero no deslegitima su esencia fundamental o su relevancia jurídica.

Lo que permite distinguir a los derechos fundamentales de otros derechos, es decir, la característica que les da su relevancia frente a los demás, es que toman como guía y base de sus premisas, al principio “dignidad humana”. Se puede decir que los derechos fundamentales se desarrollan a través de este criterio y se convierte en un rasgo diferencial que permite reconocer nuevos derechos de esta índole, incluso aquellos que en un principio no estaban contemplados dentro de un sistema jurídico.

A diferencia de otros derechos, los de índole fundamental, no se reducen a expectativas pecuniarias, permisivas, prohibitivas o de corte individualista, sino que tienen un carácter universal y diverso. Para Nicoletti (2008) los derechos fundamentales están conformados

por principios y valores, es decir, acercamientos conceptuales a la dignidad humana desde el punto de vista la doctrina y la jurisprudencia.

Para algunos autores, los derechos fundamentales y los derechos humanos son considerados como sinónimos, lo cual es una concepción jurídica incorrecta, sin embargo, se puede decir que la teoría de los derechos fundamentales está íntimamente ligada con los derechos humanos, siendo esta última la base de su estudio. Así, mientras los derechos humanos tienen una connotación internacional, los derechos fundamentales cubren al entorno jurídico interno tomando como base la carta magna afianzada a través del ordenamiento (Cando, 2012).

El hecho de que estos derechos estén recogidos en la Constitución no implica que se agoten en ella, para Alexy y Bernal (2007) que los derechos fundamentales tiendan a estar positivizados, no implica el desconocimiento de otros derechos no recogidos de manera textual en una norma. Esto se debe a que la doctrina amplía la cobertura de los derechos fundamentales, pudiendo considerarse además de las normas escritas, las normas conexas a ella.

Según Ferrajoli, et. al (2001) los derechos fundamentales son facultades subjetivas que son parte de todos, es decir, universalmente les corresponden a las personas con capacidad de obrar. Por lo que más que un derecho que otorga el Estado a sus ciudadanos, es considerado como algo preexistente a un orden social, enlazado a la persona misma, inalienable y de carácter primordial.

Para Ferrajoli, Baccelli, de la Vega y Pisarello (2001) los derechos fundamentales constituyen un sistema de límites y vínculos supra ordenado al Estado, a modo de contrapoderes y como herramientas reaccionarias, en consecuencia, son derechos anteriores al Estado, en el que este se limita a su reconocimiento más no a su creación. Bajo este contexto, los derechos fundamentales son parte de privilegios en favor de las

personas, convirtiéndose en un instrumento de defensa para los individuos contra el poder.

1.1.2. Evolución de los derechos fundamentales.

Inicialmente no existía una concepción de “derechos” propiamente dichos, sino más bien, había una suerte de concesiones por parte del gobernante, primero a sus grupos cercanos y luego hacia el pueblo en general. Esta tendencia perduraría en las sociedades antiguas hasta que se ven en la necesidad de organizarse y pugnar por el reconocimiento de ciertas prestaciones indispensables para la vida; cuando consiguen el reconocimiento de dichas prestaciones, es cuando se originan los derechos.

Se puede reflexionar que la demanda por el respeto a los derechos fundamentales se asocia con la misma historia de la humanidad, pues, desde la antigüedad las civilizaciones establecieron dichos atributos básicos «derechos» para llevar una vida justa (Chiriboga, G. Salgado, H., 1995). Esta vida justa se refleja en un sistema ordenado y organizado en donde se imponga límites al poder y a la actuación social.

A partir de la aprobación de las primeras constituciones, se puede hablar propiamente de *derechos fundamentales*, ya que no fue hasta su consagración constitucional cuando los viejos “Derechos Naturales” alcanzan auténtica naturaleza jurídica, puesto que por primera vez se juridifican con carácter general esos derechos (Pérez, Sagües, Aguilar de Luque, & Nogueira, 2004).

Según Pérez Tresp (2003) las primeras formulaciones jurídicas de los derechos fundamentales se realizaron en Inglaterra a finales del siglo XVII en el *Bill of Rights* de 1689, posteriormente a finales del siglo XVIII en Estados Unidos; primero en las constituciones estatales y luego con la aprobación de las diez enmiendas a la Constitución

de 1791, y en Francia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Para Peces-Barba (2014) con el triunfo de las revoluciones americana y francesa se inicia propiamente la historia de los derechos fundamentales. Este proceso siguió un patrón cronológico en el que se desarrollaron etapas de positivización, generalización y, por último, internacionalización:

- **Positivización:** se da a partir del siglo XVIII época en la que el derecho natural se torna obsoleto y surge la necesidad de implementar un sistema que supere el estado de naturaleza que no brinda seguridad a la protección de derechos y en donde se evidencia el atropello de éstos como una constante. La justificación del contrato social y del poder -que es su consecuencia-, es el principio del proceso de positivación. En los siglos XIX y XX, el proceso de positivación se perfilará y se completará con la toma de conciencia de la necesidad de las garantías y de la protección judicial de los derechos fundamentales (Peces-Barba, 2014).
- **Generalización:** pese a las declaraciones universales de derechos tanto americana como francesa, éstas no pasaban de ser meros postulados, puesto que los derechos en ellas establecidas no se extendían a todos como originalmente fueron planteadas, como es el caso de la participación política y otros derechos que pretendían impulsar esa igualdad, que en la práctica eran de imposible contenido igualitario. El proceso de generalización pretende superar ese desajuste entre unas declaraciones de igualdad natural y una realidad que lo negaba, intentando convertir en reales los principios de 1789 de libertad, igualdad y fraternidad (Peces-Barba, 2014). La generalización, por tanto, implica la transformación de la Constitución de un mero documento político a una fuente universal de derechos.

- **Internacionalización:** la generalización de los derechos vio como indispensable crear un marco jurídico para su protección fuera de las fronteras del Estado, y así procurar una defensa más eficaz ante vulneraciones (Peces-Barba, 2014). Por ende, el conjunto de derechos que asiste a una persona va más allá de su nacionalidad, y su protección jurídica abarca una esfera internacional.

En este sentido se puede decir que, la internacionalización de las declaraciones de derechos ha traído consigo un innegable efecto benéfico: por la introducción de estándares mínimos por debajo de los cuales la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos (Díez-Picazo, 2005).

1.1.3. Corrientes filosóficas que sustentan la idea de los Derechos Fundamentales.

Los derechos reconocidos en la Constitución son el fruto de la evolución historia, filosófica y cultural de una sociedad, por lo que sus premisas son fuente de deberes y obligaciones. La importancia de la norma se puede expresar de la siguiente manera: *debes obedecer a la Constitución y, por tanto, a todas las normas que se han promulgado de acuerdo con lo que ella establece*. Ello significa que la exigencia de obedecer al Derecho no se sustenta únicamente en la amenaza de coacción, sino que, en todos los casos, se exige esa obediencia como un *deber* (Gomez Serrano, 2004).

Según Carpizo (2015), existen dos perspectivas en cuanto a la fundamentación de los derechos y su exigibilidad; la primera señala que estos son *reconocidos* por el Estado y garantizados en una determinada medida; la segunda orienta a que el Estado los *otorga* dentro del orden legal. En la primera perspectiva se encuentra un matiz iusnaturalista, mientras que en la segunda se refleja tintes positivistas.

La corriente **iusnaturalista** sostiene la existencia de un derecho natural, consistente en un ordenamiento universal que se deduce de la naturaleza humana, de donde se derivan derechos naturales como facultades que ostenta la persona; como reflejo de un cierto orden normativo natural (Nogueira Alcalá, 2003).

Según Marcone (2005) la corriente iusnaturalismo nace en Grecia; surge cuando los filósofos griegos, entre ellos Platón y Aristóteles tratan de distinguir entre lo que es justo de manera natural y lo que es justo de manera legal, es decir, distinguir aquello que estaba dictado por la naturaleza (*physis*) de lo que era establecido y convenido por los hombres (*thesis*); siendo lo primero algo innato y lo segundo una coerción de tipo social.

Con el transcurso de los años esta teoría evoluciona, dando origen a un *iusnaturalismo estoico*, cuyo principal postulado radica en que el ser humano participa de una razón universal, que es origen y providencia del mundo, esta razón universal determina lo que está bien y mal (Trujillo, 2015). En este sentido la razón humana capaz de entender lo que es bueno y malo es la que guía la actuación de una persona y sus límites.

A continuación, en la época medieval surge un *iusnaturalismo teológico*, cuyo principal representante es Tomas de Aquino, el principal aporte de este periodo es asociar la ley natural a la divina, pues se asume que Dios es quien da la moral y la razón al hombre, quien es una criatura racional que participa de dicha gracia. Por este motivo, la razón humana es capaz de entrever lo que es necesario racionalmente y por lo tanto obligatorio (Trujillo, 2015).

En la época del renacimiento surge un *iusnaturalismo racionalista*, que trata de superar la idea de Dios como fuente de la razón, propugnando la idea de un contrato social que se concretaría en el origen de la sociedad en forma de un acto jurídico revestido de conformidad voluntaria o aceptación de las personas, quienes determinarían el origen de

las leyes y con ello lo que es justo o no. Los autores más importantes de este periodo son Grocio, Pufendorf o Kant (Nogueira Alcalá, 2003).

En la última etapa evolutiva, surge un *iusnaturalismo deontológico contemporáneo*, se trata, como expresa Frede Castberg, de “principios jurídicos suprapositivos” y objetivamente válidos, de “juicio de valor de validez general y postulados —normas generales— que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana”, en la dignidad de la persona humana. En esta corriente el derecho natural se traduce y concreta en un complejo de valores, considerando que el derecho positivo debe adecuarse al valor, o que sólo posee esencia de derecho la norma jurídica positiva que tiende a concretar y realizar el valor como debe ser (Nogueira Alcalá, 2003).

Por otra parte, la corriente **positivista** defiende que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivizados; esto quiere decir, que para que un derecho alcance esta categoría hace falta su incorporación a un texto constitucional que lo legitime y permita su ejercicio dentro del Estado; o a su vez que la Constitución señale expresamente la calidad de fundamental de una norma fuera de su catálogo pero validada por el ordenamiento jurídico.

El iuspositivismo parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano. Estas normas, que constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanan del soberano (Marcone, 2005). El iuspositivismo no se preocupa de valores jurídicos ajenos al procedimiento, de tal manera que la máxima de dicha corriente es el procedimiento de una norma.

Para Peces-Barba (2014), el movimiento de la positivización surge a partir del siglo XVIII, cuando autores como Kelsen, Bobbio, Locke o Pufendorf, constatan la insuficiencia del Derecho Natural ante la evidente falta de fuerza coercitiva que los haga obligatorios y ven como necesaria su integración en el Derecho Positivo; es decir, relegan al primero a un segundo plano, con el papel de justificar la norma positiva, siendo el principio o valor que se quiere proteger.

En definitiva, se puede observar que los derechos fundamentales tienen una inspiración iusnaturalista, en el sentido de que el contenido de los derechos obedece a fuentes axiológicas universales que trascienden a la norma positiva. Es claro también, que el sistema jurídico no se aleja de los principios iusnaturalistas, siendo incluso una de las fuentes del derecho, fuente a la que se puede recurrir cuando la norma positiva se torna insuficiente para atender las necesidades sociales.

1.1.4. Generaciones de derechos y modelos de Estado.

En 1979 el profesor Karel Vasak postuló que la evolución histórica de los Derechos Humanos se puede analizar a través de tres generaciones de derechos, inspiradas en los principios de la revolución francesa; la libertad, igualdad y fraternidad. Estas generaciones se dividen en:

- **Derechos de primera generación**

Los derechos de esta generación están orientados sobre todo a la tutela de las libertades clásicas; éstas se dirigen, por un lado, a impedir intromisiones injustificadas en la persona como ser moral y en su esfera privada y, por otro, a permitir la formación autónoma de las propias decisiones y la manifestación del pensamiento individual (Pizzorusso, 2001). Aquí el Estado tiene un rol no intervencionista y se limita a brindar servicios públicos que

no pueden ser obra de la iniciativa privada como garantizar el orden público y la defensa de la soberanía nacional.

La primera generación corresponde al modelo de Estado Liberal que surge a partir del *Bill of Rights* y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia. El Estado liberal de derecho tuvo que abrirse al reconocimiento de nuevos derechos, derechos de participación; como el de la soberanía popular y el sufragio universal masculino, el de asociación, y algunas libertades públicas como la de prensa (Bailón Corres, 2009).

Se consideran como los derechos fundamentales más importantes de este periodo: la vida, la libertad, la seguridad jurídica, libertad de expresión, entre otros.

A criterio de Landa (2002) la implementación de los derechos de tinte individualista ocurrió de manera progresiva, pues se requirió partir de una ficción jurídica-política, el contrato o pacto social; instrumento que sirvió para asegurar los derechos y libertades innatos de todas las personas. En base a este pacto se establece el principio de la soberanía popular y del poder constituyente, que dan legitimidad a la creación de una Constitución como instrumento de garantía y protección de derechos innatos.

La presunción de libertad del hombre frente al Estado *-principio de distribución-* y la presunción de actuación limitada del Estado frente a la libertad *-principio de organización-* suponía que las autoridades judiciales, policiales y administrativas, antes de limitar o restringir la libertad de las personas, requerían de una ley y un mandato judicial. En ese sentido, el liberalismo entenderá que los derechos civiles no eran creados por el Estado sino tan sólo reconocidos; lo cual suponía que los derechos y libertades existían previamente al Estado y que éste era sólo un instrumento garantizador de los mismos (Landa, 2002).

▪ **Derechos de segunda generación**

Los derechos de segunda generación toman como fundamento aspiraciones de tipo laboral y social, alcanzan su consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho, los derechos más importantes tienen una vinculación económica, social y cultural asociados con el principio de igualdad, diferenciándose de la primera generación en la exigencia a los poderes públicos de prestaciones y servicios para hacer una intervención efectiva (Madurga, 2015).

Al consolidarse los Estados y acentuarse la explotación de la fuerza de trabajo en la actividad industrial, aparecieron como consecuencia focos de insalubridad, enfermedades, muertes, condiciones de trabajo atroces para grandes conglomerados de trabajadores, así como la pérdida de la tierra por parte de campesinos aparceros. Surgieron entonces, otro tipo de derechos que tuvieron que establecerse: los derechos sociales, económicos y culturales, cuya mayor expresión se encuentra en el llamado Estado de bienestar social (Welfare state) o Estado social de derecho (Bailón Corres, 2009).

Los derechos sociales nacen en la Alemania de Bismarck, y se desarrollan durante el siglo XX. Constituciones como la soviética o la Mexicana de 1917, fundamentan importantes derechos sociales a profundidad, como el de la educación laica, obligatoria y gratuita (artículo 3o.), la propiedad de la nación sobre la tierra, a la que le da las modalidades para el bien público en propiedad privada, ejidal y comunal (artículo 127), así como importantes consideraciones a los derechos de organización y huelga para los trabajadores (artículo 123), y otros derechos sociales y económicos (Bailón Corres, 2009)

▪ **Derechos de tercera generación**

Coincide con el constitucionalismo de la Segunda Postguerra Mundial, ocupado de nuevos derechos concernientes al ambiente, la paz, el consumidor, los grupos de atención prioritaria (Pérez, Sagües, Aguilar de Luque, & Nogueira, 2004). Se priorizan derechos que aborden ejes asociados a una cultura de paz y bienestar, en la que no se vuelvan a repetir los estragos causados por la guerra.

Por lo general se articulan a los valores como solidaridad e influyen en la calidad de vida de las personas, siendo necesaria la cooperación global para su efectiva realización (Madurga, 2015). Se crean declaraciones y se firman tratados que ratifiquen el compromiso de los Estado de incorporar dentro de sus legislaciones derechos que protejan de manera íntegra los intereses de los ciudadanos.

Esta generación de derechos responde a nuevas necesidades de la sociedad que no habían surgido antes; como al uso de las nuevas tecnologías o los avances en las ciencias biomédicas. Sus premisas corresponden al Estado Social de Derecho o Estado Democrático de Derecho.

Entre los derechos más importantes de esta generación tenemos: la autodeterminación, la paz, a un ambiente sano, a la libertad informática, a la identidad. A estos derechos se les llama de solidaridad o de los pueblos (Bailón Corres, 2009).

Lo característico de los Derechos de tercera generación, frente a los de las generaciones anteriores, es que el sujeto activo que los disfruta ya no es uno —ya sea éste el individuo frente a la Sociedad (en los derechos de primera generación), ya sea éste el ciudadano frente al Estado (en los derechos de segunda generación) —, sino que son grupos o colectivos (Madurga, 2015).

La evolución de derechos y modelos de Estado también se vio reflejada dentro del constitucionalismo ecuatoriano, naturalmente, la misma atendió a las diferentes tendencias políticas de la historia. Según Ávila Santamaría (2012) durante todo el siglo XIX, Ecuador encuentra una tendencia liberal-conservadora, que reconoció básicamente los derechos de libertad y los políticos desde una perspectiva extremadamente restringida. Estos derechos corresponderían a la primera generación.

Desde la Constitución ecuatoriana de 1929 hasta la de 1967 se encuentra una segunda tendencia, influenciada por el movimiento obrero, por los partidos y movimientos vinculados al socialismo, en la que se reconocen los derechos sociales, labores, económicos y culturales. Con la Constitución de 1998 y la del 2008, se da el reconocimiento y el reforzamiento de la diversidad cultural y la colonialidad (Ávila Santamaría, 2012).

Cabe señalar que para autores como Malta, Calderón y Murcia (2013), existen nuevas generaciones de derechos, que se preocupan por la naturaleza, libertad de información y seguridad digital, intereses sociales que responden a la modernidad. A modo de ejemplo, el Estado ecuatoriano se puede ubicar dentro de una cuarta generación, con su modelo Constitucional de Derechos y Justicia. Al respecto, los derechos fundamentales dentro de esta generación son: la universalización del acceso a la tecnología, la libertad de expresión en la Red y la libre distribución de la información.

1.2 Concepto de derechos fundamentales.

Para Norberto Bobbio (2001) los derechos fundamentales son derechos constitucionales, o sea, aquellos garantizados a nivel constitucional y que son fundamentados como especiales para el sistema político, están reconocidos en las cartas magnas y se articulan con la dignidad de los seres humanos.

Por otro lado, Alcalá (2010) sostiene que por derechos fundamentales se entiende aquellos asociados al hombre no por las normas positivas, sino que corresponden con anterioridad a estas por el elemental hecho de ser hombre; por ser parte de la naturaleza humana, razón por la cual todos los derechos son inherentes a cada persona, sin distinción de edad, sexo, raza, religión, entre otros aspectos que discriminen a los seres humanos.

