



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

*"Los derechos fundamentales y los principios para su aplicación en la  
Constitución de la República del Ecuador"*

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los  
Tribunales de la República del Ecuador

Autor: Mauricio José Vintimilla Rodríguez

Director: Dr. Patricio Cordero Ordóñez

Cuenca, Ecuador

2009

## DEDICATORIA

Esta monografía se la dedico a mi padre Jacinto Vintimilla Ortiz por mostrarme siempre el camino de la ética, la honestidad y la transparencia; a mi madre Marcia Rodríguez Palacios, por su mano dulce y firme, su paciencia, tolerancia y cariño.

Y a todas aquellas personas que anhelan y sueñan con lo imposible, que viven y piensan.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a todos quienes hicieron este trabajo, en mis trazos sus enseñanzas; a mis incondicionales amigos, en especial a Gabriela Reyes Cordero mi hermana de alma y espíritu; a Sebastián de los Reyes Piedra y Juan Francisco Delgado compañeros de pasiones y luchas, del sentido y sendero del Derecho.

A mis hermanos Jacinto y Andrea, y mis sobrinos José Enrique, María Gracia y Agustín por compartir mi vida, anhelos y creer en mí.

Al doctor Patricio Cordero Ordóñez, director de esta monografía, maestro y crítico incansable de la razón jurídica.

A todos quienes forman parte del Estudio Jurídico Cordero & Asociados por abrirme sus puertas y enseñarme día a día la nobleza de la profesión y apostar su fe en mí.

En especial a Fernanda Cordero Ríos, equilibrio, risa incansable de mi espíritu y cómplice de mi corazón.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	iv
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I. NOCIONES BÁSICAS	5
1.1. Concepción general sobre los derechos fundamentales.	5
1.1.1 El Estado Constitucional de derecho y justicia.	9
CAPÍTULO II. PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL MODERNO; CONSTITUCIONALISMO DEL FUTURO	20
2.1. Generalidades sobre los principios jurídicos en el sistema iusconstitucional o iusfundamental.	21
2.2. El principio de la dignidad de la persona.	28
2.3. La aplicación de los derechos en orden a los principios; un sistema jurídico de principios.	30
CAPÍTULO III: PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS	35
3.1 La titularidad y exigibilidad individual o colectiva de los derechos.	37
3.2 El principio de igualdad y la prohibición de discriminación.	39
3.3. Principio de directa e inmediata aplicación.	41
3.4. Principio de Plena Justiciabilidad.	43
3.5. Principio de prohibición de restricción normativa	44
3.6. Principio de máxima efectividad o aplicación más favorable.	45
3.7 Los caracteres esenciales de los derechos; inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia y la igual jerarquía.	46
3.8. Las fuentes de los derechos.	49
3.9 Principio de progresividad y no regresividad.	51
3.10. Principio de Responsabilidad del Estado; el deber de respetar y garantizar.	52
CONCLUSIÓN	57
BIBLIOGRAFÍA	61



## RESUMEN

El advenimiento de un paradigma estatal *iusconstitucional* mediante la fundación y vigencia de un ordenamiento jurídico metanormativo, cautiva a la razón jurídica, buscando en el presente trabajo (1) brindar las nociones conceptuales necesarias sobre derechos fundamentales y el papel axiomático que estos juegan en un Estado constitucional de derechos y justicia; (2) reivindicar la noción del determinismo y dignidad de las personas; (3) comprender la naturaleza misma de los principios que vuelven efectivos y aplicables los derechos fundamentales dentro del nuevo marco constitucional; (4) demostrar la fórmula y existencia práctica que toman los derechos en orden a su aplicación en base a los principios como ejes básicos para su ejercicio; y, (5) orientar a jueces y profesionales del derecho a comprender y efectivizar la aplicación de los derechos en orden a los principios llamados para su aplicación.

## **ABSTRACT**

Because of the advent of a legal-constitutional state paradigm through the foundation and operation of a standardized juridical ordinance, linked to judicial reason, what is looked for in this present work is; (1) to offer the conceptual notions necessary about fundamental rights and the axiomatic role that they play in a constitutional State of rights and justice; (2) vindicate the notion of determinism and dignity of the individual; (3) understand the nature of these same principles so that they become real and applicable fundamental rights within the new constitutional framework; (4) demonstrate the formula and practical existence that these rights take in order for their application based on the principals as basic axes for their execution; and (5) orient judges and law professionals toward understanding and implementing the application of these rights in order of the named principles for their application.

## INTRODUCCIÓN

Largo ha sido el tiempo en que el sistema jurídico, el ordenamiento vigente se ha visto aprisionado en la visión y rejas, ceñida, limitada y confinada de la criba de la Ley, de circunscribir al Estado dentro de los parámetros y confines de un mero texto; un texto rígido, estricto, frío e indiferente; en un sistema donde los derechos consignados y reconocidos en las constituciones formaban parte integrante, exclusiva y necesaria de los discursos políticos, con el fin de aletargar a las personas, burlarse y crear falsas esperanzas para alcanzar una significación de votos y exceptivas falsas, pues, no contemplaban deberes correlativos, mandatos ni garantías efectivas de justicia y respeto de los derechos por parte del Estado y los particulares para con las personas titulares de los mismos.

El mérito de la creación de una doctrina y ciencia jurídica positiva es innegable, la respuesta, sin embargo, es temporal; el derecho cambia y vuelve al paso de la sociedad, es dinámico, móvil y pendular. La necesidad de reivindicar y dar un sitio preciso a los derechos nos llama a repensar el Estado, a repensar el derecho y a razonar la juridicidad, en réplica a la necesidad reformatoria del quehacer social, el Ecuador ha reposicionado su directriz estatal, su principio rector y constitutivo, en consecuencia, la estructura estatal y de su ordenamiento jurídico, ha reafirmado a las personas a través del reconocimiento y lo que es más importante, mediante la garantía cierta de sus derechos, de entender que su existencia y vida se la debe a quienes cediendo sus libertades, lo han visto nacer.

Es por esto que el paradigma clásico se ha quebrado, vuelto arcaico, teóricamente para nuestro caso particular ha quedado en algo más que una referencia histórica para la antropología jurídica. Luego, la primacía de la Ley como mecanismo definitorio y limitante del poder estatal y particular ha retomado su posición perfecta, subordinada a valores superiores a criterios de validez y eficacia; a la centralidad de los derechos. Un Estado dinámico, vital, que llama la atención y seduce, que resiste y se contrapone al poder,



que enaltece al ser humano, a la persona y su dignidad; eso reporta un *Estado constitucional de derechos y justicia*, el advenimiento de una norma de contenido, de una administración diligente, responsable y sobre todo obligada a claras nociones de responsabilidad por su actuar. Una novedosa y singular óptica del derecho constitucional, la creación de un derecho de derechos.

Burlado y superado el concepto rígido de la Ley, se abren nuevos horizontes, que aparentemente se podrían prestar a una excesiva arbitrariedad so pretexto de la satisfacción de los derechos, tanto más cuanto que el potencial de aquellos es ilimitado, de ahí la consecuencia a una causa lógica, la necesidad de herramientas que los moldeen y den forma, que los encarrilen, intervengan y los localicen. A estas herramientas el constituyente las ha llamado "Principios de Aplicación", conocidos por la doctrina como principios de justicia o reconocimiento, normas de carácter general y aplicables a todo un universo de principios, que a través de caminos y sub-principios mecanizan y condicionan la aplicación de los derechos a la satisfacción de los demás, generan conexiones entre ellos, y, a su vez entre las normas, instituciones, autoridades, servidores y particulares; los arman y brindan de una coraza de protección analítica; los sistematizan, interrelacionan, jerarquizan y sobre todo estructuran como un sistema complejo, amplio, sutil y delicado sobre el cual descansa el Estado y el ordenamiento jurídico.

La comprensión de este neófito sistema, es aun precaria y efímera, sin embargo nos brinda la oportunidad de desarrollarlo día a día, de luchar por su vigencia o refutar válidamente su contenido, de jurídicamente crear, producir, divagar, soñar. Por lo cual, el presente trabajo no pretende otra cosa sino dar luces de lo que un sistema jurídico moderno, de principios, representa; de cuál es su forma y estructura, de cómo se lo debe manejar, entender y sobre todo aplicar. Las cartas se han tendido sobre la mesa, el sistema está vigente, la lucha por su contenido y vigencia es nuestra, dar el paso adelante nos corresponde, pretendemos dar una idea básica, animar a

los juristas a generar teoría, a los jueces a crear derechos y los litigantes a luchar por resurgir de la costumbre, la tradición, la pereza y la palabra de la Ley, no a buscar su espíritu en el legislador sino a renacerlo en la vigencia y la centralidad de los derechos.

El Ecuador ha dado por inaugurada la era de los derechos, la voz: el lenguaje de los derechos, les damos la bienvenida.

## CAPÍTULO I. NOCIONES BÁSICAS

### 1.1. Concepción general sobre los derechos fundamentales.

En un principio hemos considerado conveniente referirnos en esta monografía y en especial en el prenombrado capítulo a la relación conceptual sobre los derechos humanos, sobre aquellas prerrogativas establecidas a favor de las personas por la única y particular situación que tienen de ser tales, sin embargo, al ahondar en el estudio previo a la realización de este trabajo, poco a poco hemos ido dando cuenta en que quizá los derechos humanos pueden considerarse como un concepto un poco débil, lato y de difícil utilización, sobre los cuales ciertamente una aplicación pedagógica y práctica al actual sistema, como al ordenamiento jurídico vigente, podríamos considerarla como lata, carente de razón jurídica pragmática.

Sin embargo, existe un juego semántico de palabras que brindan razón jurídica, razón lógica y exigibilidad a las prerrogativas humanas inviolables, que genera una esfera intangible de esencia introspectiva, englobando así como lo humano, lo político, lo civil, lo moral y la justicia, lo “fundamental”; siendo entonces, el propósito clave, el *quid* de este capítulo perfilar a muy breves rasgos los trazos esenciales y conceptos que consigo trae una teoría propia, sistemática y estructurada sobre derechos fundamentales, o con rango fundamental, determinar y si es posible – a mero uso del lenguaje – esbozar ciertos límites o des límites, para ser más precisos, sobre lo que consigo lleva aquello que sabiamente, maestro Juan Antonio Cruz Parceró, ha denominado como “El lenguaje de los derechos”, buscando por intermedio de esta crear reglas prácticas *iusfilosóficas* y máximas determinadas que pongan de manifiesto cuando un derecho es fundamental para un ordenamiento jurídico en particular.