Autores como Valdés (2001) incorporan criterios en el sentido de que estos derechos no pueden ser menoscabados por el Estado, es más, tiene obligación a reconocerlos y garantizarlos, enfatiza lo postulado por Antonio Truyol y Serra, señalando que los derechos fundamentales se refieren a los que son propios del hombre por ser hombre; por su naturaleza le son inherentes.

Asimismo Pérez Luño (2006) sostiene que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, específicamente en las normas constitucionales y que tienen una tutela reforzada. Esta tutela se refleja en los mecanismos de acción inmediatos que brindan las normas adjetivas para su ejercicio en caso de una vulneración.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli los derechos fundamentales son derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del estatus de persona, de ciudadanos o con capacidad de obrar. El derecho subjetivo implica la expectativa tanto positiva (de prestaciones) como negativa (de no sufrir lesiones) que pertenece a una persona producto de una norma; y el estatus implica aquella capacidad de ejercicio (Aguirre, 2012).

A juicio de Robert Alexy (2012) los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución. Su desventaja reside en que frecuentemente las constituciones también establecen derechos fundamentales por

fuera del catálogo, haciendo difícil identificar los criterios o condiciones que debe reunir un derecho por fuera del catálogo para ser fundamental.

Así se desprende que los derechos fundamentales son en su esencia derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo de un Estado, responden al ordenamiento y la cultura jurídica de cada país, y a su vez, acogen premisas internacionales básicas que garantizan un mínimo esencial de derechos innatos.

Para Muro (2007) el Estado constitucional democrático tiene principios fundamentales de la dignidad humana, libertad e igualdad, así como principios vinculados a la estructura y finalidad del Estado de Derecho social y democrático; en esencia, estos derechos son subjetivos y corresponden universalmente a los seres humanos. De tal manera que dichos principios acompañan al hombre sin necesidad de su presencia positiva dentro del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, Marshall (2018) manifiesta que los derechos fundamentales están conformados por un grupo de derechos sin los cuales el orden estatal sería ilegítimo, por ende, son imprescindibles para el orden político libre y democrático. Como su nombre lo indica, su incorporación dentro de los cuerpos jurídicos es imprescindible y constituye la base fundamental del sistema jurídico de un Estado, pues sin derechos no existiría un marco jurídico.

1.3 Características de los derechos fundamentales.

Para Zambrano y Salgado (2011) la diferencia de los derechos fundamentales con otros derechos de menor jerarquía, estriba en su carácter *fundamental*, propiedad que refiere a los valores esenciales y permanentes del ser humano; objeto de protección jurídica. En tal virtud, estos derechos se caracterizan por ser inviolables e irrenunciables. Además,

son inalienables, puesto que no son transferibles a otras personas; por otra parte, son imprescriptibles, debido a que no se adquieren o pierden por el transcurso del tiempo.

En tal sentido, Carpizo (2011) sostiene que los derechos fundamentales refieren a los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el marco jurídico de los Estados y por el marco internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, las características intrínsecas demuestran que son libertades inalienables y pertenecientes a todos desde el nacimiento.

Por su parte, Nash (2006) manifiesta que los derechos fundamentales son considerados como derechos naturales de ámbito inalienable, universal e imprescriptible vinculados a la persona. De estos postulados se deduce que no existe una sola respuesta al hablar de qué contenido o características deben tener los derechos, más bien, se alude a ciertas generalidades que se entienden imprescindibles, dejando posibilidades de que siempre se generen nuevos derechos en tanto responden a la idea general de la dignidad humana.

Se identifica a los derechos fundamentales por siguientes características:

- a) Por la forma *universal de imputación*, toda persona puede ser el titular;
- b) El *estatuto de reglas generales y abstractas*, es decir, de lo que se ha llamado normas téticas, opuestas a las normas hipotéticas que, predisponen situaciones singulares;
- c) De carácter *indisponible e inalienable*, en tanto incumben de igual forma y medida a todos los titulares (Contreras, 2012).

Por lo anterior, se concluye que estos derechos muestran como características comunes y distintivas las siguientes: innatos, universales, inalienables, inviolables, progresivos e imprescriptibles, mismas que se detallan en los siguientes acápite.

1.3.1. Innatos.

Al hablar de derechos innatos nos referimos a que son derechos inherentes a la persona humana, anteriores al Estado y a toda organización constitucional (Gross Espiel, 2000). Esto, debido a que el Estado es una creación política y jurídica que surge con el contrato o pacto social; por otra parte, los derechos son naturales nacen con la persona misma. En consecuencia, la sociedad y el poder están en la obligación de respetar estas prerrogativas que surgen antes de la asociación.

Para Moisés Bailón (2009) la idea de que los hombres tienen derechos innatos encuentra su origen en el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII. Declaraciones como la de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de Independencia Norteamericana del 4 de julio de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, estaban inspiradas en este pensamiento.

La idea de las declaraciones era considerar al hombre poseedor de derechos naturales, derechos que son reconocibles por medio de la razón y la comunidad, es decir, la sociedad y el Estado, debe respetárselos (Bailón, 2009). En tal medida, no se puede malinterpretar la idea de que un Estado crea derechos, más bien, tiene un rol como tutor en el cual se limita a su reconocimiento y amparo.

En tal sentido, se puede considerar que el ser humano es el centro de los derechos, de él surgen, y por ende deben respetarse; la sociedad al organizarse es quien impone límites a estos derechos, límites que se manifiestan mediante normas jurídicas. El Estado mediante la ley que es la manifestación de la voluntad social, es el ente encargado en tutelar los derechos intrínsecos de una persona, su rol se limite a tutela, y reconocimiento, mas no creación.

1.3.2. Universales.

Todos los seres humanos son titulares de derechos fundamentales, independientemente de condiciones discriminatorias como: raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social, estos aspectos están sustentados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su preámbulo aboga por la igualdad, libertad y dignidad de todos los seres humanos.

La noción de universalidad también parece en otros cuerpos jurídicos internacionales, verbigracia, la Declaración de Viena en 1993, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Estas declaraciones tiene un orden rector, pues determina que los Estados están en el deber de aplicar y brindar protección a los derechos de las libertades esenciales (Ruiz, 2003).

Es necesario señalar que la prerrogativa antes señalada (universalidad), no tiene un alcance real, esto debido a que, en algunas regiones existe discriminación y desigualdad; en la mayoría de los casos se vincula al género de la población. Por ejemplo, en Oriente Medio existe una gran ausencia de los derechos de las mujeres, específicamente en Arabia Saudí, la población femenina no puede viajar, contar con un trabajo remunerado o casarse sin permiso (Dabed, 2016).

Bajo tal contexto Baovera de Sousa Santos (2014), nos señala que la idea de la universalidad de los derechos es compleja, esto, debido a que generalmente tomamos en cuenta por nuestra costumbres y raíces culturales, únicamente el pensamiento occidental (predominante en el mundo), sin embargo, existen resistencias a esta ideología; principalmente por razones culturales, políticas y religiosas, que conciben de manera diferente la aplicación de derechos.

En sí, la igualdad y con ello la idea de universalidad de derechos se ve socavada por diversos factores, entre ellos: raigambres históricas y culturales, fundacionales y políticas, así como costumbres religiosas. Por todo esto, la universalidad se puede ver solamente como un concepto abstracto con tendencia a perfeccionarse con el transcurso del tiempo, principalmente por el fenómeno de la globalización y la concienciación de los derechos.

1.3.3. Inalienables.

A decir de Serrano y Vázquez (2010), esta característica consiste en la prohibición o limitación de dominio de los derechos humanos, en otras palabras, este tipo de derechos no son sujeto de venta o cambio de posesión de ninguna forma. Puesto que la libertad e integridad personal no son materia de comercio. Desde este enfoque, se observa que el carácter de inalienabilidad alude a la irrenunciabilidad del derecho.

Por su parte, Álvarez (2014) afirma que los derechos no pueden ser enajenados por el titular, cedidos o transmitidos, es decir, los individuos no pueden desprenderse o privarse o renunciar a estos derechos. Por ejemplo, el derecho a la vida es irrenunciable, por tanto, se entiende que no se puede traspasar de ningún modo este derecho.

La inalienabilidad de los derechos fundamentales pretende protegerlos de una apropiación indebida por parte de las mayorías, es decir, por la sociedad, que no puede pretender apropiarse de derechos individuales a excusa del bien común. Incluso el propio Estado, no puede de manera ilegítima privar a una persona de sus derechos fundamentales y en consecuencia de todos los derechos que se desarrollan a través de la persona en su integridad.

Este carácter de inalienable es un rasgo que no se puede considerar absoluto o al menos no se puede contemplar en el sentido de que se ponga un derecho fundamental: a uso, goce o disposición de un tercero, como con cualquier otro bien dentro del comercio. Más

bien, refiere su sentido, a que debe mirar al único interés del titular en ejercicio de su autonomía de la voluntad dentro de los parámetros que la ley contempla.

1.3.4. Inviolables.

Los derechos son el producto de una serie de reivindicaciones históricas, pues si bien antes existían prerrogativas para ciertos grupos sociales, éstas no eran iguales para los miembros de la sociedad. Bajo tal contexto, los poderosos siempre han intentado impedir que las grandes masas hagan valer lo que les corresponde, por tanto, no existe duda alguna que el carácter protector es fundamentalmente para el más débil (Carpizo J. , 2011).

Se puede decir que esta concepción, es decir la inviolabilidad, surge a la par de la nueva de la Ley Fundamental de Bonn, nombre que le fue dada a la Constitución que surgió en la Alemania Occidental en 1949 luego de finalizada la segunda guerra mundial, misma que en su artículo 1, establece la inviolabilidad de la naturaleza humana.

La concepción de que los derechos fundamentales son inviolables, indica que portan aquella fuerza irresistible de la norma fundamental del ordenamiento, que se convierte en una pretensión de eficacia directa y que les sitúa en una posición tal que su vulneración o su mero desconocimiento son antijurídicos, provengan de un poder público, incluido el legislador (eficacia vertical), o de sujetos privados (eficacia horizontal) (Bastida et al., 2004).

La inviolabilidad exige un papel activo del Estado en la protección y tutela de los derechos fundamentales consagrados en su Constitución o en cuerpos normativos de carácter supranacional, a su vez, exige que haya una entidad de control supraestatal que sea garante de la vigencia y no vulneración de los derechos por el propio Estado.

1.3.5. Progresivos.

Desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, los preceptos que se refieren a cada derecho han ido evolucionando a través de los diversos tratados y convenciones que se han referido a ellos, ampliando el ámbito del derecho y sus garantías. Basta para señalar un ejemplo, la situación del derecho a la vida en el artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, y el artículo 4o. de la Convención Americana de Derechos Humanos (Nogueira Alcalá, 2003).

La característica de la progresividad estriba en que la concepción y protección nacional, regional e internacional se amplía irreversiblemente con respecto al número y contenido de ellos, así como en la eficacia de su control. Además, este carácter esencial implica la irreversibilidad de los derechos; es decir que, una vez reconocidos se vuelve imposible desconocerlos (Carpizo J. , 2011). En consecuencia, los derechos deben desarrollarse, consolidarse y protegerse.

En efecto, se llega a la conclusión de que la progresividad permite la evolución y la incorporación de nuevos derechos humanos a la Constitución, así como que estos se precisen y amplíen; a su vez, deja la posibilidad de establecer nuevas prohibiciones o límites al legislador que eviten la regresividad de un derecho, y finalmente llama al Estado a desarrollar el contenido de los internacionales enfocados a ampliar el catálogo de los derechos.

1.3.6. Imprescriptibles

Que un derecho sea imprescriptible significa que no se pierde por el transcurso del tiempo. Los derechos humanos no se pierden por el hecho de que no se hayan ejercido por un

largo periodo de tiempo. Este carácter proviene del reconocimiento del sujeto de derechos como ser humano, valorado como ente capacitado para autodenominarse (Serrano & Vázquez, 2010).

Así mismo, Sánchez (2014) sostiene que los derechos fundamentales entendidos como obligaciones subjetivas gozan de imprescriptibilidad, puesto que no les afecta el instituto de prescripción, sin que se adquieran ni pierdan por el paso del tiempo, tampoco se puede condicionar un plazo para su ejercicio ni reconocimiento, al ser innatos, son por ende inherentes al hombre y por tanto perduran tanto como este.

1.4 Límites a los derechos fundamentales.

Delimitar un derecho consiste en establecer su alcance y contenido, es decir, circunscribir el ámbito de aplicación y las facultades que permite una norma en determinada circunstancia. En este sentido, la Constitución del Ecuador, se encuentra redactada de tal manera que sus normas sean generales con el propósito de abarcar la mayor cantidad de derechos posibles, por lo tanto, descubrir el contenido esencial y el alcance de un derecho es un trabajo de interpretación.

Se define al límite de un derecho como una pieza o elemento de la estructura del derecho, el cual toma en cuenta otros derechos y bienes protegidos por la Constitución. En efecto, el límite alude a la existencia de contenidos constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, conformando un sistema integrado y armónico (Nogueira, 2005).

Limitar una norma fundamental implica delimitar los elementos que componen dicho derecho, de tal manera que se entienda el alcance del mismo y no se pueda allanar su camino hacia el reconocimiento alegando circunstancias que se encuentran fuera de su ámbito de acción. Dicha limitación debe ser controlada por el órgano judicial mediante

las herramientas que la misma ley dispone en la medida en que se ampare derechos sin deslegitimar la norma principio que lo cobija.

Para Villaverde (2019) si bien un derecho alude a una prerrogativa, no todas estas tienen igual trascendencia, en tal medida, la norma constitucional solo recoge las más importantes para garantizar temas puntuales. Este objetivo se realiza mediante una limitación de su contenido, que si bien es general, busca abarcar en su mayor medida temas específicos; esto se refleja en la división de la Constitución de capítulos y libros.

Por su parte, Alexy (2012) señala que, para evitar restricciones excesivas, es decir, para que se restrinjan el fin para el que fue creado un derecho en particular, es necesario poner un límite a esta limitación. Los cuales, pueden establecerse en definitiva mediante una ponderación entre el principio de derechos fundamentales afectados en cada caso respectivo y el principio contrario que justifica imponer la restricción. En la práctica de la jurisdicción constitucional se ha intentado llevar a cabo la ponderación con ayuda del principio de proporcionalidad.

El sistema jurídico supone situaciones en la que un derecho debe ceder ante otro para garantizar de una mejor manera una situación en particular, en tal razón, crea mecanismos jurídicos que permiten limitar un derecho frente a otro. El principio de ponderación no supone un medio para deslegitimar el fin constitucional de una norma, sino, alude a la versatilidad del sistema normativo para emplear una norma más eficaz por sobre otra.

Desde el punto de vista de López Hidalgo (2017) el principio de proporcionalidad aparece como canon para controlar la actividad legislativa que rige con el contenido de los derechos fundamentales. La utilización de este principio desempeña un papel relevante en el área del derecho constitucional y derechos humanos. Así pues, el principio en mención representa uno de los límites a la limitación de los derechos, es decir, constituye

una barrera con respecto a intromisiones indebidas en el entorno del ejercicio de los derechos fundamentales.

Toda intervención sobre los derechos fundamentales debe adecuarse con el propósito de contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, excluyendo la adopción de medios que no aporten a la realización de los fines para los cuales han sido prohijados. Dicho de otra manera, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser lo menos levisa con el derecho intervenido para lograr el objetivo buscado (López, 2017).

Para Tórtora Aravena (2010) los límites a los derechos fundamentales están dados por las exigencias de la vida en sociedad, que provocan que el titular no lo ejerza completamente. Las limitaciones pueden ser ordinarias, son aquellas que operan siempre y afectan el ejercicio de un derecho y extraordinarias que se producen en circunstancias de emergencia social.

La limitación de un derecho está reconocida en la Declaración de Derechos Humanos, en su artículo 29.2, señala que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática” (ONU, 1984). El ejercicio de los derechos fundamentales, pues, está sujeto a límites más allá de los cuales resulta ilegítimo.

Según Bastida et al (2004), son tres los componentes que definen de forma técnica a los límites de un derecho fundamental: a) el carácter externo; b) la proyección sobre el objeto del derecho esencial; y c) la necesidad de que la Constitución habilite al poder público para tal fin. Además, se debe distinguir a los límites externos de los internos, ya que ambos dan respuesta a un estatus y función de contexto distinto.

- **Los límites externos**

Están creados por el poder público y pueden ser expresos o implícitos. El primer límite que se impone al ejercicio de los derechos fundamentales es el ejercicio de los derechos de los demás. Un caso concreto a un límite es la flagrancia de la comisión de un delito como restricción a la inviolabilidad de la libertad personal o a la libertad de expresión, la honra y dignidad de un sujeto (Bastida, y otros, 2004).

Los límites externos no forman parte de la delimitación del derecho fundamental, el problema que presentan estos límites es el de conocer si la remisión expresa o tácita a jueces y legislador para aplicar los límites externos les habilita para determinar lo que se estimen oportunos (Villaverde, 2019).

- **Los límites internos**

Estos límites representan las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante su ejercicio sino ante otra realidad. Por ejemplo, no se puede invocar el derecho a la tutela judicial efectiva para justificar la entrada de una persona en el domicilio del titular de un órgano judicial sin autorización (Bastida, y otros, 2004).

Según Villaverde (2019), estos límites son los denominados límites lógicos de los derechos fundamentales, elementos de la delimitación del derecho, en la medida en que su existencia se amerita por razones estrictamente técnicas, a su vez, estas fronteras sirven para distinguir el alcance lógico de un derecho, respecto a otro.

Al respecto, es preciso que tales límites vengan justificados por la necesidad de dotar de plena operatividad a otros bienes jurídicos, intereses o derechos constitucionales. Los cuales, deben estar expresamente formulados o habilitados por el propio constituyente. A nivel nacional, se puede dar como ejemplo en la Constitución ecuatoriana cuando se restringe la libertad de circulación al decretar estado de excepción.

Desde el punto de vista de Bastida et al., (2004), la limitación interna y externa deben poseer límites, razón por la cual, se requiere de un equilibrio entre el derecho fundamental y sus límites mediante las técnicas de “contenido esencial” y de proporcionalidad. La primera técnica pretende garantizar la vinculación positiva del legislador a los derechos de forma en que este solo pueda fijar sus límites en los términos que predetermina la Constitución; la segunda refiere al criterio con el que lograr el equilibrio entre el derecho y el límite, recabe sobre las normas de los derechos fundamentales, como de los actos de aplicación.