Precisar cuál es un derecho humano y cual es un derecho fundamental inexorablemente dependerá, a decir de Gianluigi Palombella, de una elección ética y política, pues en cuanto a los derechos humanos, de hecho, el derecho en general los presenta como depositarios, sin más, de juicios de valor que con las luchas históricas por la reivindicación se han pasado a paso cristalizándolos como intocables, formándose catálogos sobre los cuales, a elección de los distintos Estados, integraran su esfera fundamental, dejando en claro que la posibilidad de coincidencia entre un derecho humano y un derecho fundamental es extremadamente vinculada, tanto así que siempre un derecho humano gozará de la categoría de fundamental, pues todo derecho fundamental inherente al hombre, claramente es un derecho humano.

Entonces, si pretendemos ser coherentes sin rayar en el nihilismo jurídico, no se puede hablar de derechos humanos propios de cada ordenamiento jurídico, pero los entenderemos incluidos a todos, en los más generales, correctos, modernos y aplicables sistemas de derechos fundamentales, pues erradamente a un derecho humano le podemos dar características particulares otorgadas por un Estado, un tiempo o una sociedad, sino únicamente de derechos del hombre, inherentes a todo ser humano por su dignidad, su personalidad y su calidad de ser tales, y como derechos del hombre o ser humano no es el ordenamiento jurídico el que los define, a diferencia de lo fundamental, es la misma concepción del hombre la que lo hace.

Especifiquemos pues ahora a que nos referimos con derechos fundamentales, como base para la explicación de su lenguaje, siguiendo a Gianluigi Palombella en su obra cúlmine, la autoridad de los derechos, es necesario saber que pueden existir aquí dos perspectivas distintas, dependientes del manejo del lenguaje, la una con relación a la universalidad, e inviolabilidad universal de los derechos humanos, poco acertada en su extensión, y, la otra, cercada a conceptos jurídicamente válidos, concretos y establecidos, definiéndose actualmente en catálogos distintos y distantes de

derechos elaborados por criterios jurídicos reconociendo límites y diferencias éticas y filosóficas, mezclando por primera vez, lo ético, lo jurídico y lo moral, en una norma jurídica (Palombella 25-26).

Los derechos, por criterio jurídico, exigen distintas cosas, algunos de ellos exigen obligaciones de abstención y deben ser protegidos garantizando la inhibición, como los derechos de libertad, otros, requieren un actuar de carácter positivo, de prestaciones, como por ejemplo los derechos sociales cuya tutela necesita de la intervención pública; cada uno garantiza un “bien” o interés diferente, cuyo goce no puede de ninguna forma agotarse en la disposición normativa escrita, pues, “(… ) cuando están en juego derechos fundamentales, el valor concretamente tutelado en cada uno de ellos debería dominar el ordenamiento y la actividad de los poderes constituidos.” (Palombella 65)

Trasladados estos; los derechos, a elementos jurídicos, como sinónimos de principios, nos atrevemos a linear nuestro criterio con el del maestro Antonio Manuel Peña Freire quien al definirlos como “La expresión de los valores definitorios de la centralidad de la personas (...)” (Peña Freire) Y a decir de él, gozan de un particular y peculiar vínculo con las personas, con la vida en sociedad, con el reconocimiento de la dignidad incorporada al cauce de la vida, como la entiende Carlos Santiago Nino, diremos que trasladados a elementos normativos constituyen una función de garantía propia y esencial, diversificados por sus características lingüísticas, normativas, por los fines y objetivos que persiguen, por la calidad del respeto que se les debe en la forma de su manifestación.

A saber, estos elementos normativos apartados de la criba fría y rígida de la Ley positiva válida, pueden constituirse en primer lugar como reglas subjetivas o principios, como principios directrices de reconocimiento o aplicación, o principios sustantivos o en estricto sentido –particular que será analizado con posterioridad-, por su finalidad pueden ser normas o reglas de acción o fin, y estos lo serán como derechos a algo, libertades o

competencias; a su vez los derechos podrán ser de acción o positivos de prestación y de defensa o negativos (Alexy 243); todos aquellos englobados en una esfera de concreción, precisión, medio, justiciabilidad, ponderación, etc. Para definir su vigencia y goce desde su manifestación absoluta y general hasta la manifestación más concreta de cada uno de ellos.

Es esta la razón básica para sostener la necesidad de una concepción funcional, estructural, un autentico lenguaje de derechos fundamentales que inaugure la era de los mismos -de palabras de N. Bobbio-. Una concepción de carácter basilar, asumiendo que, tener tal naturaleza significa adquirir un papel de función específico en el ordenamiento de un Estado, antes que de una declaración lírica de un derecho humano, entonces los derechos fundamentales son sobre todo “(...) normas jurídicas alrededor de las cuales el sistema jurídico orbita (...) (Alexy 27).

Defender, reclamar, exigir, reconocer, proteger, violar, ejercer... son algunas de las cosas que hacemos con los derechos –como se lo ha mencionado- sean estos, fundamentales, humanos, naturales, básicos, absolutos, relativos, universales, inalienables, morales, civiles, políticos, etc. (Cruz Parceró 14) indistintamente del término coloquial empleado diremos que hablar de derechos es hablar en un lenguaje jurídico moderno, lo que nos ha llevado a denominarlos llanamente como “fundamentales”.

Ahora, generar una teoría estructural aplicable no es nada sencillo, y ponerla en práctica lo es aún menos, el acoquinamiento del derecho a la Ley, su dependencia absoluta, engeguece el alcance de un lenguaje puro de los derechos, pues lo ha subordinado a la teoría pura de la Ley, sin embargo el Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución de Montecristi, al proclamarse en su artículo 1 como un Estado constitucional de derechos y justicia ha ido un paso y varios más allá, al intentar equilibrar, flexibilizar y malear la estructura, el aparato estatal y el ordenamiento jurídico a través de una química natural entre el poder y los derechos. Entendidos como verdaderas resistencia a la arbitrariedad del poder, como meras exceptivas

atribuidas a las personas, perfectibles en el tiempo, como vínculos sustanciales normativamente impuestos, en definitiva como contrapoderes, como la “Ley del más débil” (Ferrajoli 43-44) en alternativa a la ley del más fuerte, que regiría y rige en su ausencia.

Y es justamente aquello, lo que el Ecuador ha alcanzado esta armonía entre instituciones y normas al usar a los derechos y su centralidad como auténticos conectores y contenido, razón de ser de las mismas, el advenimiento de un nuevo saber, una sinapsis, un vínculo inquebrantable.

### **1.1.1 El Estado Constitucional de derecho y justicia.**

Respeto de los principios y los derechos fundamentales. “(...) siempre que cierta cantidad de hombres se unen en una sociedad, renunciando cada uno de ellos al poder ejecutivo que les otorga la ley natural en favor de la comunidad, allí y sólo allí habrá una sociedad política o civil.” (Locke 266)

Aristóteles con toda precisión y estética supo manifestar que *“quien no vive en sociedad o es bruto o Dios”*, toda creación abstracta del hombre ha requerido imperiosamente de una base, de un sustento, una esencia que en el concierto humano, unifique, armonice y arme una nueva estructura, una estrategia de convivencia social, de palabras de T. Hobbes, *un hombre distinto*, El Leviathan, que trasladado al lenguaje crítico de la técnica jurídica y la Ciencia Política lo hemos conocido como “El Estado”; como aquella forma de organización social jurídica y política, que pondera y dispone las condiciones y el clima perfecto para el desarrollo íntegro de las virtualidades de sus integrantes, que del parto de la libertad, de una amalgama de roles (Horkheimer 97) propios de cada uno de los ciudadanos dinámicamente interactúa en el tiempo y el espacio para crear una auténtica sinergia de conocimiento y cultura, un *saber*, una ideología que *prima facie*.

Desde el modelo de Estado autoritario estatuido por Hobbes, al Estado derecho en todas sus distinciones y formas, tales como el social, el

mercantilista, en resumen, el legal; la manifestación de las voluntades de los individuos en colectivo y la cesión de libertades en individual ha requerido de un mecanismo formal emanado del poder para limitar el natural y humano egoísmo, el exceso de poder, que siguiendo la tradición romano-germánica ha sumido a los modelos continentales europeos en el imperio de “La Ley”, como “único” método de regulación del poder, las relaciones sociales, privadas y públicas y la interacción en general, entre el Estado y sus ciudadanos, la cual como manifestación del querer soberano somete todas las relaciones a su texto estricto; expedida por el órgano con facultad legislativa, único y competente a fin de que sea este, el exclusivo llamado a mecanizar la sociedad.

La ley genera una hipótesis, un silogismo de causa-consecuencia, que actúa como única garantía de los derechos de los ciudadanos, dado que solo aquella, con una atribución privativa, estaba facultada para reconocer en su espíritu un derecho subjetivo, el cual de ser vulnerado –analógicamente el derecho y la Ley- tenía como consecuencia lógica el acceso al órgano administrador de justicia, a que declare la existencia, modificación o extinción de un derecho, y rectifique la conducta que atenta contra la Ley, mas haremos énfasis, en contra de la Ley y no del derecho, por lo que cada uno de los derechos consagrados en la norma llevaban consigo una obligación correlativa de garantía, que hacía efectivo el respeto a ella; con una concepción estricta y limitada, vaga, a la comprensión de los derechos humanos, y fundamentales. Y dominada por la conquista revolucionaria burguesa de 1789, orientada únicamente al reconocimiento legal de la propiedad, derechos civiles, y la –por supuesto muy notable- consecución de una forma de participación ya en la vida político estatal, a través de los llamados derechos políticos, no obstante, nada sucede sobre el intento de dilucidar una verdadera y autentica vertiente material de un sinnúmero de derechos connaturales, de dar una autentica y real prestación de justicia a los individuos, a los elementos mismos de la democracia y el Estado, a su razón de ser.