En síntesis, los derechos fundamentales no pueden considerarse absolutos, como ilimitados en cuanto se refiere a su goce y ejercicio, por lo tanto, ningún individuo ni grupo debe usar sus derechos y libertades con la finalidad de destruir los derechos y libertades del hombre (Chiriboga & Salgado, 2011). Es decir, debe encontrarse un justo equilibrio entre el contenido integral de un derecho y el fin para el que fue creado. Todo esto sin menoscabar la armonía constitucional y buscando una autentica hermenéutica jurídica.

1.5 Dignidad humana como derecho fundamental y fin del Estado Constitucional.

Si bien es cierto que la idea de *dignidad humana* tiene una concepción filosófica muy antigua, recién surge como valor jurídico dentro de las constituciones internacionales¹ luego de la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración Universal de Derechos Humanos que determina que los seres humanos nacen libres, en igualdad de derechos y dignidad.

Por otro lado, en 1966 se suscribe el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Al respecto, encontramos referencias a dignidad en el constitucionalismo europeo: en La Constitución alemana de 1949; en la Constitución española 1978; en la Constitución italiana de 1947; en la Constitución portuguesa de 1976; etc. Véase, Alberto Oehling de los Reyes, “El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental” en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 31, 2011, p. 135.

en donde el concierto internacional, afirma el reconocimiento de la dignidad de todos los miembros de la sociedad humana (Alcalá, 2010).

De acuerdo a la premisa anterior, se puede constatar que el valor *dignidad* no es ajeno a las constituciones modernas de la región, como es el caso de la Constitución colombiana, la cual es su artículo 1, señala que “es un Estado de derecho social, se fundamenta en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (Corte Constitucional, 2016).

Del mismo modo en la Constitución ecuatoriana de 2008, referencia a la dignidad tanto en el preámbulo, como en los principios de aplicación; estableciendo el reconocimiento de derechos y garantías sin excluir aquellos derivados de la dignidad de las personas, comunidades y nacionalidades necesarios para su correcto desenvolvimiento (Asamblea Nacional, 2008).

Para Peter Häberle citado por González (2012), la dignidad aparece como el valor jurídico más importante dentro del ordenamiento constitucional, se persigue la decencia como la finalidad suprema de todo el Derecho. La dignidad de cada hombre empieza al nacimiento y termina con la muerte, por ende, la dignidad es inherente desde el principio y reconocida en una esfera social, no significa, sólo un espacio interior del hombre, sino también su apertura a lo social en la responsabilidad y respecto al prójimo.

Desde la perspectiva humanista el sujeto de la dignidad es la persona, en su dimensión corporal y racional, que asegura su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia. Desde el enfoque racional tiene una perspectiva individual y social ligada a la libertad de la persona, por lo que la dignidad se funda en el marco jurídico y político. Por esta razón la dignidad, es un principio constitucional vinculado a los valores sociales y derechos del hombre (Landa C. , 2002).

La dignidad humana es el punto de partida de las facultades que rigen el reconocimiento y la afirmación de la moral del ser humano, es la capacidad de elegir libremente la ética privada. El Derecho y el Estado tienen una relación estrecha con la persona, permitiendo que la dignidad sea efectiva y real, la Ley es la dimensión institucional de la dignidad y sociabilidad ligada permanentemente a los valores de seguridad, igualdad y solidaridad (Canales, 2010).

El concepto de dignidad evoluciona y se adapta a cada cultura, lo que busca el derecho es su obligatoriedad, y con ésta que el Estado dote de medios para convertirla en un bien jurídico tangible para todos los ciudadanos. Bajo esta tónica, la vida social se rige por normas que deben ser aplicadas de manera igualitaria en la sociedad, si bien es cierto, la dignidad es un bien universal, es el Estado el encargado de incluirla dentro de la normativa con la finalidad de hacerla efectiva.

Para Starck (2005), la dignidad humana no debe ser violada, cada individuo posee su propia dignidad y no puede ser tocada por terceros, ni se debe considerar las clases sociales, todos los seres humanos son dignos y deben estar protegidos mediante la Constitución en sus derechos fundamentales, es decir, procura reafirmar esa dignidad innata que atañe a la moral interna, en un hecho tangible al menos desde la óptica del derecho al convertirse un valor tutelado jurídicamente.

La concepción de la dignidad humana no conduce a un individualismo, al contrario, reconoce el valor de la comunidad al exigir y respetar la dignidad frente al Estado, grupos y sociedad. Los derechos destacan la calidad de la persona, impulsan al hombre a superarse y alcanzar su realización en el ámbito social. Misma que no se consigue en forma aislada y egoísta, sino en sociedad y persiguiendo objetivos desde una perspectiva más amplia.

El Estado tiene el derecho y deber de garantizarla la dignidad de sus ciudadanos, no debe admitir que el gobierno ejerza su poder sin ningún límite, o que las autoridades con el propósito que alcanzar sus objetivos no se basen al derecho y la moral. Están obligados a actuar con base a la dignidad del ser humano, mediante la elaboración de leyes ligadas a la dignidad (Landa C. , 2002).

Así se puede decir que la dignidad personal es una característica del ser humano, que constituye a la persona como un fin, un sujeto con capacidad para determinar sus alcances y desarrollar libremente su personalidad, independientemente de la sociedad, que debe respetar el carácter individual del ser que busca su autorrealización, en consecuencia, el sistema jurídico deben atender a este valor y plasmarlo en normas positivas.

Sin duda la dignidad desempeña un papel político fundamental al permitir que las diferentes culturas con opiniones y concepciones diferentes dejen de lado estos desacuerdos y se centren en prácticas contra el abuso a los derechos humanos ligados con la dignidad (McCrudden, 2008).

Finalmente, Habermas (2010) señala que la dignidad humana se configura desde la moral y el respeto, al aplicar valores sociales al derecho positivo y dentro del proceso de legislación democrático; se crea un sistema político vinculado a los de derechos humanos. Solamente la relación directa entre la dignidad y los derechos constitucionales permitirán la construcción de políticas y leyes justas.

CAPÍTULO II

2.1 ¿Qué son los derechos implícitos?

Las premisas normativas necesitan un desarrollo jurisprudencial y dogmático para su perfeccionamiento, esto responde a una dinámica política y social que los obliga a adaptarse a las nuevas necesidades y visiones culturales. Precisamente la forma tan general de redacción de una norma hace que la misma se puede interpretar; pudiendo deducir de una norma genérica, nuevos derechos (Giraldo, 2007).

El concepto de *derechos implícitos* surge en el sistema anglosajón; Estados Unidos dentro de su primer documento de 1787 careció de una declaración de derechos: la tradición y la cultura de su tiempo la consideraban innecesaria y redundante y daban por obvia su inclusión implícita, es decir, que la omisión, muy lejos de responder a olvido o menosprecio, era más bien la reafirmación que en un Estado democrático no es imprescindible que los derechos consten por escrito, porque hacen a su esencia constitutiva (Bidart, 2002).

Según Candia-Falcón (2014) esta categoría constitucional comenzó a utilizarse con fuerza en los Estados Unidos a partir de los años sesenta, principalmente para justificar el reconocimiento jurisprudencial de pretensiones sociales, sin expreso reconocimiento constitucional, tales como: la posibilidad de gozar de libre movilidad dentro y fuera de los estados, contraer matrimonio, la protección de la privacidad, la comercialización y consumo de anticonceptivos, la práctica del aborto y la eutanasia.

Para justificar la situación antes señalada, la Corte Suprema norteamericana resaltó la previa existencia de derechos en la "penumbra" de aquellas garantías reconocidas en el

Bill of Rights. Estos derechos constituyen una categoría especial, la categoría de los "derechos no enumerados" o derechos implícitos (Candia-Falcón, 2014).

Para Guastini (2009) la expresión “norma implícita” es comúnmente usada en el lenguaje jurídico para referirse indistintamente a la clase de las normas no expresas: o sea, aquellas normas carentes de formulación² en los textos normativos, dicho de otro modo, son las reglas que no pueden ser reconducidas a precisas disposiciones normativas en cuanto significados de estas.

Desde otro punto de vista, un derecho constitucional implícito puede ser definido como el conjunto de bienes humanos reconocidos y garantizados por la norma constitucional a fin de permitir a la persona (...) satisfacer necesidades o exigencias propias y efectivamente humanas, que no están recogidos en el texto de la Constitución, sino que se concluyen de ella luego de una argumentación justificativa suficiente (Castillo-Córdova, 2008).

Si bien la expresión “implícitos” es ambigua, se trataría de derechos que no estarían consagrados en el texto constitucional, pero constituirían límites al ejercicio de la soberanía por los poderes del Estado. Así, el principal problema que presentan los derechos “implícitos” radica en el proceso de identificación de los mismos (Contreras, 2011).

² Maribel Narváez Mora, «Expresiones de normas», *Revus* [Online], 25 | 2015, manifiesta que la distinción entre norma y formulación normativa es habitual en la teoría jurídica. Se basa en sostener que no existe una correspondencia uno a uno, entre las formulaciones que contiene un texto jurídico y las normas que éste expresa: una norma puede ser expresada mediante diversas formulaciones normativas, y una formulación normativa puede expresar normas diversas.

A criterio de Laporta (2002) generalmente se definen a los derechos implícitos como aquellos que, si bien no han sido expresamente plasmados en el texto constitucional, se derivan del análisis del contenido de este como un todo, con el propósito de “inferir desde su seno una regla que no estaba explícita en él”. Por tanto, se desarrollan de las normas textuales, ampliando su margen de acción.

En este sentido, Espiell (2003) señala que incluso los derechos que no están reconocidos dentro de una Constitución de manera expresa, al poseer las características que exigen los textos constitucionales, se consideran igualmente reconocidos y deben ser, por ende, protegidos y garantizados. Lo cual se deriva a que la técnica legislativa empleada en la redacción de los cuerpos normativos permite la interpretación e incorporación de nuevos derechos.

De este conjunto de ideas se puede asentar que los derechos implícitos, no se ven reducidos exclusivamente a los postulados constitucionales textuales, ni a los que se desprenden de su interpretación, además engloba a las normas que están contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos y se vinculan a los derechos fundamentales.

Esta interpretación no supone una sobre expansión del sentido de un derecho, ya que como señala Castillo (2008), las necesidades crean derechos; de tal manera que si estas no existían antes, tampoco el derecho. En consecuencia, si estos derechos implícitos se vinculan a derechos humanos, estos pueden llegar a convertirse en derechos fundamentales, por ende, pasan a ser una realidad jurídica aplicable.

Los derechos implícitos o no reconocidos de manera expresa constituyen entonces una categoría normativa basada en el principio democrático, a través del cual, ciertas conductas, al no estar prohibidas, están permitidas. Por lo tanto, todas las conductas tienen un *status* normativo (como prohibidas o como permitidas). Ergo, no hay conductas no reguladas por el derecho (Bulygin, 2003).

La dinámica jurídica, supone al derecho como un elemento perfectible, en el cual las normas se pueden interpretar, enmendar y de ser el caso, reformar (con mayor o menor facilidad atendiendo al tipo de Constitución). Dando cabida, al reconocimiento de nuevas normas que permiten tutelar, situaciones jurídicas antes no ideadas. Dentro de ese contexto el sistema ecuatoriano permite el reconocimiento de derechos intrínsecos aparejados al mismo ser humano.

2.2 Derechos implícitos dentro de la Constitución de la República del Ecuador 2008.

Según Sánchez (2014) con el cambio en el paradigma constitucional latinoamericano de los años noventa, surge lo que se denomina por la doctrina como *Neoconstitucionalismo*³; corriente que destaca, porque el contenido de sus derechos tiene una gran carga axiológica y garantista (inspirado en el sistema anglosajón), como ejemplos de esta nueva cultura jurídica tenemos: la constituciones colombiana de 1991, la venezolana de 1999, la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009.

³Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, UASB, 2011, p. 59, manifiesta que el neoconstitucionalismo surge en Europa como consecuencia y respuesta a sistemas jurídicos fascistas que se caracterizaron por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos. Las propuestas e innovaciones del neoconstitucionalismo responden a problemas, concretos (sin ánimo de agotar todos ellos): (1) los derechos fundamentales a la violación de derechos; (2) la rigidez de la Constitución a la arbitrariedad de los parlamentarios; (3) la constitución como norma jurídica directamente aplicable sin que requiera desarrollo legislativo para su eficacia al requisito de ley para reglamentarla (en el sentido de hacer reglas); (4) los jueces de la constitución a la inexistencia de una autoridad que sancione la inobservancia de las normas constitucionales.

Este nuevo modelo jurídico exige un papel más activo del juez en la construcción jurídica a modo de darle más dinamismo a la Constitución, a su vez, el Neoconstitucionalismo supone que hay derechos que van más allá de un contenido literario, es decir, derechos que se desprenden de una interpretación sistemática, a modo de “implícitos” o en la penumbra.

La noción de los derechos emergentes no posee un desarrollo doctrinal extenso, razón por la cual el alcance depende de las condiciones propias de cada nación. Estos derechos flamantes en cuanto su enunciación, se consideran emergentes por la vinculación que manifiestan con otros formalmente consagrados, especialmente aquellos que refieren a la dignidad humana para extender la protección jurídica que estos otorgan a los ciudadanos; garantizando que su aplicación no reciba un tratamiento diferenciado (Carrillo, 2016).

Los principios o derechos implícitos actúan mayoritariamente en el sistema secundario o sistema judicial, en cuanto al accionar de los agentes que regulan el ejercicio de los poderes normativos públicos de los órganos jurídicos, no obstante, su aplicación puede vincularse dentro del sistema primario. Por consiguiente, el principio de autonomía en la voluntad, es un principio aplicable a interpretación de los tratos jurídicos previo reconocimiento expreso dentro del Código Civil (Alonso, 2012).

Según Candia-Falcón (2014) la principal fuente normativa empleada para justificar la existencia de este tipo de derechos en el sistema anglosajón fue la IX enmienda, la cual señala que “la enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe ser utilizada para negar o restringir otros derechos retenidos por el pueblo”. Esta retención implica que el hombre es razón y fin del sistema jurídico, en consecuencia, alberga todos los derechos que se puedan identificar.

Esta idea fue recogida por otras cartas constitucionales posteriores a la norteamericana, como las que surgieron en Europa y Latinoamérica, además, fue tomada como referencia para el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) que dice: ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- d) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (Organización de Estados Americanos, 1969).

Pues si bien la Constitución supone la carta fundamental de un Estado; no enumera todos los derechos que le pertenecen al hombre o al ciudadano. Una enumeración completa habría sido imposible, peligrosa e inútil⁴. Para González (1951) el carácter de una norma no pierde relevancia por no estar consagrado en un cuerpo jurídico, mas bien, supone que la Constitución debe recoger los derechos mas sensibles de ser vulnerados.

La conceptualización de los derechos emergentes es clara y establece el valor abstracto de estos, en otras palabras, son jerárquicamente iguales, pero reciben mayor o menor afectación, de acuerdo a los presupuestos de hecho que verifican los administradores de justicia en mayor o menor medida. En este contexto, la aplicación directa de la Constitución enfrenta un límite presupuestado, incluso para reforzar lo instruido dentro de la norma legal, ampliando los derechos implícitos que en primera instancia no están descritos explícitamente por el legislador (Villacrés, 2014).

⁴ Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, 1951, manifiesta que las constituciones no se hacen para crear derechos, sino para reconocerlos y defenderlos, y que, si algunos son especialmente enumerados y protegidos, sólo es porque son singularmente importantes o expuestos a ser invadidos.

El artículo 29 de la CADH antes señalado, permite comprender el efecto vinculante que generan otros derechos, aun cuando no fueran recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, estos quedan implícitamente garantizados. Es decir, surge una suerte de doble protección, primero en un plano estatal; en la que no se puede excluir derechos inherentes al ser humano; y, en segundo lugar, a nivel supra nacional, en la que ninguna norma o tratado puede realizar la misma acción.

Dentro del sistema ecuatoriano, los derechos que no constan en la Constitución se incorporan al texto por dos vías: remisión a los instrumentos internacionales o por reconocimiento expreso de los derechos innominados, la Constitución ecuatoriana dentro del artículo 11 en numeral 7 establece que:

“El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento” (Asamblea Constituyente, 2008, p.22).

De acuerdo con tal perspectiva, los derechos de fuente directamente constitucional, igual que los derechos implícitos y los derechos de fuente internacional, constituyen un **único bloque de derechos** que se retroalimentan recíprocamente, en un sentido de progresividad y aplicando el principio favor persona, lo que posibilita que dimensiones o atributos de los derechos considerados inherentes a la persona o derivados de su dignidad humana que se encuentran asegurados por fuente internacional, puedan garantizarse a pesar de no estar asegurados explícitamente por la norma constitucional (Nogueira-Alcalá, 2005).

Para Arango (2001) los jueces constitucionales reconocen derechos fundamentales innominados a partir de una interpretación holista de la Constitución. El reconocimiento de un derecho fundamental innominado puede probarse mediante un procedimiento racional y controlable. Esto ocurre, por lo general, mediante una argumentación contrafáctica: la necesidad del reconocimiento de un derecho se demuestra atendiendo a los efectos que la negación del pretendido derecho tendría a la luz de determinadas condiciones fácticas.

Según la Corte Constitucional de Ecuador⁵, la Carta Magna del Estado puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales (...) pueden ser más numerosas que aquellas que se encuentren en el articulado de la Constitución escrita. En consecuencia, por el bloque de constitucionalidad, los derechos enumerados en la Constitución no son taxativos, su reconocimiento es enunciativo.

Un enunciado constitucional manifestado en normas tipo principio, permite que de ella se desprendan normas tipo regla, su propósito radica en desarrollar el texto normativo y encontrar aquellos derechos que aún carecen de reconocimiento. El principio base para identificar dichos derechos reside en la dignidad humana, sostenida jurídicamente por el bloque de constitucionalidad.

2.2.1. Cláusula Abierta en la Constitución ecuatoriana

Las cláusulas abiertas permiten la evolución de las normas y la adaptación del sistema jurídico de protección de derechos, a las nuevas realidades y a los retos que no se

⁵ Véase, Sentencia 0001-009-SIS de la Corte Constitucional. No publicada en el Registro Oficial

previeron por las personas que desplegaron el poder constituyente, por tanto, son normas, que establecen derechos innominados (Higuera, 2017).

Según Ramiro Ávila (2008) el constituyente, ha buscado ampliar el catálogo de derechos, no solo mediante tratados internaciones, sino que ha incluido también, la cláusula abierta. Para que estos derechos sean tutelados aplicables, se necesita que sean enunciados y reconocidos; esto no implica necesariamente su tipificación, sino más bien alude a una ratificación de su existencia mediante un pronunciamiento judicial, que los permita ser materialmente viables.

La Constitución de Ecuador de 2008 señala la *dignidad* como el paramento esencial bajo el cual se puede reconocer nuevos derechos; el numeral 7 del artículo 11 dice:

"El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento."

Por otra parte, el artículo 98, del mismo cuerpo normativo, referente el derecho a la resistencia, determina que: "los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia (...) y demandar el reconocimiento de nuevos derechos".

Finalmente, en el artículo 417, señala que: "(...) en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, se aplicarán los principios pro ser humano: de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta".

Como se vio con las normas antes citadas, la idea de una cláusula abierta que reconozca nuevos derechos no es ajena al ordenamiento jurídico ecuatoriano; ni tampoco es ajena a normativa supranacional como es el caso de la Convención Americana de Derechos

Humanos, denotando la importancia de brindar mecanismos jurídicos que permitan la integración y protección de nuevos derechos.

Para Sanz (2017) la *denominada cláusula abierta*, surge como una necesidad de protección de derechos emergentes, al mismo tiempo, permite una apertura de la carta constitucional a fuentes internacionales en materia de derechos. Por ello, se debe aclarar que esta noción no implica una habilitación ilimitada al intérprete u órgano de la jurisdicción constitucional, para revelar un catálogo de derechos fundamentales implícitos en un texto normativo: solamente derechos cuya materialidad fundamental sea demostrable, pueden poseer tal calidad.

Este tipo de normas sirven para ultimar la lista de los derechos incluida en la Constitución de cada país, de acuerdo con lo establecido en otros acuerdos internacionales de derechos operantes reconocidos por el Estado. Consecuentemente la protección adicional está dirigida hacia los derechos insertos en el texto constitucional; sin embargo, con la institución de cláusulas abiertas los derechos de los instrumentos obligatoriamente acrecientan la gama de derechos que tiene que ser protegidos (Bastos & Meraz, 2015).

Según el criterio de Arnaiz (1999), si bien es acertado afirmar que las cláusulas abiertas, ocasionan el surgimiento de nuevos derechos -derechos en materia-, pero carentes de formalidad, estos no llegan a constitucionalizarse. En contra de esta postura, algunos dogmáticos consideran que la existencia de estas cláusulas dentro de la carta constitucional, le brindan aire de constitucionalidad a los tratados y acuerdos constitucionales, además de ser considerados como parámetros de constitucionalidad.

Para Chávez y Valdivia (2016) la idea de los derechos humanos implícitos, es decir, bienes básicos debidos en justicia no expresamente contenidos en los tratados

internacionales positivos firmados por los Estados partes, se deben basar en la naturaleza humana, principalmente atendiendo a su dignidad.

Otro fundamento que sustenta la necesidad de una cláusula abierta radica en que durante las últimas décadas han aparecido nuevos derechos que eran impensables años atrás, además, se trata de un proceso no acabado sino abierto en su evolución a la aparición de otros derechos, reivindicados por nuevos y alternativos movimientos sociales urbanos, vecinales, ecologistas, indígenas, campesinos, feministas, etc., no reconocidos todavía por el derecho oficial (Fernández, 2009).

La Constitución del Ecuador parte de una concepción dogmática que busca encaminar el contenido de todos los derechos del ordenamiento jurídico a plasmar el *Sumak Kawsay*, es decir; el buen vivir. Para esto, reconoce un amplio número de derechos de igual valía y a su vez, deja la posibilidad de que nuevos derechos se integren a los ya establecidos, esta nueva posibilidad, es decir, la cláusula abierta, se convierte entonces en un instrumento que sirve para legitimar aquellos derechos en materia, pero carentes de formulación.

En esta misma línea, el constituyente ecuatoriano persigue el reconocimiento y protección no solo de los derechos expresamente señalados, sino de aquellos derechos que vayan surgiendo con el transcurso del tiempo y las nuevas realidades sociales, derechos que deben guardar concordancia con el resto del texto constitucional, en tal sentido que atiendan a la dignidad humana y sirvan como medio para su perfeccionamiento.

2.2.2. Desarrollo progresivo de los derechos.

La cláusula abierta o de integración permite que nuevos derechos se incorporen al catálogo constitucional, esto no quiere decir, que los derechos ya plasmados cumplan un

papel secundario, sino más bien, incita a su evolución. Los derechos implícitos se basan en la interpretación no solo de las normas en un contexto general, ni de las normas basadas en derechos fundamentales no expresamente reconocidas, también se desprenden de los nuevos alcances que pueden tener las normas adaptadas a las nuevas realidades sociales.

La Constitución del Ecuador 2008, en el artículo 11.4 señala: “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” es decir, pugna la idea de la evolución sistemática de los derechos que en ningún caso puede disminuir su contenido sustancial lo que significaría una regresividad.

Esta regresividad puede manifestarse de dos maneras:

Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a los resultados de una política (regresividad de resultados). En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando los resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetros (Courtis y Ávila, 2009). En ese sentido, un decreto que empeore una situación jurídica, puede ser un ejemplo de regresividad.

La noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que esta modificó o sustituyó; y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior (Courtis y Ávila, 2009).

A nivel internacional, la progresividad de los derechos se postula en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976) que en el artículo 2.1, señala:

“cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La progresividad implica, por lo tanto, que el Estado debe crear las circunstancias necesarias para mejorar la calidad de la existencia de la persona (entiéndase circunstancias, económicas, sociales y culturales), mediante el desarrollo de los derechos y su materialidad de forma continua. Precisamente esta tendencia implica la evolución y desarrollo de los derechos y la creación o reconocimiento de nuevos que surgen conforme a las nuevas circunstancias. Nace una relación causal, en la que una circunstancia permite el nacimiento de un derecho.

De la obligación de progresividad se desprende la prohibición de regresividad, o sea, la prohibición de que los Estados parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se afirma que la obligación de los Estados parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio, “de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido” (Courtis y Ávila, 2009).

Para justificar una medida regresiva el Estado tendrá que demostrar:

- a) la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela;
- b) el carácter imperioso de la medida; y

- c) la inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva (Courtis y Ávila, 2009).

Desde luego, si la medida regresiva está dirigida a excluir los niveles mínimos de protección a ciertas personas, entonces se considera que viola el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya antes mencionado, sin que el Estado pueda justificar en forma alguna esa medida, debido a que, son derechos ya consolidados.

Se puede afirmar que progresión de los derechos, retrata la evolución en la cultura jurídica de un país; evolución que se puede hacer por vía legislativa o mediante el desarrollo jurisprudencial. Para Néstor Sagüés (2010) los tribunales constitucionales son agentes de cambio social por lo que, a través de interpretaciones extensivas, pueden hacer que ciertos derechos alcancen el rango de constitucional, así no lo fueran al momento de sancionarse la Constitución.

En consecuencia, el desarrollo progresivo de los derechos, incluidos los implícitos debe realizarse como una actividad cautelosa, ya que el juez deja el rol de intérprete y se convierte en una suerte de legislador en materia constitucional. Esto no deslegitima la autoridad del poder legislativo, sino que representa una promoción garantista constitucional mediante el órgano jurisdiccional. Las normas jurídicas no pueden congelarse en el tiempo, sino tienen que solucionar problemas de personas en concreto y en el contexto histórico.

2.3 Derechos implícitos como construcción jurídica.

Desde el enfoque de los derechos fundamentales, los derechos emergentes extienden el número de derechos incluidos en la Carta Magna, reconociendo y aceptando la existencia

de otros. Estos derechos representan una creación normativa de la Constitución atribuible a la comunidad de intérpretes constitucionales y que favorecen a los sujetos de derechos con beneficios que no fueron expresamente reconocidos en la Constitución (Camacho, 2016).

Como regla general los derechos constitucionales explícitos no necesitan de una particular carga argumentativa para reconocerlos como tales. Precisamente el carácter de expresos permite que se allane el camino para su reconocimiento y aplicación efectiva. No ocurre lo mismo con respecto a los derechos constitucionales implícitos, los que por no estar clara y determinadamente expresados en la Constitución requieren de una especial argumentación, además suficiente, para justificar el reconocimiento como derechos constitucionales (Castillo-Córdova, 2008).

Para Ricardo Guastini (2015) de los múltiples procesos que forman parte de la construcción jurídica, la formulación de normas de naturaleza implícita, merece especial atención, ya que con bastante frecuencia son el producto de un razonamiento que tuvo como insumo normas explícitas; no obstante, en la mayoría de casos estos juicios no cuentan con bases reales, porque no provienen de un razonamiento deductivo y se valen de premisas que no son normas expresas, más bien son consideradas como esquemas conceptuales y teorías arbitrarias.

En este sentido Van Hoecke (2014) indica que los conceptos no son instrumentos neutrales, puesto que están guiados por un objetivo teórico. En el caso del Derecho, la construcción de teorías pretende combinar interpretaciones específicas, reglas y conceptos sistematizados, reflejado en la elaboración de nuevas teorías y postulados que tiene la capacidad de cuestionar o ampliar los conceptos ya establecidos a una nueva realidad.

Como se señaló con anterioridad, no toda situación se puede pretender establecerla como un derecho fundamental, ni mucho menos se puede aspirar su justificación amparado en la teoría de los derechos implícitos, debido, primordialmente a que un derecho debe cumplir ciertas características; sobre todo, debe encaminarse al reconocimiento de la *dignidad del titular*, situación que puede verse vulnerada por cuanto no se reconoce su pretensión como un derecho.

Para Guastini (2009) las normas no explícitas son una “construcción jurídica”, producto, por tanto, del razonamiento jurídico de los intérpretes; estos derechos subjetivos se desarrollarían según dos modalidades argumentativas fundamentales:

- a. A veces se infiere un derecho implícito de otro derecho expreso, que lo presupone, por ejemplo, el derecho al secreto de la correspondencia denota el derecho previo a intercambiar correspondencia libremente.

Es decir, el sistema jurídico incluye no solo el derecho principal, sino los derechos implícitos que son condición para el ejercicio de los primeros.

- b. Otras veces se infiere un derecho implícito de un principio expreso.

Se trata de un modo de “concretizar” un principio, es decir, de extraer de ellos normas principios, normas de tipo regla, sin las cuales el principio no sería susceptible de aplicación jurisdiccional (Guastini, 2009).

Como se indicó anteriormente, no toda aspiración se puede convertir en un derecho implícito, en este contexto, Chávez y Valdivia (2016) señalan que se deben cumplir ciertas condiciones para constituir un derecho implícito fundamental, estas son:

- a) En primer lugar; la necesidad de una *fundamentación en una dignidad referida a la naturaleza humana*, cuyos fines terminan siendo los elementos determinantes esenciales —aunque no exclusivos— del contenido material del derecho humano o natural implícito que se desea proponer o desarrollar.
- b) En segundo lugar, una necesidad ante la *ausencia del reconocimiento explícito* por parte de los tratados internacionales de derechos humanos, así como de la normativa interna de un país.

Se ve entonces que reuniendo los dos requisitos se encuentra frente a un derecho fundamental implícito. La construcción se realiza por una doble vertiente; primero, buscando el principio que la inspira; luego indagando la norma o principio del que se infiere el derecho implícito en el ordenamiento interno o el internacional.

Otros autores como Corchete (2007) señalan que existen tres vías para el reconocimiento e introducción de un derecho implícito en una legislación, estas son:

- a) **Cláusulas generales de validez:** como la estipulación abierta o la de desarrollo progresivo de derechos, es decir, las de carácter general que permiten a través de ellas introducir los «nuevos derechos» como los derechos fundamentales de la persona; extrayendo los principios de las normas generales.
- b) **Mediante derechos transversales:** se trata de conectar varios derechos fundamentales, expresamente recogidos por el constituyente y como origen de estos, los valores y bienes jurídicos que resultan complementarios. De esta forma, al no aceptar que únicamente los valores puedan fundamentar autónomamente «nuevos derechos», se podrá ver, en la relación pluridimensional, el derecho no expresamente recogido en el texto

constitucional. Se trataría de derechos que inciden en el contenido de otros, pero que resultan igualmente reconocibles a pesar de la ausencia formal.

- c) **Mediante Tratados y Convenios internacionales:** a través de ellos, que son de carácter internacional se produce dentro de los Estados firmantes, una especie de proceso de integración a un ámbito superior, en este caso, en materia de derechos fundamentales, que enriquecen las perspectivas nacionales a través, entre otros mecanismos, de la experiencia foránea (Corchete, 2007)

Por todo lo ya antes señalado, se puede ver que los derechos implícitos son una construcción jurídica producto de la interpretación judicial; sin embargo, estos no siguen el proceso legislativo tradicional, motivo por cual algunos autores deslegitiman su validez. Entre las críticas a dicha construcción encontramos:

- El reconocimiento de un derecho implícito, puede parcializar la interpretación de un derecho a circunstancias que no tengan la calidad de fundamentales y que pueden referirse a aspectos singulares de la necesidad de una persona (Contreras, 2011).
- Se puede desmeritar un derecho implícito so pretexto de la dignidad, hacer esto hace caer todo el peso de la argumentación no en el derecho mismo, sino en la antes referida dignidad, hacer esto hace inoficioso la redacción del catálogo de derechos y especificación de sus garantías (Contreras, 2011).
- Otra crítica radica en que la cláusula de integración no debe utilizarse como un instrumento de apertura indiscriminada de derechos, por más noble que pudiera parecer la intención de los intérpretes. Ello sería opuesto a la naturaleza de la Constitución como norma rígida (Sosa & Jurio, 14).

Se debe señalar que incluso factores como las convicciones personales del juzgador pueden guiar la interpretación de una norma y con ello el derecho implícito subyacente. Para evitar la influencia de factores externos, la argumentación jurídica es un factor elemental para sustentar adecuadamente una pretensión, a razón de encausar la interpretación de la norma y el razonamiento del juez fuera de sus prejuicios y lograr el reconocimiento nuevos derechos enfocados netamente en razones jurídicas.

2.3.1. El rol del juez con relación a los derechos implícitos.

Como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del modelo neoconstitucional, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado de forma relevante. Los jueces constitucionales aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial es más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales: la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales (Carbonell, 2015).

El juez no aplica la ley solo porque es la ley siguiendo un procedimiento formal, sino somete las disposiciones legales a principios o valores previstos por el ordenamiento; preferentemente en la Constitución. Hay, sin duda, una mayor preocupación a partir del neoconstitucionalismo de evitar el derecho injusto, preocupándose en crear y garantizar contenidos materiales generalmente conectados con la moral (Rendón, 2017).

El sistema constitucional entonces, permite al juez realizar esta *construcción jurídica* en aquellos casos en que se confronta a disposiciones constitucionales amplias y textualmente indeterminadas, pero, el juez no goza de discrecionalidad absoluta. El magistrado constitucional se encuentra limitado a criterio de Candia-Falcón (2014) por varios factores:

- a) Los principios del Estado de derecho, que buscan dotar a todo sistema jurídico de estabilidad y coherencia;
- b) Las normas de reforma constitucional contenidas en la Constitución, que habilitan únicamente al constituyente derivado para modificar la Ley Suprema;
- c) La distribución constitucional de competencias que impone una obligación de autocontrol al juez con el objeto de que este no invada las potestades propias del Congreso Nacional;
- d) Los derechos expresamente reconocidos por la propia Constitución, y
- e) La tradición constitucional nacional relativa a los derechos fundamentales, la cual, no siendo contraria a los imperativos planteados por los absolutos morales y al texto constitucional actual, obliga al juez a preservar la estabilidad del sistema constitucional.

Si bien es cierto que, tratándose de normas textualmente indeterminadas los jueces constitucionales gozan de un margen de discreción para generar reglas legislativas a partir del texto de la Constitución, dicho margen no es absoluto, por el contrario, es limitado. Ello siempre y cuando se acepte que el Estado de derecho y la necesidad de establecer límites al ejercicio del poder estatal es un concepto sustantivo y central a todo modelo de gobierno constitucional (Candia-Falcón, 2014).

Por lo tanto, el juez, al reconocer y “construir” ámbitos iusfundamentales “desde cero”; al reconocer “nuevos” derechos constitucionales, requiere acreditar su fundamentalidad, singularidad y configuración como derechos específicos y que no se traten de ámbitos de libertad o exigencias claramente proscritas por el ordenamiento constitucional (Sosa y Jurio, 14).

Según la Corte Constitucional (2019), al constatar que existe un derecho fuera del texto constitucional, acaece un aparente vacío o laguna constitucional, que debe ser solucionado. Este aparente hueco se resuelve mediante el reconocimiento expreso; lo puede hacer cualquier autoridad del Estado en el ámbito de sus competencias. Al requerir incorporación al texto constitucional, el Estado los reconoce a través de la reforma constitucional, la interpretación constitucional o la jurisprudencia constitucional.

En este sentido, se describe algunos casos en los que la CIDH identificó derechos implícitos en determinadas circunstancias:

Un primer ejemplo es el caso Duque contra Colombia; en el mismo se le negó al señor Ángel Alberto Duque la pensión de la pareja por ser del mismo sexo, pese a la convivencia que mantuvieron por más de 10 años. Se “argumentó que cuando el señor Duque solicitó la pensión por sobrevivencia (2002) aún existía una ‘zona gris’ en la que no había claridad sobre las obligaciones internacionales de los Estados en relación con la protección del supuesto derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo”, (Chávez y Valdivia, 2016). La CIDH encontró que el Estado colombiano era responsable por la negativa de las autoridades administrativas y judiciales, de reconocerle los derechos pensionales a Duque. Reconociendo el derecho implícito a no ser discriminado por la orientación sexual, encontrándose un derecho fundamental implícito a la pensión que surge a partir del principio de no discriminación, es decir, se da una construcción jurídica a partir de un principio.

Otro derecho implícito reconocido por la CIDH, es el derecho comunal a la propiedad indígena, dentro del caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, la Corte consideró que «el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de

las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. En este contexto, la CIADH señaló que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas se extendería también a aquellos recursos naturales ubicados dentro del territorio que habitan y que fuesen estrictamente necesarios para su sobrevivencia. Por tanto, toda intervención estatal en el ejercicio de este derecho no puede amenazar la sobrevivencia de la forma de vida de la comunidad en cuestión (Candia-Falcón, 2014). Aquí el carácter implícito se desprende del derecho a la propiedad señalado por la Convención, el uso ancestral de las tierras por parte de la comunidad limita la injerencia estatal.

En los casos antes señalados la CIDH realizó una construcción jurídica bajo los parámetros antes señalados, en el sentido de que identificó una norma regla a partir de un principio, esto cuando marcó el derecho a recibir pensión basado en el principio de no discriminación. También, desarrolló el derecho implícito a la propiedad comunitaria con base al derecho consolidado de propiedad.

Por último, es pertinente señalar la opinión consultiva 24/17 de la CADH que se convirtió en un punto de inflexión para la sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario) de la Corte Constitucional de Ecuador, según la Convención antes referida, es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio. Esto, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo sin discriminación, con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.