*"Las acciones ordenadas por la ley sólo son justas accidentalmente."*

**Aristóteles**

La teoría ha denominado a este sistema rígido e intrincado, como positivismo jurídico, la Ley separada de la Moral; base del Estado legal. En tanto, a decir de Kelsen, la noción de justicia es indeterminada y extremadamente subjetiva, y al tener netamente contenido moral y axiológico; la moral distorsiona, por lo que la necesidad de instaurar determinadas ficciones como sustento del ordenamiento fue un requerimiento exacto y preciso para la época, anclajes llamados "principio de Legalidad" y "seguridad jurídica", dos conceptos básicos en la clásica formación jurídica que versa de un elemento común; el respeto a la norma; el primero, de forma lacónica, tiene lugar al dotar de *validez* a la norma mediante su expedición parte del órgano competente para hacerlo, en virtud de la separación tripartita de poderes, *el legislativo*, y nos referiremos a lo largo de este trabajo a *validez*, como la vigencia de la Ley reguladora del Estado en el tiempo y el espacio, teniendo como consecuencia lógica aquello de que si no se encuentra desarrollado en una Ley y esta no es expedida por el órgano legislativo sencillamente el derecho y por tanto su garantía y obligación no existen. Mientras que la seguridad jurídica, no es más que el irrestricto respeto a la Ley, es decir, el máximo y sagrado respeto al órgano legislativo; dentro del Estado legal y el sistema jurídico positivo.

*"Las leyes pierden siempre en energía lo que el gobierno gana en extensión."*

**Inmanuel Kant**

Cabe entonces una pregunta completamente válida, ¿el respeto se lo da a la ley o el respeto es a sus autores?, quienes potencial pero hipotéticamente actúan a servicio de los individuos, como retribución de aquella clausula del contrato social por la cual los individuos ceden su libertad en aras de su propio beneficio. La respuesta, claramente se orienta a la segunda afirmación, la Ley tiene su cuna en la libertad de los ciudadanos, en sus

roles, su reconocimiento, su cultura en la expresión misma de los valores, no puede ella estar separada de la moral, pues el órgano que legisla, que se integra por humanos, por personas, en teoría “los mejores”, también distorsiona su visión por intereses distintos al bien común, por intereses económicos y vanales, pero la Ley sin contenido axiológico carece de eficacia, en tanto no llega, ni llegaría a cumplir con su auténtico espíritu, con su cometido.

Pero la creación del tiempo, la investigación, el estudio y la necesidad de reivindicación de los hombres frente a los abusos y arbitrariedad del poder político en uso de la Ley como instrumento clave para saciar desviados del derecho, la moral y la dignidad nos han relacionada hacia un nuevo desafío, una oportunidad histórica, ha visto el renacimiento del derecho de un distinto, singular y moderno *saber* para la creación de normas e instituciones, como forma de hacer frente a la decadencia y crisis del neoliberalismo y del Estado legal, social de derecho, el sometimiento a la Ley sea cual sea su texto o espíritu sin importar que la ciencia jurídica la haya apartado de su madre, de la moral; este nuevo *saber*, esta moderna ciencia axiológica, es lo que la Constitución de Montecristi, y los recientes Estados europeos han denominado, un *Estado constitucional de derechos, la democracia constitucional*.

El modelo liberal cayó en crisis (Ávila 34), y dando un paso atrás se reforzó mediante el modelo neoliberal y el Estado social de derecho, mediante un sofisma dialecto que logró incluir en él un discurso “emancipador”, sobre los derechos humanos, la participación, el acceso a la justicia y el género, pero que no rebasa nunca la dimensión de ser un discurso con cláusulas de salvedad que restringían mediante Estados de excepción la suspensión o restricción de los derechos, divulgando una grave carencia de mecanismos que vuelvan efectivos esos planteamientos, y por el contrario volvió a la sociedad egoísta, ambiciosa, limitando la comprensión de los derechos humanos, a los civiles y políticos y a ciertas obligaciones negativas conocidas como derechos de inmunidad (Ávila 35), o también erradamente

denominados de “primera generación”, y usando la democracia como un fuerte concepto de legitimación del poder (Fukuyama).

Hemos dejado atrás el modelo liberal –lo hemos dicho con orgullo-, el Estado lato o débil (Ferrajoli, Neo constitucionalismos), el Estado legal, ese Estado mercantilista y frío, individual, egoísta y exigente de los más débiles, aquel modelo formal, formulista válido únicamente, no siempre eficaz de Estado de derecho.

Y entonces, ¿qué es un Estado constitucional de derechos y justicia? Siguiendo línea del profesor Ramiro Ávila Santamaría es imperioso para fines metodológicos dividir este principio en tres aspectos fundamentales para su entendimiento: los que es un (1) Estado constitucional, (2) un Estado de derechos y (3) un Estado de justicia.

(1) Los Estados constitucionales, a decir de Luigi Ferrajoli, son los llamados Estados fuertes (Ferrajoli, Neo constitucionalismos), vinculados con el respeto, reconocimiento y garantía de los principios y los derechos, es aquel en el cual la Constitución es la que determina el contenido de la Ley – al hablar del Estado constitucional- el acceso y el ejercicio de poder de la autoridad y la estructura del poder. Con un Constitución que se caracteriza por ser orgánica y procedimental, pero sobre todo material por proclamar un sistema de derechos intrincado y complejo que son los que brindan contenido a la norma y al quehacer estatal, ubicando a la administración al servicio de los mismos pues son el fin último y supremo de la organización político-estatal, en suma “(...) *en el constitucionalismo se conjugan Estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son a la vez, límites del poder y vínculos.*” (Ávila, Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis desde la doctrina y el derecho comparado 22) Límites o resistencias que versan de una característica especialísima, ningún poder los puede, bajo ninguna consideran violentar, salvo una intervención necesaria, idónea y válida. Y aun si la violación proviene formalmente de la mayoría reunida de un órgano

legislativo; pretendiéndose así minimizar y a futuro desterrar comportamientos atentatorios de la integridad de los derechos, pues la Constitución es norma jurídica directamente aplicable.

Prima resaltar un aspecto clave, la base de un Estado constitucional o del constitucionalismo del futuro, denominado así por L. Ferrajoli, es la existencia imperativa de una Constitución rígida y garantista, ¿pero esto que significa? En primer lugar, el concepto de rigidez, que no figura otra cosa que el reconocimiento de que las constituciones “(...) son normas supraordenadas (...)” (Ferrajoli, Democracia y Garantismo 29) a la legislación común y ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos sumamente especiales para su reforma, no puede ser alterada por el órgano legislativo con un procedimiento reformatorio como el de una Ley cualquiera, y por otro, por el sentido y posición de la institución llamada a realizar el control constitucional de las leyes, en nuestro caso, la Corte Constitucional, empujando a un lado la soberanía interna, la existencia de sujetos soberanos o poderes *legibus soluti*, dado que todos los poderes sin exclusión del legislativo están sujetos a la norma constitucional y al respeto de los principios en ella reconocidos y garantizados. En segundo lugar, nos encontramos frente a la presencia de una cualidad y calificativo básico para la existencia de un Estado constitucional, el garantismo o, al efecto, la norma *iusconstitucional* o Constitución garantista; hablar de garantismo apercibe a seguridad, hablar de garantismo es hablar de un “el constitucionalismo del futuro”, comprendido no solo como una simple y llana conquista y legado del paso adecuado a las circunstancias del presente, sino del alcance jurídico más importante de este siglo, proyectado, como no puede ser de otra manera, como un programa para el futuro doble dimensionado, que debe ser atendido en dos sentidos. Primero en el sentido de que los derechos categorizados e incorporados como fundamentales por las constituciones deben ser garantizados, efectivizados, ejercidos y satisfechos concretamente supra poniendo al constitucionalismo a establecer las técnicas de garantía idóneas y a asegurar –como se lo menciona- el máximo grado de efectividad a los derechos

constitucionalmente reconocidos. Y en otro sentido también, aquel llamado a ser extendido en distintas direcciones, como un paradigma aun joven y embrional de democracia sustancial; direcciones que siguiendo lo que nos enseña el maestro Ferrajoli son tres:

(...) ante todo, hacia la garantía de los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no solo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional. (Ferrajoli, Democracia y Garantismo 35)

Flexiones y expansiones todas tres igualmente indispensables en un paradigma garantista base de una Constitución rígida, que entienden con toda notoriedad a los derechos fundamentales en todas sus formas y manifestaciones como la *Ley del más débil*; como la alternativa de resistencia al abuso y amase de poder, frente a un arbitrariedad arraigada y acaramelada en ese “caballo de Troya” llamado discrecionalidad de la administración, a un mundo egoísta donde quien es más fuerte económicamente en un Estado capitalista, vence; imperativos que supervivirán en su ausencia.

(...) con el derecho se ordena y controla la sociedad; pero el Derecho debe ser controlado, a su vez, desde los valores superiores a cuyo servicio está.

(Nieto 43)

(2) El segundo elemento de nuestro paradigma estatal o declaración de Estado, como se lo quiera llamar, se encuentra en el “Estado de derechos”, no nos atañe apuntar otra como, sino señalar la sorpresa que el cambio en esta sencilla palabra trajo consigo, como lo menciona el profesor Ramiro Ávila, inclusive nos podría llevar a pensar que existió un error en la codificación de la Constitución, más aun, en razón de que, en el derecho comparado no existe Estado alguno que se proclame como tal, lo normal, la

tradición, el legado y la costumbre llegó, razonable y jurídicamente, ha enaltecer como la cúspide del desarrollo jurídico y político al Estado de derecho, al sometimiento a la Ley. Pero si hacemos una remembranza, sin pensar que los constituyentes no tienen ni la menor idea de derecho constitucional, nos daremos cuenta que la reacción que provocó el advenimiento del Estado social de derecho o del Estado constitucional trajo consigo la misma sorpresa y crítica, sin embargo esta novedosa cualidad del Estado, y si reparo decimos, única en el género de los ordenamientos jurídicos comparados, encuentra su justificación, su razón de ser, y no es más compleja que su simple lectura, el apoyo de la organización estatal, ya no en la Ley, ya no únicamente en la Constitución, sino el contenido jurídico racional de los derechos.

Y seremos lo más breves posibles para justificar esta singular característica. En un principio el Estado se sometió al imperio y magno poder del rey; en otro instante la revolución burguesa provocó el sometimiento del Estado al derecho, de manera primigenia única y exclusivamente a la aplicación y respeto de la Ley formal, válida, y posteriormente con la llegada del Estado constitucional, en una concepción más amplia, como el sometimiento de todo poder a la Constitución, reformando el principio de legalidad hacia rendición del todo estatal en respeto al texto constitucional, denominado por L. Ferrajoli como el principio de “*stricta legalidad*”; pero en el Estado de derechos la figura de sometimiento cambia, ya no es la Ley, ya no es la Constitución, ya no es la norma escrita, sino – con aires de futurismo- la sumisión de todo poder, público y privado, a los derechos, lo que se ha denominado como “la centralidad de los derechos”.

Teniendo clara y comprendida la primera perspectiva del Estado de derechos como el sometimiento de todo poder al contenido de los derechos, nos encontramos frente a una segunda circunstancia, la existencia y reconocimiento de una *pluralidad jurídica* (Ávila, Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis desde la doctrina y el derecho comparado 29-31), seremos en esta consideración los más breves posible.

La doctrina clásica y la ciencia del derecho nos ha enseñado, sabiamente, respondiendo a necesidades y circunstancias temporales, que el único sistema jurídico de aplicación válida y reconocido es el sistema formalista manifestado a través de la administración de justicia ordinaria, cuya única fuente de derecho y solución de conflictos por parte del Juez, es la Ley. En consecuencia todas aquellas fuentes que no estén plasmadas y contenidas en una ley simplemente carecerían de validez y serían únicamente fuentes auxiliares; sin embargo la existencia de un paradigma constitucional de derechos, por razón de su eficacia de respeto a los mismos, diversifica esa fuente, retirando de manos del legislador el monopolio de producción, interpretación y derogación de la ley.

Entonces, estamos frente a cinco distintas fuentes y sistemas que en el Estado de derechos se han diversificado, a esto le hemos denominado como pluralidad jurídica:

1. La autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales)” lo que nos obliga en capítulo posterior a distinguir entre un sistema de reglas y un sistema de principios.
2. las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedente internacional),
3. el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio,
4. las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente,
5. la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos.

En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica. (Ávila, Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis desde la doctrina y el derecho comparado 30)

Lo cual, con meridiana claridad deja en manifiesto que el ordenamiento jurídico se ha dividido, diversificado en aras de la consecuencia de los derechos, el Estado se ordena por sistemas jurídicos múltiples, que de forma pacífica o no conviven.

(3) Por último y no menos importante, mas por el contrario, encontramos el elemento de ser un Estado de justicia, lo cual pese a la ambigüedad y subjetividad del concepto no conlleva otra cosa sino una relación íntima entre la norma y los fines del Estado vinculados con una valoración de necesidad, de justicia, despegando de la esfera de lo legal para aterrizar en una esfera *metanormativa*, con una estructura normativa distinta y distante del debate de la vigencia de la ley, de esas características formales, estructurales de la "norma", válida únicamente bajo la competencia de un parlamento y el respeto al principio de legalidad y reserva de ley. Buscando el alcance de verdaderas normas jurídicas eficaces, de que el juez asuma un papel de creador de norma y derecho cuando las reglas positivas vigentes sean injustas, y las alternativas regladas también.

En resumen, pese a la ambigüedad del concepto de justicia, no nos referimos a un concepto de interpretación filosófica, como así lo concluyó H. Kelsen en su ensayo *¿Qué es la justicia?* Al decir que la subjetividad de la justicia da pauta para que en base de ella se puedan justificar regímenes autoritarios y represivos, mas únicamente nos referimos a una concepción de justicia relacionada con el respeto irrestricto de la integridad y contenido de los derechos fundamentales, entendidos estos desde el punto de vista de la comprensión y razón jurídica. Elemento que no deja duda que al condicionar el quehacer estatal a estos elementos *iusfundamentales* reconocidos y garantizados en la Constitución como bases y anclajes del Estado, se puede lograr una organización social y política justa.

Hemos dilucidado dentro de las posibilidades extensivas de este capítulo que alcance, fondo y contenido, extensión y variaciones tienen los derechos fundamentales; además, de la forma en cómo estos han servido de bases



estructurales para generar un lenguaje y un teoría, pero aun mas importante la manera en la que los derechos pueden construir y han construido una organización política, social, estatal distinta, moderna y aparentemente justa. Ahora tenemos el contenido y la estructura pero como desarrollarlos internamente, en qué forma pragmática deben ser aplicados, respetando ¿qué?, bajo que límites y con qué dirección y camino pueden ser logrados para que la teoría se vuelva práctica, es esa la problemática que abordaremos a continuación.

## **CAPÍTULO II. PRINCIPIOS JURÍDICOS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL MODERNO; CONSTITUCIONALISMO DEL FUTURO**

En líneas anteriores hemos conseguido de manera meridiana moldear, y brindar una noción básica sobre los imperativos, principios, máximas que dan forma y estilizan al moderno derecho constitucional del cual el Ecuador no solo que forma parte, sino que nos atrevemos a decir sin temor a equivocarnos, doctrinariamente, se encuentra a la vanguardia.

No obstante, ¿cuál es el perfil activo para volver efectivos los derechos? ¿Cuál es su medida, su límite de acción?, ¿cuáles son los mecanismos idóneos para procurar su eficacia y satisfacción?; éstas son unas de las pocas interrogantes que nos han ido llamando la atención conforme el avance en el estudio previo para la realización de este trabajo.

Atañe con seguridad el referirnos a que el nuevo ordenamiento jurídico constitucional, eje activo y central del Estado, estructurado en principios sobre leyes, seduce e invita a distender la razón jurídica, a dislocar y cambiar, a desatender y desentender, a criticar – con atrevimiento - a completar válidamente un ordenamiento jurídico positivo que con el paso del tiempo se ha vuelto enmarañado, complejo e incompleto.

El constitucionalismo moderno, o *iusconstitucionalismo* interviene en la lógica jurídica bordeando consideraciones diferentes, deconstruyendo y volviendo a conceptualizar nuevamente al derecho, desafiándonos a revitalizarlo, dado vida a la juridicidad y sentido a los valores sociales, a los fines últimos y primordiales del derecho.

Vamos a decir, sin temor a equivocarnos, que nos echaremos al mar con nuevos conceptos, pues si algo es auténtico de reseñar antes de dar inicio puntual y concreto a este capítulo es una circunstancia muy cierta a la que

se ha referido el profesor Miguel Carbonell. El derecho constitucional moderno o neoconstitucionalismo bajo ninguna consideración puede ser entendido desde la óptica del derecho constitucional clásico, mucho menos, desde la perspectiva objetiva del derecho privado; el moderno constitucionalismo no es, ni será, derecho público o privado, es el derecho absoluto, el derecho de los derechos y del derecho, un sistema supraordenado de contenido sustancial, que jala y destierra a la lógica jurídica a caminar y divagar por el mundo de los principios y los derechos.

### **2.1. Generalidades sobre los principios jurídicos en el sistema iusconstitucional o iusfundamental.**

Hemos manifestado, para muchos con atrevimiento, arresto y bríos, que el sistema positivo como parte estratégica de Estado legal vigente hasta publicarse la Constitución ecuatoriana expedida Montecristi por la asamblea constituyente se encontraba incompleto, anticuado y arcaico, resistente al cambio de un arquetipo arraigado a la aparente y única razón jurídica prevalente, volviendo a los juristas, por su larguísima trayectoria, renuentes para aceptar un cambio.

Sin embargo y pese a que el entendimiento del moderno derecho constitucional, como un derecho absoluto, tiene una visión y aplicación propia, no podemos dejar de lado los notables aportes que grandes teóricos y maestros han realizado al estudio del derecho, y que si bien, no son exacta y justamente subsumibles en el estudio moderno, conceptualmente dan partida y anteceden como precedentes de referencia que valen la pena traer a colación, con sus necesarias modificaciones y adecuaciones al nuevo espíritu, pero perfectamente considerables.

Al respecto de lo que se debe entender por “principio” consentimos remitirnos a la concepción dada por Guillermo Cabanellas, en su obra “Diccionario jurídico elemental”, pag. 257, que más allá de su simpleza y

discurso, es un concepto que en parte de su semántica, recoge una principal y asertiva idea de lo que debemos entender como tal:

**PRINCIPIO.** Primer instante del ser, de la existencia, de la vida. Razón, fundamento, origen. Causa primera. Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte. máxima, norma, guía.

Al efecto de aquellos que nos interesa en este trabajo, realizaremos de tomar su quinta definición, que a nuestro criterio es en suma acertada al decir que el “principio” es una *máxima, norma o guía*.

Hasta la saciedad, aunque en forma sencilla, en el capítulo anterior a manera de resumen hemos dicho que el Estado actual, y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico vigente se fundamenta y encuentra su contenido en los derechos, como prerrogativas que lo limitan, dan sentido, introspectivamente lo construyen; pues, es por estos que el derecho, ahora, tiene vida y razón de ser, que el Estado tiene un nuevo norte, los derechos.

Y, si decimos que los principios son máxima y normas, luego, distendiendo nuestra comprensión, nos encontramos frente a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, entonces, los derechos también son principios, y son normas que nacen de la expresión de un valor, y han sido trasladadas como garantía a la estructura de un elemento jurídico normativo. Pero estas normas tienen una forma distinta, una estructura diferente a la de una mera Ley.

Luego, la pregunta es, ¿qué estructura tienen estos principios? ¿Que los diferencia de una Ley?, y, ¿cómo influyen un cambio en el ordenamiento y sistema jurídico?, estas interrogantes las iremos dilucidando de a poco y en lo posterior, por ahora nos limitaremos, a resolver lo relativo a la primera.

Insuficiente, inseguro, rígido, frío, inflexible, formal y válido, perplejo, en apariencia irresoluto, son algunos de los calificativos que se han logrado

frente al sistema jurídico positivo vigente hasta la expedición de la nueva Constitución, un sistema sostenido y anclado en la Ley, en la regla, en la norma hipotética, en un silogismo jurídico “absoluto”. Concretización del principio de seguridad jurídica expresado en forma de reglas que, para su validez, requerían exclusivamente y sin salvedades seguir un proceso de producción estricto, emanar del órgano legislativo o parlamentario competente, y respetar irrestrictamente el principio de legalidad y reserva de ley para brindar seguridad jurídica.

A esta norma, que la llamaremos *hipotética*, siguiendo la línea de Ferrajoli, se le ha otorgado por siglos una estructura que para la mayoría es indiscutible, pero el derecho es pendular y cambiante, responde a una necesidad, y, la necesidad formalista ha sido satisfecha hasta tornarse insuficiente.

Una norma hipotética tiene tres elementos a saber:

1. Una condición o supuesto de hecho, es decir una circunstancia prevista y determinada con anterioridad por el legislador;
2. Un vínculo causa-efecto, esto es, una relación fáctica que tendrá lugar al no cumplirse, o en caso de materia penal, al cumplirse con el supuesto, y;
3. Una obligación como garantía que vuelve el derecho exigible para su titular ante los órganos jurisdiccionales.