Se puede interpretar, por tanto, que existe un derecho implícito que surge a partir de una norma expresa que se desarrolla mediante la doctrina internacional; reflejada en un primer punto en el matrimonio igualitario y que a lo posterior desentraña otros derechos implícitos subyacentes.

El juez constitucional, debe enfrentarse a los casos que tienen que ver con el bienestar integral de las personas, esto representa una evolución normativa, social y jurídica, diferente a la justicia ordinaria. No se trata de aplicar normas que se denominan “hipotéticas” o simplemente “reglas”, dadas por el legislador, la justicia constitucional, en cambio, suele aplicar normas que la doctrina denomina “téticas” o principios que, en su estructura, carecen de hipótesis de hecho y de consecuencia; tal como se enuncian, por ejemplo, los derechos humanos (Ávila Santamaría, 2011).

2.4 Derechos implícitos y su protección constitucional.

Lo que el derecho constitucional busca es que las premisas contenidas en la Constitución, no se queden en meros postulados, sino que con base a ellas se cree todo un sistema jurídico que permita su legitimización. En consecuencia, la Constitución pasó de ser una mera carta política, a un instrumento jurídico dotado de principios y garantías que supone guía para la aplicación de los derechos fundamentales que alberga.

Estos principios antes señalados se encuentran a partir del artículo 10 de la Constitución (2008), estos son: el principio de titularidad, principio de plena justicia, el principio de aplicación directa de la constitución y el principio de progresividad.

Las garantías constitucionales se señalan en el artículo 84, de ellas es necesario enfatizar en las garantías jurisdiccionales; ideadas como el medio más sencillo y eficaz de tutela en caso de una vulneración de derechos. De las cuales se desprenden; la acción de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, de protección, extraordinario de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Una vez señalados estos principios y las garantías necesarias para su desarrollo, nace la siguiente interrogante ¿Cómo se puede proteger y lograr el reconocimiento un derecho implícito amparado en los principios y garantías que nos brinda la Constitución?

Cuando se vulnera un derecho reconocido en una norma adjetiva, el titular del mismo puede recurrir a la justicia ordinaria para su protección, esto es con las normas explícitas. Por otra parte, con las implícitas, la vulneración o desconocimiento del derecho necesita una especial fundamentación; siendo necesario encontrar el derecho vulnerado, que se puede desprender tanto de la interpretación de una norma expresa como de la interpretación de un principio, a su vez, la fuente del derecho puede tener un origen tanto en el ordenamiento local como del internacional y el derecho que se cree desconocido o vulnerado, debe vincularse con la dignidad humana.

Según Aguilar (2016) la manera de asegurar el reconocimiento de los derechos implícitos, es imprimir una fuerza expansiva a los derechos; es decir, interpretar la Constitución desde el contexto teleológico. Considerando, por tanto, los aspectos formal y material, puesto que, aunados ambos forman el bloque dogmático de ordenamiento constitucional. En ese contexto se puede identificar el derecho que se pretende tutelar y a su vez se evita caer en un retraso en materia de derechos fundamentales, por la falta de protección expansiva

A criterio de la Corte Constitucional (2019) cuando hay violaciones concretas a derechos reconocidos en la Constitución o en los instrumentos internacionales, se *plantea la acción de protección* ante cualquier juez o jueza del lugar en el que se origina el acto u omisión que viola derechos, de conformidad con los artículos 86 y 88 de la Constitución, porque la acción tiene como propósito el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Cuando se trata del reconocimiento de derechos, del desarrollo de su contenido, del mejoramiento de las condiciones para el ejercicio o garantías de derechos, no se requiere reserva legislativa o desarrollo normativo. Por ello, la Constitución en múltiples normas considera que los derechos serán de inmediata y directa aplicación. De lo contrario no serían exigibles, no tendrían efecto útil, no podrían ser ejercidos por los titulares. De exigirse siempre reserva de ley, se establecería una condición inadecuada que tornaría inútil el reconocimiento constitucional de derechos (Corte Constitucional, 2019).

La acción de protección se convierte en una garantía de tutela efectiva, esto es, una garantía en la práctica del cumplimiento de los derechos por parte de órgano encargado de tutelarlos, reafirmando así su efectividad, en este caso, dicha efectividad podrá ser evaluada desde su capacidad de asegurar la garantía integral de los derechos, incluso de aquellos que no tengan amparo mediante una vida procesal determinada (Storini & Navas Alvear, 2013).

El sistema de eficacia directa significa que los jueces y, más en general, el Estado y todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión y actuación. Cuando la Constitución, además de ser una norma jurídica tenga aplicación o eficacia directa, no será solo norma sobre las normas sino norma aplicable, esto es, no será solo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho sin más (Storini C. , 2009)

Por lo antes señalado, la acción de protección se convierte en el medio idóneo para la tutela de un derecho implícito amparado en la teoría de los derechos fundamentales, pues permite el desarrollo de las premisas constitucionales, incluso si no cuentan con una vía procesal específica. No requiere reserva de ley, ni otras condiciones adicionales a las que la misma ley contempla para su accionar, en este sentido se ratifica la eficacia y supremacía de la constitución como instrumento de tutela de derechos.

CAPÍTULO III

3.1 Muerte como parte del ciclo natural de la vida

El sistema jurídico estatal procura gestionar los diversos aspectos de la vida diaria dentro de sus premisas, de tal manera, que pocos sucesos son extraños a ellas o sus consecuencias. Ello involucra, claro está, a la vida y la muerte. Temas que están recogidos dentro del Código Civil, principalmente los efectos que surgen a partir del fin de la existencia (entiéndanse derechos patrimoniales), momento a partir del cual la persona pasa a ser tratada, de cierta manera, como un objeto; tendencia que procura ser modificada desde la óptica constitucional.

Es preciso señalar que, en términos generales, se trata de separar la vida y la muerte como hechos biológicos tangencialmente distintos, en consecuencia, se genera una aversión constante a este segundo hecho. La realidad es que son procesos que integran un todo, en consecuencia, se analiza que el ciclo vital engloba lo antes señalado: vida y muerte; en donde ambas conforman una parte medular del acto de vivir (Ávila y Medina, 2002).

El envejecimiento continuo y progresivo, que inicia con la vida y termina en la muerte, es un proceso inherente e ineludible de todas las formas de vida, desde los sencillos organismos multicelulares como bacterias, hasta los seres humanos. La muerte marca el punto final del ciclo vital, también constituye el génesis de distintas teorías que buscan responder la interrogante acerca del sentido de la vida, a la vez que recuerda a los humanos la finitud y fragilidad de su existencia (Dulcey-Ruiz y Valdivieso, 2002).

Para Aquino, Gouveia, Gomes y Silva (2017) la muerte brinda sentido a la vida, imponiendo al hombre un límite inexorable, para la consecución de los objetivos que este se plantea durante la juventud, así como la construcción del ser dentro del mundo; durante

la etapa final el ser humano experimenta el aumento de la percepción entre quien quiso ser y la persona que finalmente logró ser. En este sentido, el límite de tiempo, representa un valor intrínseco que permite plantear nuestras metas.

El concepto y definición de muerte varía a través del tiempo, de acuerdo con la cultura, religión y pensamiento predominante de cada pueblo y de cada época, es decir, se da un trato diferente a este hecho acorde a cada pueblo (Gutiérrez-Samperio, 2001). Pese a todo, se comprende que es un proceso ligado a la existencia misma, por lo tanto, ineludible y asimilable.

Morir es un hecho biológico que le acontece a todos los seres del mundo, en todos los niveles sociales, sin importar las características o creencias culturales, sociales y espirituales que se tenga. En este sentido, la incertidumbre que existe con relación a la muerte se considera en mayor o menor medida algo general, pero ello no implica una percepción similar, pues esta varía acorde a los dogmas de cada individuo, en consecuencia, la visión de este acontecer es diversa y no por ella menos relevante que el resto de acontecimientos que le preceden.

En el contexto antropológico, se pasó de considerar a la transición de morir como un hecho sacramental, a una suerte de proceso filosófico-jurídico y biológico; a miras de llegar a un fin indoloro y apacible. Este hecho, se refleja en que el deseo inherente de las personas a una buena calidad de vida, se prolonga de modo natural en la aspiración a una buena calidad de muerte (Durán, 2004).

Indudablemente la comprensión y asimilación de todo el proceso vital ha generado diversos avances en el ámbito médico y jurídico, evidencia de esto es que en los últimos años la ciencia médica ha buscado dotar de las herramientas necesarias para el bienestar mental y emocional de la persona en su última fase. Con este enfoque se desarrollan ramas

especializadas en el cuidado del paciente como la tanatología, que se ocupa de las personas, atención a los pacientes terminales, sus familias y allegados (Bravo, 2006).

Por su parte la ciencia jurídica advierte la necesidad adyacente de incorporar dentro de la legislación tanto internacional como nacional, parámetros que permita acceder a procesos terapéuticos eutanásicos, parámetros encaminados con una visión humanística y ética del paciente, que eviten tratarlo como un mero objeto dependiente de la voluntad social y le que brinden formas de morir conforme a su voluntad y respetando las condiciones de dignidad.

La complejidad de la muerte como un hecho social y jurídico concibe que su estudio necesariamente sea abordado desde varios puntos de vista al mismo tiempo. A pesar de que la muerte es un proceso individual, tiene repercusión social y cultural, en donde la actitud que las personas toman frente a esta situación, se ve influenciada por las convicciones y la preparación que cada persona tenga, además de las herramientas tanto médicas como jurídicas de las que disponga.

3.1.1. Definición legal y médica de la muerte.

A lo largo de la historia la sociedad ha intentado comprender el fenómeno de muerte desde distintos enfoques, para asignarle un significado y utilidad biológica a través de la ciencia; para las primeras culturas la muerte estaba rodeada de un aire de misticismo, se analizaban métodos para evadir la muerte, como la reencarnación o la vida eterna, en parte por el miedo que manifestaban los humanos de esa época ante lo desconocido; para otros, la aversión por la muerte provenía de que, son pocas personas quienes completaban el ciclo de la vida de forma adecuada, dando cabida a un sentimiento de angustia por dejar asuntos pendientes.

Con tales consideraciones, y otras de índole personal, es difícil definir la muerte, puesto que esta involucra aspectos: biológicos, médicos, legales, sociales, religiosos; los cuales se entrelazan de forma liada, dejando que cada persona trate de darle su propia definición (Arellano, 2006).

Como señala Dibarbora (2008) en un primer momento la rigidez, el enfriamiento y la putrefacción eran los criterios para determinar la muerte de una persona; luego, la falta de latidos en el corazón, es decir, el paro cardio-respiratorio, era considerado como indicador de la muerte; por último, el Comité Médico de Harvard en 1968 estableció que el hecho determinante en el fin de la vida de una persona, era la muerte encefálica.

Se puede decir que la muerte natural es un hecho, o sea, un acontecimiento incierto en cuanto a la fecha, pero de segura realización. Como se señaló anteriormente, el hecho de morir no es ajeno a la ley, de ella se desprenden una serie de derechos principalmente de connotación civil, así, el artículo 64, del Código Civil (2005) señala: “que la persona termina con la muerte”.

Siguiendo con las definiciones de morir, es prudente citar a Guillermo Cabanellas⁶, él la define como el fin, la extinción, el término o la cesación de la vida, al menos en el aspecto corporal.

Desde el punto de vista penal, la vida constituye un proceso bio-psico-social de carácter dinámico, motivo por el cual no es posible determinar el momento exacto en la que esta comienza o termina. Así pues, la vida goza de naturaleza compleja convirtiéndose en el fundamento de los demás bienes jurídicos, pues sin este ningún otro derecho existe. El

⁶ Vease, Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, Buenos Aires, Heliasta, 1993

derecho penal, por ende, protege la vida íntegramente hasta su conclusión, con la muerte (Terrerros, 2015).

Para Osorio (1974) la muerte es entendida como la cesación o término de la vida, la separación del alma y el cuerpo, teniendo dos acepciones: la primera meramente biológica; y, la segunda, espiritualista o religiosa.

Dentro del contexto nacional y principalmente por la gran relevancia tanto medida como jurídica de este suceso, el Ministerio de Salud Pública de Ecuador, es quien refiere una pauta para determinar este hecho; en la cual, la muerte es el cese permanente de la función del organismo como un todo, se considera, por tanto, que la “**muerte encefálica**” es equivalente a muerte.

En este mismo sentido, *la definición técnica de muerte*, se considerada como la ausencia total de actividad en el cerebro y en el resto del sistema nervioso central, el sistema circulatorio y respiratorio, observada y declarada por un médico, siendo esta el posible resultado final de un proceso de la enfermedad o relativa a ella, en el que no hay participación de fuerzas extrañas al organismo (Ministerio de Salud Pública, 2015).

El enfoque médico general se guía por los parámetros ya señalados por el Comité Médico de Harvard. Dibarbora (2008) por ejemplo; define a la muerte humana como la pérdida irreversible de la capacidad y del contenido de la conciencia que proveen los atributos esenciales del ser humano y que integran el funcionamiento del organismo como un todo.

De todas las definiciones antes mencionadas, se reflexiona que la muerte implica el fin de la persona, es un hecho que puede ser analizada desde varios puntos de vista; ya sea biológico, jurídico o espiritual y a pesar de los diversos aportes que se puedan brindar para lograr su definición, no hay un consenso; esto evidencia que más allá de las

concepciones técnicas, lo realmente importante es el impacto social que puede tener este suceso en los diferentes ámbitos sociales.

3.2 Calidad de vida y bien jurídico.

La Organización Mundial de la Salud (1966)⁷ acuñó el término *calidad de vida* como la percepción que un individuo tiene de su lugar en la existencia en el contexto de la cultura y del sistema de valores en los que vive con relación a sus objetivos, las expectativas, normas y sus inquietudes. Entendiéndose como la correlación entre las necesidades, bienestar, aspiraciones individuales y la sociedad. Se involucran, por lo tanto, aspectos económicos, sociales y culturales que generan en el individuo este *bienestar psicológico* que es parte de la calidad de vida.

Esta calidad de vida antes señalada, cambia cuando los componentes que la integran, faltan, como pueden ser: bienestar emocional, riqueza material y bienestar material, salud, trabajo y otras formas de actividad productiva, relaciones familiares y sociales, seguridad e integración con la comunidad (Ardila, 2003).

A decir de Vargas y León (2012) la calidad de vida depende de factores de existencia material, como factores de intereses inmateriales, bajo la dependencia de las distinciones individuales, por lo cual es obligatorio establecer un concepto acerca del grado de afectación sobre los recursos que permiten alcanzar una disposición de vida aceptable, así los criterios sobre los daños se fundamentan en la extensión y la intensidad de los perjuicios que perciben los individuos.

⁷ Vease. Andrea Robles-Espinoza, Generalidades y conceptos de calidad de vida en relación con los cuidados de salud, Vol 11, Mexico, El residente, 2016, pp. 120-125.

Dentro de este contexto se puede percibir que cuando la salud de un ser humano disminuye de manera agravada o intratable, su calidad de vida se ve comprometida, puesto que implica, no solo un detrimento físico, sino emocional y psicológico. En otras palabras, situaciones que comprometen el bienestar de una persona (entiéndase circunstancias crónicas e irreversibles) afectan los bienes jurídicos que el derecho se ve llamado a proteger y que recaen en el individuo.

La calidad de vida es un bien jurídico, debido a que, por su importancia, es considerado un valor esencial para una sociedad que el derecho está en la obligación de proteger. Es claro que un bien jurídico es un interés; sin embargo, no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico, el último requiere, además, que por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón (...), sea valorado positivamente por el ordenamiento jurídico (Hefendehl, Von Hirsch, & Wohlers, 2016).

De los acercamientos conceptuales dados, se tiene que el bien jurídico es: a) interés vital que preexiste al ordenamiento normativo; b) interés fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico; c) fruto del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. El Derecho Penal se limita a sancionar con una pena a conductas que lesionan estos bienes (Kierszenbaum, 2009).

Dado el caso en el que se dé un hecho permanente, intratable, y que cause graves afecciones a quien lo padece disminuyendo su calidad de vida, y en consecuencia, afectando su dignidad como persona (postulado básico de un ordenamiento constitucional), es necesario cuestionar: ¿Es ético obligar a una persona a padecer dichas circunstancias en contra de su voluntad? además, cuando el hecho de vivir se convierte en una pena, ¿Es posible disponer del bien jurídico, vida?

De acuerdo con Eugenio Zaffaroni⁸ todos los objetos con que el individuo se relacione son jurídicamente disponibles, por lo tanto no hay bienes jurídicos indisponibles o no disponibles; todos los son, a condición de que sea el titular quien los disponga, y cuando éste no puede dar su consentimiento, se puede delegar su disponibilidad. En consecuencia, la vida humana también es un bien jurídico “disponible”.

El titular está en la capacidad de disponer de todos los bienes jurídicos, esto se vincula con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, es así que el paciente en su atención de salud tiene el derecho a rechazar un tratamiento médico, lo que implicaría no solo la imposibilidad de aplicarlo a un paciente sin su consentimiento, sino que tampoco sería legítimo, por ejemplo, alimentar forzosamente a las personas que realizan huelgas de hambre (Widow, 2013).

En este sentido, la Ley Orgánica de Salud señala en su artículo 7: Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

- h) “Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública (...)”.

Así mismo para la doctrina alemana (máxima referente en derecho penal), el acto de auto disposición de la vida no es un hecho punible⁹; debido a que la persona no puede cometer un injusto contra sí misma, de darse el caso, la vida quedaría reducida prácticamente a un

⁸ Vease, Eugenio Zaffaroni, Tratado de derecho penal. Parte general, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1980/1983, p. 240.

⁹ C. G. WACHTER, “Revision der Lehre von dem Selbstmorde, nach dem positiven romischen and gemeinen Deutschen Rechte and den neuen Gesetzgebungen”, en A. Eser, Entre la «santidad» y la «calidad» de la vida, RFA, p. 779.

objeto, no bajo el dominio de un persona, sino se impondría como un deber obligatorio bajo la voluntad de la sociedad (Eser, 2001).

Dentro del derecho penal existen situaciones que excluyen la antijuridicidad de ciertas conductas, verbigracia; cuando uno mismo se somete a intervenciones quirúrgicas o practica deportes de alto riesgo. El mismo hecho de que el suicidio no sea una figura jurídica punible evidencia los postulados de la doctrina alemana, consecuentemente, reflejan, que la autodeterminación guía las acciones de un individuo, y a su vez, que la propia vida es un bien jurídico disponible.