Resultando una fórmula lógica estructural mediante un silogismo:

Si **a** es, entonces, **b** debe ser (**a > b**)

Sin embargo, no por ser la seguridad jurídica y el principio de legalidad, principios base del sistema legislativo de derechos, quiere decir que sean incondicionales e inmutables, es por esto que se ha sostenido que:

“La seguridad de unos es la inseguridad de otros, y, por ello, el derecho es dúctil.” (Zagrebel'sky)

Este axioma es clave, su contenido dio lugar a la reflexión jurídica, a esclarecer que un sistema, no por tener estructura, ser formal y tener establecidas previamente las reglas de juego, es justo. Más aun, únicamente dio partida a la crítica sobre su contenido axiológico y moral, del cual se dijo no podía formar parte de una ciencia pura del derecho.

Y es por ello, que se ha visto necesario establecer principios, que guíen y sobre todo den contenido al sistema jurídico, al Estado, a la vida social y política de un pueblo, principios que por un lado, sean tan ambiguos que requieren de interpretación moral y, por otro, que se encuentren positivizados, conculcando el alcance de un nuevo derecho a través de una cadena de argumentación.

Entonces, así como dijimos que las reglas son normas hipotéticas que tienen su estructura y forma propia pues contenían un supuesto de hecho, una relación y una obligación como consecuencia. Los principios como anclajes útiles que son, como bases y razón de ser de nuestro sistema jurídico, también tienen una estructura y forma propia, y particular, única y flexible, razón por la cual L. Ferrajoli los ha denominado, en su teoría garantista, como *norma téticas*.

Las normas téticas a diferencia de las normas hipotéticas, no tienen un supuesto de hecho ni un vínculo causal determinado, menos aun, una obligación concreta. La aplicación del principio o norma tética es diametralmente diferente y distante, la norma hipotética es de aplicación automática al subsumir el hecho en la norma, la norma tética no lo es, pues requiere de un complejo proceso de argumentación y razonamiento a través de una cadena.

Relacionemos. Decimos que, las normas téticas no son de aplicación automática, requieren de un complejo de proceso de argumentación. Pero, ¿cuál es la razón?

El maestro Robert Alexy ("El Derecho General de Libertad", en Teoría de los Derechos Fundamentales), con un lato concepto referido a que los principios, al no tener un supuesto de hecho, deben ser entendidos como son "*Mandatos de optimización o maximización*", que proporcionan al destinatario de su aplicación un verdadero "haz de posibilidades", es decir, un sinfín de caminos y oportunidades, lo que los vuelve, claramente, normas jurídicas extensibles, distendidas que pueden ser estiradas y contraídas para crear una solución justa y equitativa, normas que a decir de M.A. Peña Freire, son ilimitadas en su contenido, y potencialmente ilimitadas en su expresión.

Del concepto que nos trae Alexy podemos hacer un desglose bajo la óptica dos situaciones:

Lo primero es entenderlos –como lo hemos mencionado- a manera de mandatos, como de una simple apreciación se infiere, esto los caracteriza también de cierta manera como normas jurídica –propias de un constitucionalismo contemporáneo-, entonces, como tales deben también ser aplicados y en su rango constitucional de supremacía y de base de aplicación de los derechos, lo serán bajo este soporte en forma irrestrictamente obligatoria. Como señala Ramiro Ávila Sanmartín (Ávila Santamaría) "el principio es una norma ambigua, general y abstracta".

Es ambigua, en tanto que de forma general requiere ser tanto interpretada como recreada, los principios no dan una solución determinada, cabal o menos aun determinante, pues es su finalidad la de establecer un camino, una dirección a seguir para el desprendimiento de una solución a través del establecimiento de parámetros de comprensión despejados, pues estructuralmente no contiene en sí una hipótesis de hecho que determine obligaciones o conflictos, sino que las soluciones que pueden desprenderse son diversas y dependerán ya del caso concreto, de esto –como lo dijo Alexy

– el “*haz de posibilidades*” del que dotan los principios a quien corresponde tanto la interpretación como la aplicación de un derecho.

General, porque su extensión no se limita a la protección o resistencia únicamente frente al poder público, son contrapoderes (Wihelmi 34) y vínculos a favor de las personas que, en su manifestación de goce y satisfacción rige para todos: individuales o colectivos, públicos o privados.

Y, finalmente, es también una norma abstracta pues cumple una función luminaria adicional, dan pautas y sirven como medidas y parámetros de interpretación para cualquier norma jurídica inferior. A efecto de esta característica ayudan de manera terminante a dar valor y valorar el sistema jurídico, pues es gracias a estos, que se pueden identificar la existencia de anomias y antinomias.

Como se lo dijo con antelación, los principios o normas téticas no son de aplicación automática a diferencia de la norma hipotética sino a través de un complejo proceso de argumentación, no gozan de una estructura de silogismo y causal, tienen características especialísimas y diferentes que se han anunciado, pero entonces, ¿cuál es la forma tipo que poseen?

**Tienen una estructura tipo z, es decir, el juez se inspira en el principio y crea una norma del tipo x entonces.**

Para comprender esto, seguiremos el estudio en base a lo contribuido por C.S. Nino en su obra “*Ética y derechos humanos*”, autor que con sabiduría sostiene que la estructura, a la que nos hemos referido, solo se la puede lograr mediante una compleja cadena de argumentación, que está conformada por tres elementos claves para la producción de una norma jurídica *x entonces*. Estructurándose mediante la presencia de los tres elementos claves y necesarios para la construcción de una norma jurídica:



1. Un elemento prescriptivo; es decir, un principio, el juez primero debe esgrimir un principio, del cual partirá para dar contenido a la creación de una regla.
2. Un elemento descriptivo o enunciado lingüístico; no es más que una regla que se produce en correlación con el respeto y satisfacción del principio.
3. Un elemento axiológico o valoración de justicia, pues, al aplicar el derecho el resultado debe, inexorablemente, ser una realización de justicia.

Con este pequeño y conciso análisis realizamos en un intento de mostrar la estructura y relevancia de un principio, en lo principal, con la audacia de, al trato de los derechos fundamentales como principios sustantivos o sustanciales – como mandatos de maximización-, dar cuanta nítida y comprendida del giro esencial y práctico que nos ha brindado la actual proclamación de nuestro Ecuador como un *Estado constitucional de derechos y justicia*.

Ahora, afanosamente decimos que de lo redactado hasta la línea se infiere y contrae todo, concretamente, en un aspecto funcional y fundamental. La razón de ser del Estado y el fin último de su ordenamiento jurídico es el alcance de la justicia entendida como el respeto y goce de los derechos de la persona, en consecuencia, su eje transversal es aquella, quien base a su determinismo, a la incursión de sus manifestaciones de la facultad desiderativa de su espíritu, en alcance de su bien común y amor propio, crea y con su consentimiento desarrolla el principio, a nuestro criterio, básico de partida de todos los demás, un principio parte de su esfera de afectos, si se quiere, con astucia, de la exteriorización del ser ilimitadamente limitado; principio que, al concatenarse con el criterio y la razón jurídica, normativamente, expresa estos valores, este determinismos ontológico del ser. Es este principio al que llamaremos, principio de la dignidad de la persona, fundamental para la trayectoria del buen vivir.

## **2.2. El principio de la dignidad de la persona.**

En este acápite creemos y consideramos prudente, sensato y juicioso que, para entender cabalmente al principio de la dignidad, debemos apartarnos de la definición jurídica que hemos dado sobre los principios como normas téticas y, por un momento viajar al fuero filosófico, del ser, pues la vultuosidad de la dignidad no se encuentra normativamente impuesta, mas por el contrario, es un principio estrictamente relacionado con la determinación espiritual. Nos ubicaremos entonces en las enseñanzas de Kant, para decir que, a la circunstancia puntual, por principio debemos entender:

Principios prácticos son aquellas proposiciones que contienen una determinación universal de la voluntad subsumiendo bajo ella diversas reglas prácticas. Dichos principios son subjetivos, o máximas, cuando la condición sea considerada válida sólo para la voluntad del sujeto en cuestión, o leyes prácticas, si dicha condición es reconocida como tal objetivamente, es decir, cuando vale para la voluntad de cualquier ente racional. (Kant 77)

Consideremos:

“que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones del consentimiento (...)” (Nino 287)

De palabras de Carlos Santiago Nino, el principio de la dignidad de la persona (sin menospreciar otros principios que tienen como materia el establecer la forma de hacer coherentes las voliciones) se debe de entender como una forma de trato para los hombres que tiene sustento en el respeto a sus intenciones, decisiones o manifestaciones de voluntad, dejando de lado la posibilidad de hacer valida una hipótesis de la que pueda inferirse un determinismo normativo en base de sus deseos o sus creencias, sino de la materialización o exteriorización propia de estos hacia el mundo. Pero es menester dejar en claro que respetar la voluntad del individuo no es lo

mismo que dar satisfacción a sus deseos pues encontrar un enfoque claro respecto de su actuar intencional, del momento en que sus deseos y sus creencias coligen en un solo acto, es decir, el balance final entre la determinación y la esfera del espíritu, infiriendo con claridad que este equilibrio final establece o adscribe finalmente responsabilidad al individuo por sus acciones voluntarias.

De modo que, honestar y respetar la voluntad del consiste básicamente individuo -como de manera lata se ha intentado explicar- no es lo mismo, ni remotamente, a pesar del estrecho lazo que existe, que permitir la satisfacción de sus deseos; pues esencialmente consiste, entre otras cosas, en permitir que el individuo asuma, sobrelleve aquellas consecuencias de sus decisiones, su responsabilidad, y las incorpore al curso natural de la vida, lo que no impide que se pueda a diferencia de las creencias modificar la realidad otorgando a una eventual decisión, consecuencias que antes no tenía. Es más, esta aparente inferencia invalida es, al contrario, una forma de encontrar coherencia entre las decisiones de los distintos individuos.

En lo que al principio de la dignidad de la persona concierne, lo que se plasma en él y por su puesto le otorga existencia, es que prescribe que una decisión sea por si misma considerada como parte del plan de vida de un individuo( con intervención del principio de autonomía y el auto determinismo de las personas), se la conozca a cabalidad y que por lo tanto se la mantenga siempre y en cuenta no viole otros principios, y de hacerlo, acepte las consecuencias de las acciones voluntarias que debe haberlas ya previsto al momento de actuar e incorporado en su plan de vida.

Mucho se ha confundido y tratado únicamente a la dignidad con la asimilación de decisiones a la afección de enfermedades, malos tratos y agresiones físicas. Sin embargo en la alteración integra de la dignidad – como se ha mencionado- confluyen, con más certeza, elementos espirituales y volitivos, de tal suerte, la misma consecuencia conlleva una enfermedad que la expresión o creencia que la expresa.

Cuando las personas consideran a las decisiones y expresiones como un mero objeto de tratamiento y no las pone, a su deseo, en el mismo nivel que sus propias creencias y decisiones, es un trato moral discriminatorio, es un menoscabo en la dignidad ajena, pues derruye aquello que nos distingue de él.

Consecuentemente, como tomamos con seriedad la dignidad de las distintas personas, sin alterarla. La manera central de tomar en serio las creencias y opiniones es intentar hacerlas compatibles con las demás, no en satisfacción de sus deseos, sino en respeto de su voluntad; promoviendo la adopción, cambio o abandono mutuo de creencias, sin alterar la realidad para que estas se conformen –como menciona- sino –simplemente- ofreciendo convencimiento, argumentos y pruebas a su favor en su contra, es decir, operar sobre los factores de formación de su creencia, esto es, respetar su dignidad.

### **2.3. La aplicación de los derechos en orden a los principios; un sistema jurídico de principios.**

“Los derechos fundamentales, por virtud de su supraordenación, deberían ser contemplados como normas jurídicas, en lugar de meras pretensiones subjetivas, lo que a veces se olvida; normas que prevén como efectivamente obligatoria la tutela de un determinado interés. (Palombella 37)”

Aberrante, descaminada, disparatada, atroz, absurda, garrafal, son unos de los pocos calificativos que nuestra Carta Fundamental ha recibido por parte de juristas, periodistas, medios, privados, etc. Apreciaciones que no podemos echar por lo pisos sin más análisis que el que los prenombrados han hecho. No cabe duda que grandes juristas opositores han generado y producido argumentos en suma validos, pero no compartidos, para demostrar su posición negativa frente a la nueva proclamación del Ecuador como un Estado, básicamente, de derechos y justicia. No obstante, quien

desconoce, se llana la boca y dice ¿en dónde ha quedado el Estado de Derecho?, una de las muchas displicentes preguntas que se han lanzado a la mesa de debate sin fundamento alguno.

En forma audaz lo hemos dejado sentado, teorizado y demostrado, hemos conculcado una etapa histórica con el advenimiento de un modelo humanista, de un modelo de respeto estricto, inexorable y satisfactorio de los derechos fundamentales, a tal punto de dejar de entenderlos, históricamente, como meras líricas necesidades y ansias de desarrollo legal, sino que los hemos vuelto elementos jurídicos, normas jurídicas, vínculos constitucionalmente positivizados, de garantía propia y única forma válida de desarrollo del Estado.

Pero este cambio, ¿qué consecuencia a traído en el sistema jurídico?, ingente consecuencia, el cambio del principio rector del Estado ha provocado a su vez un giro sustancial en la estructura teórica y práctica del sistema jurídico. Hasta la vigencia de la Constitución de 1998 la consecuencia del Estado Legal era, sin temor a equivocarnos, la prevalencia de un sistema reglado, un sistema por reglas que, imperiosamente requiere de la vigencia formal y válida de la Ley para su efectividad, para que tenga “vida”, sea cual sea su aproximación a los valores deónticos. Un sistema enmarañado y lleno de lo que hemos llamado en capítulos como *normas hipotéticas* que limitaban la esfera tanto del quehacer público como privado, que si no era su espíritu el desarrollar un derecho, por más rango constitucional que este tuviera, sencillamente por la estructura del sistema jurídico no era exigible y, de ser exigido sin Ley alguna, atacaba abiertamente a la seguridad jurídica y al sacro principio de legalidad, pese a que el sentido de su consecución haya sido el alcance de la verdadera justicia. Un sistema seco, frío, rígido, inflexible, deslindado de los valores, soslayado en la Ley como único mecanismo para la búsqueda de la justicia.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano dejó de ser un sistema jurídico por reglas, para ordenarse como un sistema jurídico por principios. Modelo de

sistema jurídico que de mano de autores como L. Ferrajoli, G. Palombella, G. Zagrebelsky, J. A. Cruz Parceró, M. Fioravanti, y otros, es conocido como un ordenamiento o sistema jurídico *metanormativo*, *supralegal*, *supraordenado*, etc. Sistema en donde son los derechos, entendidos como principios son los que ordenan, dan forma, contenido y sustancia al ordenamiento jurídico; que diferencian una Ley de una norma jurídica, que subordinan a la Ley, al poder público y al poder privado al servicio de los derechos fundamentales, que como mandatos de maximización u optimización abren infinitos caminos para su propio desarrollo, garantía y respeto. Son los anclajes y bases del Estado y el ordenamiento jurídico, guían, direccionan, producen, modifican, extensión circunstancias jurídicas en aras de su efectividad. Son normas técnicas flexibles que se extienden hacia todos los rincones del sistema jurídico, que se acoplan y moldean, intervienen y respetan la dignidad de las personas. Y que más importante aun, retiran eficacia y vuelven inválida a la ley que no los respeta en su contenido y esencia; sea este general y abstracto o manifiestamente concreto, pues los principios son directa e inmediatamente aplicables.

Es importante, para la comprensión de lo dicho, dar cuenta de la distinción entre reglas y principios, debido a que –como mencionamos- la diferencia entre este tipo de normas condicionan la estructura y aplicación en la usamos y razonamos el sistema jurídico (Dworkin 72). Existen dos tipos de enunciados normativos, los *deónticos* y los *no deónticos*, los enunciados deónticos, esto es aquellos que prohíben, permiten u obligan a algo se suelen dividir en reglas y principios.

Las reglas se caracterizan por tener una estructura condicional que relaciona un caso a una solución, estas pueden ser reglas de *acción* o reglas de *fin*. Las reglas de acción califican normativamente una conducta (prohibida, obligatoria, permitida), como la regla de no matar. Por otro lado las reglas de fin lo que califican deónticamente es la obtención del un resultado, de un cierto Estado de cosas o de una finalidad; distinguiéndose relevantemente en que en una regla de fin se deja a su destinatario la selección de los

medios que sean o puedan ser causalmente idóneos para producir ese fin, le otorgan un margen de discreción y arbitrio.

Por su lado los principios, si bien es cierto, también correlacionan un caso con una solución; la diferencia importante con las reglas estriba en que los principios configuran de modo abierto, ambiguo y abstracto las condiciones de aplicación. Estas condiciones de aplicación, no consisten en otra cosa, sino en la oportunidad de llevar a cabo la conducta o Estado de cosas en el principio prescritas, es decir, guían para finalizar consiguiendo que el supuesto planteado en el principio, sea alcanzado indistintamente de cuál sea el camino para hacerlo, sin relación causal única expresada, la solución califica deónticamente en el logro de cierta finalidad.

“Si se dan derechos fundamentales, estos actúan en cuanto tales como criterios metanormativos fundamentales de tipo sustancial y no procedimental.” (Palombella 38)

Entonces, la diferencia entre un sistema de reglas y un sistema de principios o metanormativo es extremadamente necesaria y por sobremanera relevante porque, como se dijo antes, las reglas o los principios determinan de manera distinta al deber, en la forma en que lo sostuviera Dworkin, las reglas lo hacen de la manera del “todo o nada”, es decir, si la regla es aplicable la conducta en ella ordenada debe realizarse, de palabras de R. Alexy, *con un carácter definitivo*. En resumen, las reglas son razones para la acción que guían la conducta de una manera singular, mientras que los principios sólo son razones que guían la conducta pero en forma particular y excluyente como las reglas, lo que significa que para actuar conforme a lo que ordena un principio siempre debemos considerar otras razones, los principios tienen un especial característica o carácter, el de ser *prima facie*, y en el sentido de cumplir un fin o metas requeridas por ellos mismos, responsabilizando al destinatario de seleccionar las acciones y tomar las medidas que considere optimas, pueden verse como, y ya nos hemos referido en estas palabras muchas veces, “mandatos de optimización o

maximización, pues las conductas no son determinadas, son determinables e inclusive podrían llegar a ser indeterminadas. (Cruz Parceró 85-86, 89)

Ahora conocemos cual es la distinción entre una regla y un principio y como los derechos, como principios, actúan en cuanto tales como criterios metanormativos que guían y persiguen un fin, no definitivo que puede ser alcanzado por varias vías determinables o indeterminadas.

Este, y no otro, es el cambio que el Estado constitucional de derechos y justicia ha provocativamente a puesto nuestras manos, en la estructura y aplicación del sistema jurídico, cambio que lo llamaremos un respiro, cambio que sin ligar a duda a causado revuelo y falta de entendimiento entre juristas, abogados y no juristas. Ahora, tenemos que saber que nuestra carta fundamental así como vuelve a los derechos “principios” para su satisfacción y goce efectivo, les brinda estructura tética abierta de maximización independiente de la forma y el sentido para el alcance de un resultado deóntico, sea a manera principios de acción y fin, o en su genérico de principios sustantivos o sustanciales referidos al enunciado y desarrollo de los derechos, es cierto, sin temor a equivocarnos, que la aplicación práctica, estructurada y sistemática de los principios recogidos en la parte dogmática de la Constitución requiere a su vez de mecanismos de carácter práctico, regular y hasta limitativo del alcance potencial de los derechos; a estos principios guías nuestra carta fundamental con sabiduría los ha denominado como “Principios de Aplicación de los Derechos”.



### **CAPÍTULO III: PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS**

Artículos **10** y **11** de la Constitución de la República.

El preámbulo del Protocolo de San Salvador señala:

“...las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros;”

El Derecho es cambiante, afirmación indiscutible, incuestionable, por sobre todo, sensatamente irrefutable, el derecho como sistema ordenado debe constantemente adaptarse a las necesidades, cambios y requerimientos sociales, a la historia, las luchas, a las personas, vinculando a la Constitución hasta la última y más mínima disposición general garantizando la unidad del sistema jurídico, homogeneizando sus elementos corrigiendo antinomias y llenando las anomalías, es la abeja reina de una colmena, el sol planetario de un sistema de planetas, brindando vida y sangre a la fría Ley al desarrollarla en forma una existencia no mecánica.

El Derecho progresa cuando renuncia a sus caracteres aparentemente esenciales de claridad y previsibilidad y cuando debilita la garantía de la seguridad jurídica que ofrecen sus normas positivas, para lanzarse – se dice- a las turbulencias vitales y arriesgadas de los principios. Este es el verdadero derecho hablante, poético, audaz y temerario, el agua, para unos clara y para otros turbia, en que nos hemos sumergido sin temor alguno.