3.3 Formas de Muerte Digna.

Bajo la premisa de que la vida humana es un bien jurídico y considerando también que el titular de dicho bien está en la capacidad de disponerlo, se debe encontrar el camino o la forma adecuada de disposición, esta consideración es necesaria, por cuanto en algunas situaciones se requiere asistencia de un tercero. Al respecto, el derecho debe brindar las pautas para desarrollar los principios constitucionales de autonomía de la voluntad y dignidad humana en la forma material de muerte digna.

Partiendo de que concepto de *muerte digna* es objeto de diversas interpretaciones dependiendo del punto de vista de su análisis, para el presente estudio se considera el sentido más común de la misma; el cual se refiere a una muerte sin dolor ni padecimientos excesivos, en la que se respete en todo momento la voluntad del paciente, así como su integridad tanto física como moral.

Al respecto de este hecho, en la cultura judía, se instituye que el derecho a morir de forma digna es parte del derecho a la vida; esta tradición define que morir con dignidad, es vivir

de forma humana y plena el proceso de muerte, rechazando total y absolutamente los métodos de muerte asistida. A partir de esta ideología, se deriva que frente al proceso inevitable de la muerte existe cierto ejercicio de la voluntad, la muerte entonces es concebida como un proceso pasivo al cual las personas enfrentan y sobre el cual deciden si intervienen en alguna medida (Taboada R, 2000).

Cabe señalar que en ocasiones, se puede prolongar la vida bajo circunstancias dolorosas y denigrantes para el paciente, hecho que se pueden generar conflicto de intereses que dificulta la toma de decisiones por las partes implicadas (médico, paciente, familiares). Para algunos de los implicados, el interés es mantener con vida al sufrido, mientras utiliza costosas y amplias tecnologías y servicios médicos; aunque en otras ocasiones el interés de estos grupos, dependiendo de su situación económica puede ser opuesta (Durán, 2004).

Independientemente de los conflictos entre las partes, según la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente, las formas más usuales de muerte digna dentro del ámbito médico internacional son: la eutanasia y cuidados paliativos.

3.3.1. Eutanasia.

En 1605, Francis Bacon introduce el término eutanasia, como la acción que el médico emplea sobre el paciente para apresurar su muerte (Alarcón, 2019). Acción que tiene el propósito de evitar que esta sufra a condición de alguna enfermedad o dolencia insoportables.

Es la muerte sin dolor, desde un punto de vista canónico, es la muerte sin remordimiento o en estado de gracia; muerte sin dolores del alma (Cabanellas de Torres, 1999); se entiende que son el conjunto de procedimientos que procuran la muerte de manera pacífica del paciente.

El término eutanasia por su etimología significa “buena muerte”, para Gutiérrez (2001) esta concepción no es del todo apropiada, pues a pesar de que en determinadas circunstancias la muerte deba aceptarse desde el punto de vista técnico, social y moral, no es aceptable el deseo o precipitación de la misma, lo que lleva implícito en primer lugar la voluntad orientada hacia la muerte y en segundo término la acción que la desencadena.

Por motivos formativos se debe señalar que existen diversos tipos de técnicas eutanásicas, el objetivo de este trabajo no se relaciona con ello, pero a razón del tema se enuncia las principales:

Eutanasia pasiva: su motivo y justificación puede ser evitar molestias, dolor o sufrimiento al paciente, no se ejecuta ninguna acción ni se aplica ningún procedimiento o medicamento que termine con la vida del enfermo (Gutiérrez-Samperio, 2001).

Eutanasia activa: comprende todas las medidas encaminadas a terminar con la vida del enfermo, mediante la aplicación de un procedimiento o medicamento que suprime la función cardio-respiratoria y encefálica, con la supuesta justificación de suprimir el dolor o sufrimiento del paciente (Gutiérrez-Samperio, 2001).

3.3.2. Cuidados Paliativos.

La muerte es un acto que concierne, además del fallecido, a todos los familiares y el círculo social más cercano, provocando angustia en las personas, ya sea por la pérdida del ser querido o por intereses adicionales. Los cuidados paliativos enfrentan la parte final de la existencia de una persona que, por situaciones específicas, tiene conocimiento sobre su próximo destino, en donde los cuidados están destinados a los pacientes en etapa terminal,

consideran las emociones, sentimientos y necesidades tanto del paciente, la familia y el equipo sanitario, en el ambiente hospitalario o domiciliario (Llauradó Sanz, 2014).

Para Figueredo (2008) los cuidados paliativos son medidas de salud destinados a mejorar la calidad de vida del paciente y porque no, su calidad de muerte, a través de tratamientos médicos para aliviar los síntomas, así como técnicas sociales como el acompañamiento y el apoyo moral, que sirven de consuelo y descargo psicológico, mental y espiritual. Estos cuidados deben provenir de un grupo capaz y experimentado que generen un ambiente positivo en los enfermos terminales, al mismo tiempo que ayude a los familiares a sobrellevar la pérdida.

La ortotanasia consiste en todas las medidas encaminadas a mejorar la calidad de vida de los enfermos a quienes se pronostica la muerte a corto plazo, se evita el encarnizamiento terapéutico al retirar todas las medidas desproporcionadas que en nada benefician al enfermo, se continúa con las medidas proporcionadas que disminuyen o suprimen el dolor y otras molestias, se procura que el paciente esté cómodo, movilizándolo, alimentándolo, realizando el aseo y las curaciones que sean necesarias, se administran sedantes y analgésicos con la frecuencia y a la dosis que se requiera, pero lo más importante es la comunicación y el diálogo del enfermo con su médico, sus familiares, amigos y en su caso con el ministro de su religión, quienes proporcionan apoyo psíquico y moral (Gutiérrez-Samperio, 2001).

Los profesionales de la salud por acción de su quehacer profesional, velan por el bienestar del paciente hasta el momento del fallecimiento, para lo cual es necesario identificar y cubrir las necesidades del paciente, aplicando de manera efectiva el método enfermero para lograr la máxima bienestar del paciente disminuyendo el dolor y aportándole con apoyo emocional durante sus últimos momentos de vida (Soberón & Feinholz, 2008).

El objetivo principal de los cuidados paliativos es evitar padecimientos innecesarios al paciente, esto es, prolongación innecesaria de la vida (conocida también como distanasia¹⁰) y brindar alivio al paciente cuando lo solicita, por ende, se considera una forma de muerte digna pues presenta al paciente ese apoyo y cercanía de familiares y amigos, mientras es atendido por personal capacitado que brinda apoyo tanto físico y emocional durante todo el proceso

3.4 Muerte digna corrientes a favor y en contra.

Al hablar de dignidad, se hace referencia a la manera que una persona reacciona ante una agresión o la humillación, poniendo en evidencia cualidades humanas como el amor propio y el respeto hacia uno mismo y a los semejantes. Sin embargo, cuando se hace referencia a la muerte digna, surgen aspectos cuestionables, entre ellos, aspectos de índole moral y otros que involucran a los tratamientos médicos que buscan retrasar la muerte, alargando de manera indirecta el dolor y el sufrimiento de los pacientes atentando de manera deliberada contra la dignidad humana y desconociendo su deseo personal (Samperio, 2012).

En este sentido, se han desatado diversas corrientes en pro y en contra de la materialidad de la muerte digna dentro de los ordenamientos jurídicos. Por ello, se trata de reunir los argumentos más importantes que apoyan y que detractan esta pretensión:

¹⁰ Amorín, Paes y Dall, señalan que la distancia supone la prolongación de la vida por cualquier medio, incluso, causando efectos perversos en la salud, dignidad y vida del paciente. El objetivo de esta práctica consiste en impedir innecesariamente la muerte de la persona. Véase, Amorín Ch, Paes M, Dall L. Distanasia, eutanasia y ortotanasia: percepciones de los enfermos de unidades de terapia intensiva e implicaciones en la asistencia. Ribeirao Preto. Rev. Latinoamericana. Enfermagem. 2009.

- **Argumentos a favor.**

Farrell (1993) justifica la idea de la muerte digna desde dos perspectivas: la *idea de la racionalidad y de la autonomía de la voluntad*. Según este autor, como seres racionales, los seres humanos son responsables de los actos propios, por ello se tiene autonomía de la libertad en la toma de decisiones, por este motivo, se puede decidir sobre la conveniencia y las consecuencias de un acto de manera independiente de la visión paternalista del Estado o de la sociedad, es decir, ni el primero ni la segunda puede decidir sobre que le conviene a la persona, ya que solo esta sabe lo que es mejor para sí misma.

Desde el punto de vista jurídico existen premisas del derecho internacional, como la del *respeto al ser humano y a su dignidad* contenida en la CIDH, convención de la cual Ecuador es suscriptor y misma que dentro del artículo 5 destaca, el *Derecho a la Integridad personal*:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (...).

Someter a una persona que no lo desea a la carga de estar viviendo en condiciones que no se consideran dignas o le causen dolores que le representen un desgaste físico como emocional, implica ir en contra de la CADH. Bajo esta consideración se puede decir que respetar la voluntad de un semejante, implica respetar sus derechos y propiciar su ejercicio.

Para Farfán (1996) la integridad personal (entiéndase integridad tanto física como moral), es un bien jurídico, consecuentemente, existe normativa que permite su disposición porque se reconoce como un derecho a la autodeterminación y con ello, la

libre disposición de la propia vida y por tanto a decidir el momento y las condiciones de la propia muerte.

Desde un punto de vista dogmático, se argumenta que la vida no consiste en la subsistencia vital de una persona, sino que vaya mucho más allá (implica el descubrimiento y la autorrealización). Estos aspectos adicionales son propios de un sujeto dotado de dignidad que, como agente moral, lleva a cabo su proyecto de vida. Cuando ello no sucede, las personas no viven con dignidad, mucho más si padece de una enfermedad que le provoca intenso sufrimiento al paciente. Este fue uno de los criterios usados por la Corte Constitucional colombiana (una de las pioneras en Latinoamérica) en tratar y reconocer el derecho fundamental a una muerte digna, en la sentencia C-239 de 1997.

Se puede resaltar igualmente que no exista una obligación de vivir, pues el consenso social no se puede imponer sobre la propia voluntad de una persona que por diversas cuestiones decide no hacerlo; en el caso de una enfermedad que le produzca dolor, no se puede exigir a quien la padece soportarla. Tanto es así que, todo paciente tiene derecho a rechazar un tratamiento, aunque este le origine importantes perjuicios e incluso la muerte (Rivera, 2003).

Para Morales (2013), fuera de las consideraciones éticas e impedimentos legales, es necesario atender a un criterio científico, se debe considerar por tanto que la medicina presenta límites y dentro de estos límites existen situaciones particulares de salud en las cuales la medicina no puede hacer nada por un paciente, quedando este desahuciado. Siendo pertinente al menos, establecer una alternativa de libre elección para que una persona que padece dolor la afronte o la evite.

La progresiva evolución de los derechos y de la cultura jurídica de un país, representa otro punto a favor de la implementación de derechos antes desconocidos, como la aspiración de una muerte digna. Hecho que se evidencia en algunas legislaciones europeas o americanas; como es el caso de Colombia y su jurisprudencia antes señalada, que puede representar un punto vital de reflexión jurídico-dogmática para nuestro ordenamiento.

- **Los principales argumentos en contra.**

Los principales argumentos en contra de disposición de la propia vida son de índole moral y religioso. La Conferencia Episcopal Española (1993), señaló varios puntos en contra de la eutanasia, entre ellos están:

- Que procedimientos como la eutanasia se consideran una forma de homicidio, que se pretende justificar como “piadoso”
- Que no se puede justificar el padecer o no dolor como un detrimento de dignidad, esta depende de la actitud que uno tome frente a la muerte.
- Señalan que la libertad del ser humano no es absoluta e incondicionada de derechos, ya que de ser así no existirían los ordenamientos jurídicos, ni la sociedad, ni el Estado, pues cada persona determinaría por si misma lo que es justo o injusto, bueno o malo, permitido o prohibido
- Postulan que permitir la eutanasia significaría un retroceso en el avance jurídico pues, se había quitado el poder a los gobernantes y a los jueces de disponer de la vida de las personas. Medidas que implican poner a manos de un médico este bien jurídico implicaría ir en contra de la progresividad (Diócesis Española, 1993).

Se dice que, ninguna legislación reconoce una absoluta disponibilidad de la vida, ni siquiera en aquellos países en que se ha despenalizado la eutanasia, como Holanda, Bélgica y Luxemburgo, y en los Estados de Oregón, Montana y Washington, pues en estos la despenalización siempre está referida a supuestos bien precisos y delimitados (Widow, 2013). Debido a que previo a procedimientos médicos se debe consultar si las circunstancias son las propicias.

El Código de Ética Médico en su artículo 90, señala: EL medico no está autorizado para abreviar la vida del enfermo. Su misión fundamental frente a una enfermedad incurable será aliviarla mediante los recursos terapéuticos del caso. Es decir esta guía médica prohíbe al menos dentro del entorno local, prácticas eutanásicas (Andrade, 2009).

Los criterios médicos están divididos, pues algunos afirman que su preparación profesional se fundamentó en procurar el bienestar de las personas, y en los casos más extremos salvar vidas. Entonces se genera un conflicto cuando la única manera de ayudar a una persona, es terminar con su vida y más aún cuando la persona aceptando su condición demanda la asistencia de un médico para llevar acabo su deseo (Álvarez, 2013).

Achával (2003) afirma que el trasfondo de una muerte digna no es evaluada en conceptos morales o conductas éticas, sino, en costos económicos. Entonces con pretexto de que resulta excesivo gastar en un paciente o de que se necesita la cama en la institución, surge la idea de “ayudar” a morir; en ese momento recién se ve y valora el sufrimiento del paciente y el de sus familiares.

Se argumenta también que el manejo inadecuado de síntomas, principalmente el dolor, induce a muchos pacientes a desear la muerte; el tratamiento del dolor en los pacientes hospitalizados es muchas veces inadecuado, en tal medida, se generan situaciones como la depresión que es altamente prevalente en el enfermo terminales, estos muchas veces

llegan a solicitar la muerte; muchos pacientes que expresaron deseos de morir, dejan de hacerlo luego de algún tiempo de tratamiento (Przygoda, 1999)

En la gran mayoría de las naciones, únicamente se respalda el deseo de los pacientes que no aceptan la muerte asistida para ellas. De la misma manera, cuando se dispone lugares para debatir la muerte asistida, las personas adoptan una postura que indica el miedo a no optar por la eutanasia ya no sea respetado, de la misma forma hay médicos que no participarían de la eutanasia, por sus convicciones éticas, además existen otros que asistirían a un paciente a tener una muerte digna. Las diferentes posturas que toman las personas no deben ser puestas en discusión, puesto que todas tiene la misma validez; sin embargo, lo que no tiene justificación es imponer estos criterios a otras personas y mucho menos a través de métodos forzosos (Álvarez, 2013).

3.4.2. Bioética y Muerte Digna.

La ciencia de la bioética surge en 1970 con Potter y su libro “Bioethics, the Sciencia of Survival” en el cual se trata de extender la ética al ampliarse su campo a las obligaciones morales de los seres humanos para con la tierra, los animales y las plantas que lo rodean, en una palabra, al medio ambiente inmediato. Procura con esto crear un puente entre las ciencias y las humanidades y hace énfasis en dos aspectos: la ética implica siempre una acción acorde con estándares morales y que la “ética humana” y no puede separarse de una comprensión realista de la ecología, de tal manera que los valores éticos ya no se separen de los hechos biológicos (González y Viesca, 2008).

Se puede decir que la bioética, es una guía de acción con el fin de emplear el conocimiento científico en pro de mejorar la calidad de vida de los seres que pudieran ser afectados benéficamente por ella, empleando además criterios éticos.

La bioética por lo tanto busca poner a las ciencias médicas al servicio del hombre, empleando postulados éticos y científicos que constituyan al ser humano como fin, en pro de mejorar tanto la calidad de vida, las técnicas médicas y la atención en salud. O sea surge como una necesidad de hacer frente a una tecnología cada vez más invasora en la vida cotidiana de las personas y para generar causas y criterios al desarrollo y aplicación de la tecnología, de manera que se proteja y desarrolle la dignidad de las personas El derecho se vale de los consensos alcanzados en el debate bioético para construir nuevas normas jurídicas o para reformar las existentes (González y Viesca, 2008).

La vida moral de los seres humanos es compleja, más que la capacidad de raciocinio de nuestra especie, razón por la cual los estudios no pueden encasillarla dentro de una teoría única. La razón moral presenta múltiples caras, cada una de las cuales requiere un enfoque diferente que puede o no ser complementado por los otros. Con el surgimiento de la bioética se evidenció la necesidad de un análisis lingüístico, que permita elaborar argumentos para deliberar acerca de todas las implicaciones de moral humana (Simón Lorda et al., 2008).

El impacto de la bioética en la vida humana es tal, que la UNESCO en 2005 apruebó La Declaración Universal Sobre *Bioética y Derechos Humanos*, de cierto modo, se puede decir que surge como un complemento a la declaración de derechos humanos. Dentro de esta declaración encontramos en el artículo 3.1:

“Que en cualquier tipo de prácticas y decisiones vinculadas con la ciencia de la vida y la bioética se respetará plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Con la premisa de buscar mediante una valoración ética respetar la dignidad humana y los derechos fundamentales, la bioética puede justificar una muerte digna que se

materializa tanto como eutanasia o como cuidados paliativos, en el sentido que: concibe al ser humano como fin de la ciencia, y como recipiente de dignidad, quien debe materializar la misma haciendo uso de las libertades y derechos que el ordenamiento jurídico le brinda, procurando que tenga una vida en plenitud y que se beneficie por los progresos médicos, abarcando obviamente, la muerte.

Se debe considerar que si bien la esperanza de vida aumentó considerablemente en los últimos años gracias a los avances médicos y científicos que buscan mejorar la calidad de vida de las personas, la medicina tiene limitaciones. Existen casos en que la medicina no puede tratar enfermedades, ya sea por falta de investigación o por el avance del padecimiento sobre el enfermo que causó daños irreparables en el organismo. En estos casos lo único que se hace es modificar la forma y el tiempo de la muerte.

Desde el contexto de la bioética la vida es algo subjetivo y debe ser siempre digna y vivirse por cuenta propia, es merecedora de respeto y posee independencia durante cada instante, desde el inicio hasta su fin absoluto. Además, establece que las acciones sobre una vida competen a la toda la sociedad, pues cada uno de los miembros podría verse en situaciones que comprometan su integridad en algún punto de su vida. La bioética postula: la vida humana no tiene valor porque tiene calidad, sino que tiene calidad, porque es vida humana (Jouve, 2011).

Aplicar la ética a la ciencia médica en busca de respetar la dignidad del enfermo terminal implica emplear medidas sencillas con el menor riesgo, costo y molestias posibles; evitar el encarnizamiento terapéutico y permitir una muerte digna en pacientes que son tratados en hospitalización, cuartos aislados y aún en el domicilio (Gutiérrez-Samperio, 2001).

El acontecer histórico-social demuestra que la ciencia da poder; mientras que la tecnología, progreso y transformaciones. Sin embargo, ese paciente moribundo aquejado

de infinitos sufrimientos físicos y psicológicos, que espera alivio, consuelo y sobre todo respeto a la dignidad en los momentos finales de su vida, debe recibir lo que merece y necesita, por lo que se debe hacer todo el esfuerzo en términos de lograr el adecuado desempeño profesional y solidaridad humana por parte de aquéllos profesionales que deben brindarle la atención postrera (Luna, Valiente y Goderich, 2000).

Dignificar la muerte significa que se continúa considerando al individuo mortalmente enfermo o moribundo como una persona responsable, con sentimientos y percepciones, a la que se le debe respetar su intimidad y satisfacerle las necesidades de relación y afecto sincero de sus seres queridos, significa tratarle como un igual que no vea menoscabado sus derechos, no infravalorar su toma de decisiones por sus condiciones, sino respetar en todo momento la voluntad de otro ser humano.

3.5 Muerte digna: ¿Un derecho fundamental implícito?

El epíteto de “muerte por piedad”, indica que este concepto va más allá de lo que comprende la figura médico legal, involucrando el derecho a vivir de acuerdo con los parámetros de dignidad establecidos en la Constitución y pretendidos como aceptables. Entonces surge un conflicto personal, por un lado, las personas tienen la facultad para decidir acerca de terminar con su propia existencia, cuando las condiciones no son adecuadas por temas de violencia y enfermedad provocando sufrimiento y dolor que no pueden ser sosegados, por el otro lado los familiares por acción de los médicos, pretenden extender la vida del enfermo por cualquier método, puesto que la pérdida de un ser querido es irreparable (Muller, 2015).

El derecho a morir dignamente, puede concebirse como una extensión del derecho de una vida digna, a través del cual las personas ejercen la autonomía hasta el final de sus días. Este derecho proviene de un conjunto de normas que facultan a un sujeto, o representante

legal, a tomar decisiones voluntarias e informadas sobre el proceso de su fallecimiento, limitando el accionar de terceros (familia, profesionales y agentes estatales) en lo referente a su integridad y vida (FPDMD, 2014).

Es necesario señalar que los postulados que encontramos en la Constitución son principios, o lo que Alexy llamaría meta normas o mandatos de optimización, es decir, deben en la medida de lo posible cumplir el fin para el que fueron creadas (Castillo, 2007). Si estos postulados tienen como aspiración lograr la vida digna, se debe hacer uso de todos los postulados que permitan esta máxima.

En la Constitución de la República del Ecuador de 2008 postula, entre otras, que todos los principios que la integran igual jerarquía, además de estar encaminada a respetar la dignidad humana y buscar el buen vivir, en este sentido; en este sentido, para materializar estos postulados, es necesario que el juez realice una interpretación tanto del principio que se exige como de los que están coligados, como es el caso de la *Muerte Digna*.

En la Constitución de la República de Ecuador 2008, no se encuentra el derecho a morir, más bien, puede ser considerado un derecho innominado o implícito que se desprende de varios principios o derechos, entre los más importantes:

- *El derecho a la salud*, artículo 32: menciona que el Estado garantiza el cumplimiento de acciones que promuevan y sustenten el buen vivir de las personas, esto refiere que el Estado aprueba acciones que mitiguen o suprima el sufrimiento de los ciudadanos.
- *El derecho a una vida digna* artículo 66.2: postula que el Estado reconoce y garantiza una vida digna; de acuerdo con algunas corrientes, muerte es la parte de final de la vida.

- El *derecho a la integridad personal* artículo 66.3 literal c: sostiene que el Estado condena de manera categórica los actos que causen dolor a los ciudadanos, los cuales serán condenados como tortura.
- El *derecho al libre desarrollo de la personalidad* artículo 66. 5: Expone que el Estado garantizará las condiciones para que los ciudadanos ejerzan su libre voluntad con la única limitación de no transgredir los derechos de los demás, la autonomía de la voluntad y las decisiones que se tomen en base a dicha autonomía deberían ser de índole personal y en consecuencia ni el Estado o la sociedad deberían tener poder de decisiones sobre las mismas (Asamblea Constituyente, 2008).

Para encontrar el derecho implícito es necesario referenciar los principios de aplicación de los derechos que estipulados en el artículo 11 de la Constitución, como son:

- El principio de *plena justiciabilidad*, artículo 11.3: esta sección de la Carta Magna expone que los derechos tienen plenitud de justicia, razón por la cual no es posible alegar ausencia de norma jurídica para argumentar la violación o desconocimiento de estos.
- El principio de *no restricción*, artículo 11. 4: postula que no existe norma jurídica que restrinja el contenido de los derechos, es decir, que estos se desarrollen y puedan albergar la mayor cantidad de premisas.
- El principio de *aplicación más favorable*, artículo 11.5, propone que, en materia de derecho, es posible emplear la interpretación que favorezca el cumplimiento de estos, remitiéndose incluso a normas que están fuera de la propia Constitución como pueden ser los convenios o tratados internacionales.

- El principio *de no exclusión de derechos derivados de la dignidad humana*, artículo 11.7: señala que los principios y derechos expuestos en la Constitución, no pueden desmerecer los derechos humanos o aquellos que deriven de la dignidad de las personas, es decir aquellos derechos implícitos que no se encuentran contenidos en la norma jurídica.

Como se mencionó anteriormente, el derecho a una muerte digna, refiere a un derecho implícito, razón por la cual es necesario una gran carga argumentativa que valide su reconocimiento; ello implica la creación de una construcción jurídica. A breve modo se postulará dicha construcción basado en todos los argumentos ya anotados para demostrar que la ***Muerte Digna es un Derecho Fundamental en la Constitución ecuatoriana***.

Se debe tomar en cuenta que el fin del Estado ecuatoriano es crear un ambiente que promueva, garantice y mantenga el Buen Vivir, en otras palabras, un contexto en donde se respeten los derechos y garantías individuales de todos los ciudadanos guiados por la *dignidad*, postulado que no tiene un significado único, más bien, cada persona tiene diferentes ideas de lo que debe ser, empero, existe una idea general de lo que representa; se la asocia con valores esenciales como: independencia, libertad, calidad de vida, respeto a sí mismo y a los demás. Cuando dichas condiciones a las que aspira el derecho no se dan ¿Se puede hablar de dignidad?

Frecuentemente diversas situaciones disminuyen la propia percepción de la dignidad humana, como es el caso del padecimiento de enfermedades catastróficas graves o incurables, que no pueden ser aliviadas con fármacos. Cuando alguna de estas circunstancias ocurre, la calidad de vida disminuye y con ella la dignidad personal; particularmente en el caso de enfermedades identificadas por la medicina como incurables y que generan en quién las padece, sufrimiento físico; que se puede manifestar

con dolencias o padecimientos; también pueden reflejarse molestias de tipo mental, que se manifiestan como estrés, angustia o depresión

Cuando la medicina encuentra una situación incurable, cuando el paciente siente abolida toda posibilidad de recuperarse y solo se encuentra en una situación que le genera malestar y detrimento en su calidad de vida y en su dignidad ¿No sería acaso pertinente que el derecho accione los medios necesarios para que esta persona recupere su estatus perdido?

Cabe señalar que la Organización Mundial de la Salud, define a la salud como es un estado de completo bienestar físico, mental y social, no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El artículo 32, de la Constitución referente a la salud, vincula a esta con varios derechos, todos necesarios para sustentar el buen vivir. Si se concibe a la muerte como un ciclo natural de la vida, se puede decir que aquellas normas que garanticen las condiciones necesarias para conseguir una muerte dignidad son derechos que también están ligados a este artículo constitucional, la salud.

Cuando el Estado niega la posibilidad de accionar el derecho a una muerte digna se vulneran además los derechos:

a) a una vida digna; ya que la misma no es respetada y protegida en su integridad, es decir, tomando en cuenta también, esta última etapa.

b) el derecho a la integridad personal; cuando dicha enfermedad causa dolores psíquicos y físicos que, en ciertos casos, como en el de los enfermos terminales, no puede ser tratado con medicamentos, además obligar al recurrente a padecer dichos dolores, implica tratarlo de manera cruel, inhumana y degradantes, y

c) se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad; cuando la convicción de la persona que acude al servicio de salud es de que su vida termine en la forma en la que él considera más digna, acorde a sus principios o convicciones y el sistema de salud no facilita dicha autodeterminación.

El derecho implícito pretendido, se puede reflejar de dos maneras, la primera es; garantizando un cuidado íntegro y digno de las personas durante la última etapa de la vida mediante la prestación por parte del Estado de servicios de cuidados paliativos integrales y gratuitos a los pacientes de enfermedades terminales, y la segunda; en que el régimen reconozca y determine las circunstancias bajo las cuales se puede llevar a cabo el derecho a una muerte digna.

Este derecho es plenamente aplicable con base a los principios de plena justicia, pues está directamente relacionado con la dignidad humana como forma de materialización de esta dignidad. La sociedad necesita al menos tener la posibilidad de optar por alternativas más humanas que eviten el sufrimiento y permitan la plena felicidad de una persona bajo un padecimiento.

El propio Código de Ética Médica en su artículo 92, señala: “En aquellos casos en que los indicadores clínicos e instrumentos revelen situaciones insalvables o incompatibles con la dignidad de la persona humana, queda a criterio del médico y de los familiares suspender los procedimientos extraordinarios. En caso de controversia se recurrirá al criterio de una junta médica constituida por tres especialistas afines al caso” (Ministerio de Salud Pública, 1992).

Lo anterior denota una base bajo la cual se reconoce que existen casos en los que todo esfuerzo por mantener con vida a un paciente se vuelve infructuoso, y reafirma la idea de que se puede suspender los tratamientos médicos. Sin embargo, denota además que no

existe la misma libertad en cuanto toma de decisión, ya que limita esta acción solo a los médicos, vulnerando el principio de igualdad y de autonomía de la voluntad.

El derecho a una muerte digna se puede desarrollar en base a los principios de una vida digna, de salud, de autonomía de voluntad, e incluso se puede desarrollar a partir de la propia limitación terapéutica antes señalada, pudiéndose asimilarse y desarrollarse de tal manera que se permitan acciones que de manera activa terminen con el sufrimiento de una persona, o que de manera pasiva no traten de prolongar el sufrimiento.

Una mirada restrictiva a la premisa de una muerte digna solo acuñaría la restricción de un derecho fundamental, como es la vida en toda su extensión, sin mencionar los principios adyacentes como el de progresividad y no restricción, a su vez que se sigue permitiendo conductas que de manera pasiva procuran el sufrimiento en una persona.

Desconocer la dignidad de paciente que solicita los medios para terminar con su angustia, significa, además, desconocerlo como igual, implica restringir un derecho por convicciones morales que no atienden a las limitaciones de la ciencia médica y tampoco atienden a la realidad social y a la nueva cultura jurídica, con ello no se perfecciona la dinámica de un Estado transformador de derechos y justicia.

La idea de este derecho fundamental implícito no es ajena al ordenamiento jurídico latinoamericano, el caso más próximo es el colombiano, país que comparte una cultura jurídica constitucional similar a la nuestra. La primera sentencia en esta materia nace precisamente en ese país en 1997, en *la Sentencia C-239/97 la cual surgió como un análisis al homicidio por piedad y postuló el derecho fundamental a una muerte digna.*

Las reflexiones más importantes de la corte en esta sentencia fueron:

1.- la persona como un sujeto moral, es capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está abocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral.

2.- El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. El deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas.

El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta, sino a la anulación de la dignidad y de su autonomía

como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.

Dentro de esta labor constructiva la corte estableció una regulación bajo la cual se puede dar una muerte digna.

- 1.- Verificación rigurosa, por personas competentes, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir;
2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso;
3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.;
4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico, y
5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.

El reconocimiento del *Derecho Fundamental a una Muerte Digna* en el vecino país, demuestra que este derecho cuenta con los suficientes argumentos que los sustentan como construcción jurídica y como un derecho fundamental aplicable; se construyó como un derecho implícito dentro del ordenamiento jurídico tanto por interpretación de los principios latentes, cuanto, porque está vinculada con la dignidad humana.

El reconocimiento de la muerte digna refleja la premisa de que el ser humano es depositario de todos los derechos, además de ser un sujeto dotado con la inteligencia, capacidad y convicción para decidir sobre sí mismo, independientemente del papel paternalista del Estado, refleja además, la progresión en el sistema de derechos y la integración de nuevos que se deriven de la dignidad humana, ya que tienen esta esencia “fundamental”. Por todo lo antes señalado, se puede decir que el Derecho Fundamental a una muerte Digna es un derecho implícito dentro del estado ecuatoriano y puede lograr su reconocimiento e integración al catálogo a partir de la *cláusula abierta*.

Conclusiones:

- El conjunto de derechos que integran la Constitución, no es taxativo, sino a ella se pueden incorporar nuevos derechos que atiendan a las nuevas realidades sociales, de tal manera que, el catálogo de derechos siempre está en continua evolución, dando pie a que los derechos no se conviertan en elementos estáticos, sino objetos de cambio social. Bajo tal contexto, es necesario determinar las características que deben reunir los nuevos derechos para ser considerados fundamentales, es decir, que se puedan convertir en aquellos elementos dignos de protección jurídica; tanto en su ejercicio como ante su vulneración.
- Para que un derecho fundamental puede ser ejercitado bajo la teoría de los derechos implícitos, se requiere de un proceso de análisis, interpretación y argumentación referida a la dignidad humana.
- La muerte digna se concibe como un derecho implícito vinculado con la dignidad, pues busca que se respete al ser humano y se lo considere como alguien racional, consiente y autosuficiente para saber lo que es mejor para él. Implica en suma, respetar sus convicciones.
- La acción de protección se convierte en un elemento ideal para amparar derechos implícitos no reconocidos textualmente, como es el caso de la muerte digna, y una vez reconocido, es labor del Estado crear las condiciones necesarias para la materialización del derecho, de tal manera, que debe tomar medidas que regulen su aplicación, ejemplo de esto, son las pautas que fijan legislaciones como las europeas o la más cercana a la ecuatoriana como es la colombiana.
- La muerte y el morir ha pasado de ser un evento natural, aceptado desde el punto de vista social, familiar y religioso, que generalmente ocurría en el seno de la familia, con la solidaridad de sus integrantes y con el enfermo rodeado sus seres queridos, a un evento tecnificado que cada vez con más frecuencia ocurre en los hospitales; la muerte se ha medicalizado,” (Gutiérrez-Samperio, 2001). Razón por la cual es necesaria crear normativa que permita dignificar la muerte.

Trabajos consultados:

- Achával, Alfredo. 2003. *Psiquiatría medicolegal y forense* /. Vol. 2. Buenos Aires: Editorial Astrea.
<http://www.marcialpons.es/libros/psiquiatria-medicolegal-y-forense/9789505086184/>.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo. 2016. “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”. *Boletín mexicano de derecho comparado* 49 (146): 13–59.
- Aguirre, Sebastián Antonio Contreras. 2012. “Ferrajoli y los derechos fundamentales”. *Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos)* 16 (16): 121–45.
- Alarcón, Doris. s. f. “La eutanasia: Aspectos Doctrinarios Aspectos Legales”. Centro de estudios Biojurídicos. Accedido 12 de diciembre de 2019.
<https://www.yumpu.com/es/document/read/14691936/la-eutanasia-aspectos-doctrinarios-aspectos-legales-inicio>.
- Alcalá, Humberto Nogueira. 2010. “Dignidad de La Persona, Derechos Fundamentales y Bloque Constitucional de Derechos: Una Aproximación Desde Chile y América Latina.” *Revista de Derecho*, n° 5: 79–142. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i5.817>.
- Aldunate, Eduardo. 2008. *Derechos fundamentales*. LegalPublishing.
- Alexy, Robert, y Carlos Bernal Pulido. 2007. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alonso Vidal, Horacio José. 2012. “Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 35.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.07>.
- Álvarez, Asunción. 2013. “El derecho a decidir: eutanasia y suicidio asistido”. *Cirujano General*, 2013.
- Aquino, Thiago Antonio Avellar de, Valdiney Veloso Gouveia, Eliseudo Salvino Gomes, y Lorena Bandeira da Silva. 2017. “La percepción de sentido de la vida en el ciclo vital: una perspectiva temporal”. *Avances en Psicología Latinoamericana* 35 (2): 375.
<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.3728>.
- Arango, Rodolfo. 2001. “Los Derechos Sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, 23.
- Aravena, Hugo. 2010. “Las limitaciones a los Derechos Fundamentales”. *Estudios constitucionales* 8 (2): 167–200. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007>.
- Ardila, Rubén. 2003. “Calidad de vida: una definición integradora”. *Revista Latinoamericana de Psicología* 35 (2): 161–64.
- Arellano, Flor Hernández. 2006. “El significado de la muerte”. *Revista Digital Universitaria*, 7.

- Arnaiz, Alejandro Sáiz. 1999. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=186989>.
- Ávila, Magdalena Hernández, y José L. Valdez Medina. 2002. “Significado psicológico de vida y muerte en jóvenes”. *CIENCIA ergo-sum, Revista Científica Multidisciplinaria de Prospectiva* 9 (2). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10402405>.
- Ávila, Ramiro. 2008. *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. 1ª ed. Quito, Ecuador. [http://biblioteca.udla.edu.ec/client/es_EC/default/search/detailnonmodal/ent:\\$002f\\$002fSD_ILS\\$002f0\\$002fSD_ILS:3678/ada?qu=COSNTIRUCI%C3%93N+DEL+ECUADOR&ic=true&te=ILS&ps=300](http://biblioteca.udla.edu.ec/client/es_EC/default/search/detailnonmodal/ent:$002f$002fSD_ILS$002f0$002fSD_ILS:3678/ada?qu=COSNTIRUCI%C3%93N+DEL+ECUADOR&ic=true&te=ILS&ps=300).
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2011. “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional”. *Revista IUS 5* (27): 95–125.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2012. “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”, septiembre. <http://hdl.handle.net/10644/3015>.
- Bastos, Carolina León, y Víctor Alejandro Wong Meraz. 2015. “Cláusulas de apertura al derecho Internacional de los Derechos Humanos: Constituciones Iberoamericanas”. *Nueva época* 18: 33.
- Batista, Jennifer. 2018. “Derechos Humanos y Derechos Fundamentales. Algunos Comentarios Doctrinales”. *Iuslabor*, n° 2: 5.
- Bidart, Germán. 2002. “Los derechos “no enumerados” en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional | Derecho & Sociedad”. *Derecho & Sociedad* 18: 256–61.
- Bulygin, Eugenio. 2003. “Los jueces ¿crean derecho?” *Poder Judicial y Democracia*. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-0/>.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. 1999. “Diccionario Jurídico Elemental”. 1999. <https://issuu.com/ultimosensalir/docs/diccionario-juridico-elemental---guillermo-cabanel>.
- Cama, Carolina Canales. 2010. “La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano”. *Biblioteca jurídica del Instituto de la UNAM*, Instituto de la Judicatura Federal, 1: 89–112.
- Camacho, Carlos Ramón Salcedo. 2016. “Posmodernismo, derechos fundamentales implícitos y la solución constitucional dominicana”. *Anuario de Derechos Humanos* XXII: 521–45.
- Camargo, Pedro Pablo. 1960. *La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en América: los derechos humanos y el derecho internacional*. Editorial Excelsior.
- Candia-Falcón, Gonzalo. 2014. “Analizando la tesis de los Derechos Implícitos: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad rol n° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014”. *Revista de derecho (Coquimbo)* 21 (1): 497–521. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532014000100017>.