El Derecho no es rígido, estricto, formal, disciplinado, solemne, escrupuloso y atento; el derecho es lo que es, para lo que fue creado, para alcanzar la justicia, los ideales y el fin último filosófico de la vida; la felicidad. El derecho

es flexible como una amalgama de polímeros, es maleable, manejable, justo, dúctil, y con astucia volátil, interviene y colma vacíos en los espacios más pequeños y apartados de su ordenamiento, satisface, lucha, defiende, genera, crea, en definitiva juega con los derechos, va más allá de la legalidad: llega hacia la razonabilidad y racionalidad, trae de los cabellos y echa por los pisos con guante blanco la arbitrariedad.

Algo es claro, y sin más que razonamiento puro se puede inferir que, en aras de la justicia, de lo moral y lo axiológico, en suma de los derechos, se puede dibujar un claro mapa de abusos, pues es innegable a cualquier forma que los derechos, de palabras del maestro Manuel Peña Freire son ilimitados en su contenido y potencialmente ilimitados en su expresión. Esencia que ha llevado al constituyente de forma docta e ilustrada a incorporar a la nueva carta fundamental principios limitantes y guías denominados expresamente como “principios de aplicación de los derechos” conocidos por Palombella como “principios de reconocimiento”, por Zagrebelsky como principios de justicia, reconviniendo todos ellos en que frente al potencial –mencionado– de los derechos existe una necesidad de heterolimitación. (Peña Freire 109-110)

Una necesidad de limitación externa pues existe una irreductible tensión entre libertad y justicia, que solo se alcanza mediante principios de justicia y aplicación positivizados que cerquen y limiten la posible expresión desaforada de la individualidad, cumpliendo entonces, una finalidad atemperadora de la flexibilidad expansiva de los derechos.

En resumen, los principios de aplicación de los derechos son también normas téticas, que gozan de la misma estructura de todo principio, no obstante se atiende a una distinta finalidad, atemperan y dan forma, encaminan y orientan, guían y gobiernan en soledad la satisfacción, el goce y ejercicio de los derechos en forma general, en conjunto para todos y cada uno de ellos, facultando al juez, incluso a que sea un auténtico creador de derecho.

Nos podríamos extender incansablemente analizando cada uno de estos principios, pro cuestiones de tiempo y extensión pretenderemos ser los más breves que nos sea posible.

### **3.1 La titularidad y exigibilidad individual o colectiva de los derechos.**

*“Art. 10. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozaran de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales... La naturaleza será sujeto de aquellos derecho que le reconozca la Constitución.”*

*“Art. 11. 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.”*

En este tema creímos conveniente tratar dos aspectos en forma conjunta y simultanea por su intima relación, lo referente a la (1) titularidad de los derechos y lo referente a la (2) legitimación para su exigibilidad.

(1) Dejamos ya muy atrás el paradigma liberal, desde nuestra óptica, ventajosamente, pues la teoría liberal secuestro en un cuerpo a los derechos, los vinculo exageradamente a su titular individual, pues al estructurarlos como subjetivos le brindo un carácter estrictamente personalísimo, siendo exigibles mediante una acción judicial que poseía única y exclusivamente el titular del derecho en una relación horizontal frente a un particular que lo alteró. Incluso en su evolución lo poco que se hizo fue dotarle de un sentido público y volverlo exigible bajo el mismo mecanismo pero de manera vertical frente al Estado. A este efecto la tradición liberal consideraba que los derechos colectivos eran excepcionales, de igual forma los derechos sociales y al no poseer un titular de los mismos su exigencia era ciertamente arto compleja.

Pero si decimos que actualmente, el cambio de principio general del Estado ha dado vuelta de adentro hacia afuera al Estado liberal, mediante la centralidad y sostén de todo su aparato en los derechos, es obvio, que la dimensión de titularidad debe cambiar, pues, los derechos subjetivos ya no existen. Por el contrario no hacemos otra cosa sino hablar un nuevo lenguaje de los derechos fundamentales, derechos inherentes a todas y cada una las personas y reconocidos con razón jurídica como tales por el pacto social; su titularidad entonces varia ampliamente, se la deslinda del individuo personal y en aras del orden social y sobre todo del respeto de la integralidad del sistema de derechos, se le da la característica de ser individual o colectiva. Pone en manos de las personas la herramienta de ser titular de un derecho que ni siquiera le es personal, pues lo derechos son intocables y deben ser defendidos; entonces todos y cada uno de los principios que forman parte del catalogo constitucional tienen estas dos dimensiones. De tal suerte que todos los derechos individuales podrían de considerados como colectivos con el fin de que su protección se extienda en forma de caso análogo a todos los individuos y, viceversa, un derecho colectivo exigido por un solo individuo puede tomar, a su interés, la dimensión de individual.

- (2) Se dice que los derechos se materializan cuando son violados (Ávila Santamaría), con la exigibilidad; no en exclusivamente cuando son positivamente alterados sino también al momento en que no son satisfechos o se coarta su goce y ejercicio por el mecanismo de una omisión. La exigibilidad se realiza fácticamente mediante la posibilidad de demandar al Estado en forma de responsabilidad vertical o al particular en forma horizontal, independientemente de su titularidad –como se lo dijo-, superando, volvemos a repetirlo, la teoría liberal del derecho subjetivo, por la cual el derecho era exigible por personal titular en la medida en que se vulnera su goce (Rivadeneira 59). La exigibilidad ciertamente es fortalecida y reforzada con la *actio*

*popularis o acción popular* contemplada en el Art. 86 de nuestra Carta Fundamental, al respecto de las garantías secundarias o formulas procesales de carácter constitucional que evitan, cesan o reparan integralmente la no satisfacción o vulneración de un derecho. Este principio de aplicación de los derechos también exhorta a que sea principalmente el Estado, al margen del titular del derecho, el que estructure y haga realidad su pleno ejercicio, sin la imperiosa necesidad de una demanda judicial; pues a nuestro sencillo y precario criterio la lógica debería ser el resolver los problemas constitucionales sin necesidad de acudir a una riña judicial.

### **3.2 El principio de igualdad y la prohibición de discriminación.**

Art. 11. 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades...Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad cultural, Estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, Estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación...El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad.

El principio de igualdad con la vigencia de la Constitución del 2008, cambia, abiertamente cambia, pero como definir la igual, como conceptuarla, es una tarea endiabladamente difícil, pero que el constituyente la ha tomado con bravura y entereza, oponiéndose diametralmente a lo que considerábamos como igualdad.

La igualdad constitucional no afirma jamás que los individuos debemos ser iguales, muchos menos pretende conseguirlo, sería un concepto contra natura. Lo que la igualdad constitucional si afirma es que las personas somos diferentes, persiguiendo que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas y, posteriormente garantizar el ejercicio del derecho a tales diferencias. Luego, la razón de ser de la igualdad constitucional es el derecho a la diferencia, que cada persona tenga derecho a ser diferente y ser tratado en condiciones de igualdad como tal, manifestando su dignidad, ahí está el quid de la igualdad como principio de aplicación de los derechos y, si esto no es entendido pues no se entenderá nada, ni la igualdad ni los derechos.

Justamente por eso, a decir del maestro Javier Pérez Royo, la igualdad ni es ni puede ser un derecho, pues si la igualdad fuera un derecho este sería contradictorio con la naturaleza y condición individual del ser humano, manifestando que "(...) aunque algún constituyente en un arrebatado de locura, quisiera afirmar que los individuos son iguales y quisiera configurar la igualdad como un derecho a ser iguales, no podría conseguirlo." (Pérez Royo 292-293)

Si bien la Constitución afirma que todas las personas son iguales, la igualdad formal, sintetizada por la doctrina clásica como el principio *equal but separate*, en razón del cual todas las personas deben ser tratadas de igual manera y, hemos manifestado que tal condición es imposible, la misma Constitución determinada, en el respeto a los derechos, la que la igualdad no es en primer lugar ante la Ley, sino ante todo el sistema jurídico, y tampoco en igualdad de condiciones sino en condiciones de igualdad.

Otro aspecto relevante con respecto a la igualdad, es el alcance de la igualdad material, mediante la intromisión de un análisis axiológico y sustancial que se lo retira del sistema jurídico para acoplarlo a la realidad de la persona, justamente lo promueve el maestro Pérez Royo al hablar del derecho a la desigualdad, en este sentido siguiendo la línea del profesor

Ramiro Ávila Santamaría, nos ha parecido acertado recoger al formula por Santos Boaventura de Sousa en relación a al constatación de la diferencia entre las personas, quien sostiene que: *“todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la desigualdad descaracteriza.”* Tutelando y dirigiendo la igualdad en primer paso a proteger y reconocer las diferencias personales entre los individuos, y a combatir y hacer frente a las desigualdades en un segundo orden. Es decir, la desigualdad para los desiguales, a través del alcance y toma de acciones afirmativas a las que se refiere el texto constitucional.

La última cosa interesante que hace la Constitución es, en forma casuística, dar certeros y sendos parámetro para enfrentar la discriminación mediante la prohibición de la misma, recogiendo todos los elementos necesarios y determinados a nivel internacional para distinguir ampliamente un trato igualitario de un trato discriminatorio; quedando en claro que, por más que la enumeración parezca larga y extensa, debe entenderse como meramente ejemplificativa, dejando abierta la posibilidad de protección ante cualquier tipo de trato discriminatorio.

### **3.3. Principio de directa e inmediata aplicación.**

“Art. 11. 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

En el sistema clásico para que una norma sea aplicable debía únicamente estar formalmente vigente y ser válida, es decir, haber sido expedida por autoridad competente siguiendo un proceso de producción, considerando entonces, la teoría tradicional la existencia de dos tipos distintos de normas; las de directa aplicación, normas hipotéticas que serían aplicadas por un proceso de subsunción del hecho a la norma por el juzgador y, normas

programáticas, como los derecho que determinan una finalidad a cumplir o un objetivo a alcanzarse pero que solo pueden ser aplicadas mediante el desarrollo normativo. Esto, es un Estado legal, por supuesto que tiene sentido pues el Estad está sometido a la Ley, pero, ¿y en un Estado constitucional?