- Cando-Somoano, María José. 2012. “La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.” *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 16: 650–56.
- Carbonell, Miguel. 2015. “Los Derechos Fundamentales y su Interpretación”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 35–54.
- Carpizo, Jorge. 2011. “Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características.” *Cuestiones Constitucionales*, Biblioteca Jurídica Virtual, , nº 25 (julio): 27.
- Carrillo, Doménico. 2016. “La alegación de los derechos implícitos en el sistema constitucional ecuatoriano y, en concreto, el reconocimiento del derecho al olvido a través de las garantías jurisdiccionales”. *Ensayo académico previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador*, 31.
- Castillo, Arturo Zárate. 2007. “Teoría de los derechos fundamentales”. 2007 1 (17). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2007.17.5822>.
- Castillo-Córdova, Luis. 2008. “Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos”. *Gaceta Constitucional* 5: 31–48.
- Chávez-Fernández, José, y Trilce Valdivia-Aguilar. 2016. “Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso Atala”. *ResearchGate* 25 (1): 53–74. <https://doi.org/10.5294/dika.2016.25.1.3>.
- Chiriboga, Galo A. 1995. *Derechos Fundamentales de la Constitución Ecuatoriana*. Flecoc. Quito, Ecuador: Asociación Americana de Juristas.
- Contreras, Pablo. 2011. “¿Derechos Implícitos? Notas sobre la Identificación de Normas de Derecho Fundamental | Pablo Contreras - Academia.edu”. <https://www.academia.edu>. 2011. https://www.academia.edu/1450651/Derechos_Impl%C3%ADcitos_Notas_sobre_la_Identificaci%C3%B3n_de_Normas_de_Derecho_Fundamental.
- Corchete, María José. 2007. “Los nuevos derechos”. *Teoría y Realidad Constitucional* 0 (20): 535–56. <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.7057>.
- Courtis, Christian, y Ramiro Ávila. 2009. “La protección judicial de los derechos Sociales”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos : Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/56084.pdf>.
- Cueva, Luis Carrión. 2006. *El debido proceso: teoría, práctica y jurisprudencia*. Artes Graficas Señal.
- Díaz, L. (2002). Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos
- Dibarbora, Elisa. 2008. “Definición y criterios médicos de muerte. Una mirada bioética”. *Revista Electrónica de Portales Médicos*. 23 de enero de 2008. <http://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articulos/901/1/Definicion-y-criterios-medicos-de-muerte-Una-mirada-bioetica.html>.
- Diócesis Española. 1993. “Conferencia Episcopal Española”. Zaragoza: Diócesis española. <https://www.conferenciaepiscopal.es/ano-1993/>.

- Dulcey-Ruiz, Elisa, y Cecilia Uribe-Valdivieso. 2002. "Psicología del ciclo vital: Hacia una visión comprehensiva de la vida humana." *Revista Latinoamericana de Psicología* 34 (2): 17–27.
- Durán, María Ángeles. 2004. "La calidad de muerte como componente de la calidad de vida". *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 106: 9–32.
- Eser, Albin. 2001. "La evolución del Derecho Penal alemán en las últimas décadas del siglo XX". Universidad Salamanca. <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/23albin-eser.pdf>.
- Espiell, Héctor Gros. 2000. "Los Derechos Humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 0 (4): 145–72.
- Farfán, Francisco. 1996. *Eutanasia, derechos humanos y ley penal: un estudio sobre el derecho a disponer de la vida propia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Farrell, Martín. 1993. *La ética del aborto y la eutanasia*. Fundación UADE. Vol. 1. Buenos aires. https://biblio.uade.edu.ar/client/es_ES/biblioteca/search/detailnonmodal?qu=ETICA&d=ent%3A%2F%2FSD_ILS%2F0%2FSD_ILS%3A254163%7EILS%7E0%7E731&ps=300.
- Fernández, Albert Noguera. 2009. "El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008". *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, nº 83: 117–48.
- Ferrajoli, Luigi, Luca Baccelli, Antonio Cabo de la Vega, y Gerardo Pisarello. 2001. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Colección estructuras y procesos. Serie derecho. <http://biblio.upmx.mx/library/index.php?title=82292&lang=&query=@title=Special:GSMSearchPage@process=@autor=FERRAJOLI,%20LUIGI%20@mode=&recnum=12&mode=>.
- Figueredo Villa, Katuska. 2008. "Cuidados Paliativos: una opción vital para pacientes con cáncer de mama". *Revista Habanera de Ciencias Médicas* 7 (4): 0–0.
- Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente - D.M.D. 2014. "Muerte digna". 2014. <https://www.dmd.org.co/muerte-digna/>.
- Fuster, Jaime B. 2008. *Derechos fundamentales y deberes cívicos de las personas*. s.l.
- Gálvez, Iñigo Álvarez. 2014. "Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles". *Revista de Humanidades de Valparaíso*, nº 4 (2do semestre): 63–80.
- García, Antonio M. 2012. "Problemas constitucionales de la dignidad de la persona". *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 66–67: 449–514.
- Giraldo, Vicente Jaime Ramírez. 2007. "Argumentos dogmáticos y aplicación del Derecho". *El derecho como argumentación*, 22.
- González, Joaquín V. 1980. "Manual de la Constitución Argentina". Escuela Superior de Comercio Carlos Pellegrini. <http://catalogosuba.sisbi.uba.ar/vufind/Record/201603170442214392>.
- González, Pedro. 2012. "Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle". *Cuestiones constitucionales*, nº 27 (diciembre): 165–92.

- González Valenzuela, Juliana, y Carlos Viesca Treveño, eds. 2008. *Perspectivas de bioética*. 1a ed. Biblioteca de ética y Bioética Sección de obras de Filosofía. México: Fondo de Cultura Económica Universidad Autónoma de México. Facu. de Filosofía y Letras Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Guastini, Riccardo. 2009. “Derechos implícitos.pdf”. <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2009/Guastini%20derechos%20implicitos.pdf>.
- Guastini, Riccardo. 2015. “Interpretación y Construcción Jurídica”. *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho*, n° 43 (octubre): 11–48. <https://doi.org/10.5347/43.2015.71>.
- Gutiérrez-Samperio, César. 2001. “La bioética ante la muerte”. *Gaceta Médica de México* 137 (3): 296–276.
- Guzmán, Marco Antonio Guzmán. 1963. *No intervención y protección internacional de los derechos humanos*. 1ª ed. Vol. 1. Quito: Editorial Universitaria. <https://books.google.com.ec/books?id=kAARAQAIAAJ&q=La+Intervenci%C3%B3n+y+Protecci%C3%B3n+Internacional+de+los+Derechos+Humanos&dq=La+Intervenci%C3%B3n+y+Protecci%C3%B3n+Internacional+de+los+Derechos+Humanos&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiyqJOG3LDmAhUurlkKHVZsAcYQ6AEIMDAB>.
- Habermas, Jürgen. 2010. “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. *Diánoia* 55 (64): 3–25.
- Hefendehl, Roland, Andrew Von Hirsch, y Wolfgang Wohlers. 2016. *La teoría del bien jurídico / varios autores*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales. <http://www.marcialpons.es/libros/la-teoria-del-bien-juridico/9788491230694/>.
- Hidalgo, López, y Pablo Sebastián. 2017. “Legitimidad democrática e interpretación de la Constitución: proyección a la tarea interpretativa de la Corte Constitucional del Ecuador”. *Universidad Andina Simón Bolívar*, Doctorado en Derecho, . <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5502>.
- Higuera, Diego. 2017. “Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución”. *Opinión Jurídica* 16 (32): 97–126. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a4>.
- Iglesias, Alberto. s. f. “La evolución de los Derechos Fundamentales a partir del siglo XIX”. En *Instituto de los derechos fundamentales*, 5–15. Accedido 12 de diciembre de 2019. <http://ocw.uc3m.es/filosofia-del-derecho/teoria-e-historia-de-los-derechos-humanos/material-de-clase-1/leccion-5-la-evolucion-de-los-derechos-fundamentales-a-partir-del-siglo-xix>.
- Jouve, Du, Nicolás. 2011. “Dignidad de la vida y de la muerte”. 2011. <https://www.bioeticaweb.com/dignidad-de-la-vida-y-de-la-muerte/>.
- Kierszenbaum, Mariano. 2009. “El bien Jurídico en el Derecho Penal, algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual.”, 25.
- Klatt, Matthias. 2012. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. OUP Oxford.

- Landa, César. 2002. "Dignidad de la persona humana". *Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 7 (diciembre): 109–38.
- Laporta, Francisco J. 2002. "La creación judicial y el concepto de derecho implícito". <https://repositorio.uam.es/handle/10486/3092>.
- Lizana, E.A. 2008. *Derechos fundamentales*. LegalPublishing. <https://books.google.com.ec/books?id=gRkHSQAACAAJ>.
- Llauradó Sanz, Gemma. 2014. "Cuidados paliativos, la perspectiva de la muerte como parte del proceso de vida". *Ene* 8 (1): 0–0. <https://doi.org/10.4321/S1988-348X2014000100006>.
- López, Luis. 2013. "El sistema europeo de Protección de Derechos Humanos". En *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, Comisión europea, 165–86.
- Luna Vázquez, Laidés, Mariela Valiente Duany, y José Miguel Goderich Lalán. 2000. "Bioética frente al paciente moribundo". *Revista Cubana de Enfermería* 16 (2): 117–21.
- Luño, Antonio Enrique Pérez. 2010. "La filosofía del derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 44: 547–70.
- Madurga, Lourdes Fraguas. 2015. "El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos". *Anales: Anuario del centro de la UNED de Calatayud*, nº 21: 117–36.
- Malta, Joseph, Rutilia Calderón, y Héctor Murcia. 2013. "La cuarta generación de derechos humanos". *Economía y Administración (E&A)* 4 (1): 1–28. <https://doi.org/10.5377/eya.v4i1.4328>.
- Mariño, Margarita Bravo. 2006. "¿Qué es la tanatología?" *Revista Digital Universitaria*, 10.
- Marshall, Pablo. 2018. "Capítulo III: Clasificación de los derechos fundamentales". En .
- Martínez, José. 2009. "El bien jurídico protegido". *vLex*, 2009.
- McCrudden, Christopher. 2008. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights". SSRN Scholarly Paper ID 1162024. Rochester, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=1162024>.
- Medellin, Ximena, Zamir Fajardo, Sandra Serrano, Rossana Ramírez, y Burgos Mylai. 2011. *Fundamentos teóricos de los Derechos Humanos*. 1ª ed. Vol. 4. Florida: Comisión Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Menéndez, Ignacio Villaverde, Paloma Requejo Rodríguez, Benito Aláez Corral, Ignacio Fernández Sarasola, Francisco José Bastida Freijedo, y Miguel Ángel Presno Linera. 2004. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=12853>.
- Ministerio de salud pública. 2015. "Protocolo de muerte encefálica versión digital". Quito, Ecuador: Ministerio de Salud Pública.
- Morales, Diego Medina. 2013. "Muerte digna- Vida digna, una reflexión, un debate". *Cuadernos de Bioética*, XXIV (3): 399–416.

- Müller, Oscar. 2015. "El derecho a una muerte digna - Chicago Tribune". Chicago tribune. 2015. <https://www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-8454588-el-derecho-a-una-muerte-digna-story.html>.
- Muro, M. 2007. "Derechos Fundamentales. Jalisco". Jalisco: Comisión estatal de Derechos Humanos Jalisco. <http://cedhj.org.mx/revista%20Derechos%20F%20Debate.asp>.
- Nash, Claudio. 2006. "Los Derechos Fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI *". *Instituto de Investigaciones Jurídicas* 1: 29.
- Nicoletti, Javier Augusto. 2008. "Derecho Humano a la Salud: fundamento y construcción Human right to health: foundation and construction". *Revista de Ciencias Sociales*, 2008.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales". *Ius et Praxis* 11 (2): 15–64. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>.
- Papachini, Angelo. 2001. *Derecho a la vida*. Primera reimpresión. Cali: Universidad del Valle.
- Pérez, Pablo. 2002. *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, Pablo. 2003. "La Justicia Constitucional en la Actualidad. Especial referencia a América Latina". Foro Constitucional Iberoamericano, junio de 2003.
- Przygoda, Pablo. 1999. "La Eutanasia y el suicidio asistido en la Argentina y en otros países". *Medicina*, 1999.
- Rendón, Raymundo Gil. 2017. "El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales". *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investaigaciones Jurídicas* 12: 43–61.
- Ripolles, José Luis DIEZ. 2004. "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", 10.
- Rivera, Eduardo. 2003. "Eutanasia y Autonomía". *Humanitas* 1 (1): 573–307.
- Ruiz, José. 2003. "Las características de los derechos esenciales o derechos humanos". En *Los derechos humanos*, 69–77. Universidad Nacional Autónoma de México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM.
- Sagüés, Néstor Pedro. 2010. "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales". *Diálogo político* 27 (4): 13–32.
- Samperio, César Gutiérrez. 2012. "Muerte digna: ¿a quién compete decidirlo?" *Cirujano General*, 7.
- Sánchez, Angel Luis. 2014. "Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales". *Eikasia: revista de filosofía*, nº 55: 227–38.
- Sanz, Francisco. 2017. "Grado de equivalencia entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII*: 135–63.
- Sarlet, Ingo W., y David Almagro Castro. 2013. "Los Derechos Políticos en España y Brasil, una aproximación en perspectiva comparada." *Estudios constitucionales* 11 (1): 381–424. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000100010>.

- Simón Lorda, Pablo, Inés María Barrio Cantalejo, Francisco J. Alarcos Martínez, Javier Barbero Gutiérrez, Azucena Couceiro, y Pablo Hernando Robles. 2008. “Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras”. *Revista de Calidad Asistencial* 23 (6): 271–85. [https://doi.org/10.1016/S1134-282X\(08\)75035-8](https://doi.org/10.1016/S1134-282X(08)75035-8).
- Soberón, Guillermo, y Dafna Feinholz. 2008. *Muerte digna una oportunidad real*. México, D.F.: Secretaría de Salud, Comisión Nacional de Bioética.
- Sosa, Alejandro Córdoba, y Mirta Luisa Jurio. 2014. “Institucionalidad en el Mercosur: actualidad y trascendencia de la ‘Cláusula democrática’”. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, n° 47. <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4215>.
- Starck, CHRISTIAN. 2005. “Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 9: 489–97.
- Storini, Claudia. 2009. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”. Corporación Editorial Nacional. <https://vlex.ec/vid/as-constitucionales-fundamentales-ecuatoriana-515871882>.
- Storini, Claudia, y Marco Navas. 2013. *La acción de protección Ecuador 2013*. Vol. 1. III. Quito, Ecuador: Nuevo Derecho Ecuatoriano.
- Taboada R, Paulina. 2000. “El derecho a morir con dignidad”. *Acta bioethica* 6 (1): 89–101. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2000000100007>.
- Terán, Blanca. 2013. “Los derechos humanos de segunda generación son derechos fundamentales y deben constitucionalizarse”. Text. Sin Permiso. 27 de octubre de 2013. <http://www.sinpermiso.info/textos/los-derechos-humanos-de-segunda-generacin-son-derechos-fundamentales-y-deben-constitucionalizarse>.
- Terreros, Dr Felipe Villavicencio. 2015. “Protección del Derecho a la Vida”, 10. Universidad Nacional de Educación a Distancia España. (2006). Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud: Conferencias y artículos de profesores.
- Uribe-Vargas, Diego. 2001. *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*. 1ª ed. Vol. 1. España: Edic. Cultura Hispánica.
- Vaca Andrade, Ricardo. 2009. *Eutanasia: aspectos éticos-médicos y jurídicos: la bioética y los conflictos en los confines de la vida*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador: Universidad Central del Ecuador: Universidad de Konstanz de Alemania.
- Valdés, Orlando Rivero. 2003. *Temas de derechos reales*. Editorial Félix Varela.
- Valero-Heredia, Ana. 2014. “Repercusiones jurídicas de la conciliación entre la libertad religiosa y las hemotransfusiones cuando la vida de un menor está en juego: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 de 18 de julio, en el caso de los testigos de Jehová”. *Dialnet*, 273–307.

- Van Hoecke, Mark. 2014. “Doctrina jurídica: ¿Qué método (s) para qué tipo de disciplina?” *Ciencia Jurídica* 3 (6): 127. <https://doi.org/10.15174/cj.v3i2.115>.
- Vargas, Szczaranski, y Federico León. 2012. “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”. *Política criminal* 7 (14): 378–453. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992012000200005>.
- Villacrés, Javier Fernando Villacrés. 2014. “La aplicación directa de la Constitución frente al precarizado en el Ecuador: prohibición de fallar contra norma expresa.” UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4158/1/T1484-Villacres-La%20aplicacion.pdf>.
- Villalba-Paredes, Vladimir. 2007. “La Teoría de los Poderes Implícitos. Existencia Simultánea a la Carta Fundacional”. *Iuris Dictio* 7 (11): 126. <https://doi.org/10.18272/iu.v7i11.680>.
- Villaverde, Ignacio. 2019. “Concepto, Contenido, Objeto y Límites de Los Derechos Fundamentales”. Universidad de Oviedo. https://www.academia.edu/20022080/CONCEPTO_CONTENIDO_OBJETO_Y_L%C3%8DMITES_DE_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALES.
- Widow, María Magdalena Ossandón. 2013. “El derecho a rechazar tratamientos médicos ¿un reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida?” *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n° 2: 153–204.

Fuente Normativa consultada:

- Carta de las Naciones Unidas.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Constitución Política de Colombia.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-239 de 1997.
- Corte Constitucional. 2009. *Sentencia 001-09-SIS*.
- Código de Ética Médica de Ecuador.
- Código Civil* de Ecuador.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Manual de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.