Para la moderna teoría constitucional esta afirmación, resulta limitativa, aberrante e irrelevante, que exista un distinción entre normas no hace ni más ni menos para su aplicación pues el fin último se encuentra en el goce, ejercicio y satisfacción de los derecho así estos tengan estructura de principio como norma tética, requiriendo únicamente un poco de imaginación y una dosis de creación por parte de la autoridad para generar una nueva y validez hipótesis de hecho y obligación emanada del principio que ha esgrimo el titular de derecho o que considera la autoridad se debe esgrimir para el caso concreto en que se lo quiere aplicar; ojo, no únicamente la autoridad judicial, sino cualquier autoridad que pueda volver efectivo el derecho que no lo es.

La norma con certeza decimos, es siempre aplicable, inclusive cuando la autoridad determina que no es procedente la petición de quien considera que su derecho está siendo violado, pues no la satisfacción de un derecho solo se la puede encontrar cuando existen validas y suficientes para otorgarla, mediante un proceso complejo de argumentación y ponderación que justifiquen la necesidad y la idoneidad en la intervención de un derecho.

Otro particular a resaltar de la directa aplicación es el no requerimiento de la intermediación de autoridad alguna para invocar el cumplimiento de una norma, lo que deja insustento el pretexto de falta de Ley, regla o reglamento, ordenanza, etc. para justificar el incumplimiento de un derechos, pues si no solo los derechos, sino las garantías son directamente aplicables, son estas las herramientas idóneas para su efectividad.



### **3.4. Principio de Plena Justiciabilidad.**

*“Art. 11. 3....Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”*

Los derechos son plenamente justiciables, así lo proclama con toda luminaria la Constitución del 2008 en su artículo 11, entendiendo a la Justiciabilidad de los derechos como un principio de aplicación general de los mismos. La Justiciabilidad es el mecanismo determinante e idóneo que permite a la persona acudir a un órgano de justicia para hacer prevalecer el derecho que no fue positivamente garantizado o negativamente respetado, luego, la podemos considerar como un auténtica exigibilidad judicial de los derechos (Rivadeneira 59). Este novedoso principio ciertamente nos trae a lugar una nueva dimensión para volver justiciable a un derecho, tomando en cuenta que de acuerdo a la teoría constitucional y de derechos humanos tradicional, solo los derechos de dimensión negativa, como la vida, la integridad, la libertad de tránsito, etc. podían participar de esta característica. Restringiendo que derecho de otra índole y dimensión, una dimensión positiva de prestaciones, como lo son los sociales o colectivos, económicos o culturales, pues necesitaban imperiosamente de una erogación económica y humano por parte del Estado para su satisfacción, volviendo, a decir de Ramiro Ávila, su consecución como progresiva.

Si vivimos un sistema constitucional de derechos y justicia es obvio y necesario, justo y precavido que todos los derechos sean justiciables, preocupación que se dirige en mayor medida a los derecho sociales, sin embargo, como hemos dejado en claro todos los derecho gozan de las mismas dimensiones en todas sus manifestaciones, sean absolutas o concretas, afirmar entonces, que los derechos sociales tienen una dimensión únicamente de prestación que debe significar una puesta en trabajo económica del aparato estatal, en la actualidad es irreal. También gozan de una dimensión negativa como los derechos de libertad, o sea, exigen

abstención de respeto por parte del Estado y los particulares y, de igual manera, los derechos de libertad no solamente requieren de una abstención, sino también y en gran parte de una prestación para su realización. Esto es volver plenamente justiciables a los derechos, mediante la exigibilidad independiente de sus condiciones y la calidad de esfera de su respeto, ante un órgano jurisdiccional competente.

### **3.5. Principio de prohibición de restricción normativa**

*“Art. 11. 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”*

Indudable que el moderno diseño y estructura del Estado y el sistema jurídico, a la vanguardia, priman por sobre todas las normas, políticas e instituciones a los derechos. Al hablar de la prohibición de restricción normativa estamos dentro del globo relacional de tres aspectos:

En primer lugar la supremacía de la Constitución y, como una consecuencia al momento lógica, la supremacía de los derechos. La Constitución, no solo al reconocer sino al garantizar un derecho o una garantía, que lógicamente actúan como garantías primarias por sí mismas, procura que estas tengan, principalmente, un contenido mínimo esencial, el cual de ser irrespetado, contrariado o contravenido por cualquier norma jurídica, de cualquier jerarquía que esta posea, conlleva una significación unívoca. La Constitución y por ende un sistema estructurado de derechos está siendo irrespetado, y por tanto esta norma de orden inferior se vuelve, no diremos inválida, puesto que la relacionáramos únicamente con la formalidad de producción, sino que se vuelve ineficaz, carente de contenido esencial axiológico. Esto no impide de ninguna forma la regulación a través de normas de orden secundario que puedan ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, magnificar su margen de protección, sino únicamente impide como restricción que su contenido y espíritu se contraigan en

una manifestación condicional deóntica contraria al contenido de los derechos que restrinja, disminuya o ponga condiciones que vuelvan inaplicables los mismos. En consecuencia, este principio facilita la regulación favorable y elimina la restrictiva (Ávila Santamaría).

El segundo aspecto con el que este principio se relaciona es el principio pro-homine o pro persona, que será desarrollado con posterioridad, por lo que únicamente lo enunciaremos en el sentido de que al existir duda sobre el alcance de una norma, al respecto de si esta es restrictiva o no, quien la aplica a efectos del principio pro homine debe entenderse que la norma sobre la que se sospeche de restringir un derecho no debe ser, bajo ninguna consideración aplicada, pues no es lo más favorable a la vigencia de los derechos.

Por último, lo relacionaremos con el principio de progresividad, los derechos y las garantías deben ir de menos a más. Pues la Constitución establece únicamente cual es el punto o línea de partida para el desarrollo y expansión posterior de un derecho, en todo sentido: goce, ejercicio, satisfacción, ámbitos de protección, autoridades que aplican, etc. y que en adelante el camino que se le dé al desarrollo del derecho jamás puede ir en el sentido contrario, no lo puede desandar, esto significaría, apabullantemente la restricción de un derecho fundamental.

### **3.6. Principio de máxima efectividad o aplicación más favorable.**

*“Art. 11. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezca su efectiva vigencia.”*

Para explicar este principio necesariamente tenemos que partir de una premisa clara que de su texto se colige, que pueden existir dos normas que

pueden ser aplicadas a una misma situación concreta y, que del mismo modo, pueden existir dos interpretaciones de una misma norma que pueden ser aplicadas, sin embargo, siempre una de las dos será más favorable a la efectiva vigencia de los derechos, es decir, a su goce y ejercicio.

Lo anunciamos, la existencia del principio pro homine, lo relacionamos con la prohibición de restricción normativa, como principio básico para el diseño del nuevo esquema constitucional. Entre dos normas, la mejor para la persona, este principio por persona nos indica una real posibilidad de encontrar antinomias en el sistema jurídico, pues de existir una duda en el alcance de una norma, o soluciones varias en distintas normas a un mismo caso, así como duda en la interpretación a aplicar, siempre se estará a la que mas favorezca a los derechos, a la que menos lesione su integridad, a la que justifique de mejor manera un intervención, pues el respeto de los derechos, sin duda, es el respeto de la personas, es lo mejor para ella.

Además lo mismo sucede con la interpretación, una norma, dos o más interpretaciones, la mejor. Este no es sino un problema semántico y de lenguaje, el derecho, como único método de expresión, utiliza las palabras para manifestarse, y las palabras pueden entenderse en uno o varios sentidos e irse multiplicando conforme se amplía su contexto. Entonces, en la misma forma en que al colegir dos normas se debe salir por al vía que mas favorezca a los derecho, que en menor tono los lesionen y que de mejor forma se lo pueda intervenir justificadamente para la satisfacción de otro, en la misma debe de optarse entonces por la opción interpretativa que mas beneficie a la persona que está exigiendo un derecho, cuando este ha sido vulnerado, y busca la tutela efectiva del aparato estatal.

### **3.7 Los caracteres esenciales de los derechos; inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependencia y la igual jerarquía.**

*“Art. 11. 6. Todos los principios y derechos con inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”*

Los derechos fundamentales, disfrutamos diciéndolo, están dotados de una razón y categoría jurídica distintas, participan de características propias, se diferencian de un derecho ordinario o un derecho patrimonial, esto, al respecto de ser fundamentales, básicos, de encontrarse en un estrado distinto, elevado, suprapraordenado. Así como los derechos patrimoniales gozan de una característica de orden pecuniario, los derechos fundamentales tienen una igual de precisa y recogiendo lo señalado por la doctrina en especial por L. Ferrajoli, nuestra Constitución les dota especial y puntualmente de determinados caracteres, todos los derechos y principios son, dice la Constitución, *inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.*

La norma *iusfundamental* es clara y concreta, por lo que nos es necesario ahondar con demasía en el tema, y seremos breves al tratar estas características, daremos aspectos específicos que solo clarifiquen lo que cada una de estas características pretende.

Decimos que los derechos son *inalienables*, es decir son indisolubles, resistentes en su contenido, entiendo que ningún poder u autoridad, sea esta pública o privada los puede menoscabar, deteriorar o reducir en su expresión, es decir no pueden ser vaciados de su contenido, procurando que este tenga un mínimo sustancial intocable, indiscutible que no puede ser variado bajo ninguna consideración.

*Irrenunciables*, nadie puede dejar de ejercer su derecho, no existe acuerdo alguno, exista o no consentimiento del titular que pueda devengar en una renuncia de un derecho fundamental, no pueden ser arrojados a la basura mediante una renuncia o abandono para ser atropellados o ejercidos por otra persona, a diferencia de los derecho patrimoniales.

Que los derechos son *indivisibles*, los derechos podemos revelar que son como un todo mecánico, junto, intrincado y fundamentalmente recopilado en

una unidad inseparable. No se puede sacrificar un derecho a costa de la satisfacción de otro sin que exista proporcionalidad, es decir, sin que se justifique la intervención en uno para la satisfacción de otro es idónea y necesaria, debe existir una ponderación de derechos que justifique el sacrificio de aquel. Las personas o ejercen o vulneran varios derechos que operan en conjunto a la vez, no se puede ejercer o violar un derecho sin que se afecte otros más, son un conjunto, un sistema intrincado y complejo. Su indivisibilidad tiene goza de dos dimensiones entonces, una individual y una conjunta o colectiva, el menor detrimento en un derecho individual es una violación, una violación que no solo conlleva la alteración de este, sino alteración de todas aquellas concreciones que de él nazcan y de todos aquellos derechos aparte que con él se relacionen. De tal suerte, que una persona es digna cuando todos sus derechos son respetados y satisfechos.

La *interdependencia* va de la mano de la indivisibilidad, los derechos –como se dijo- se relacionan entre sí como una comunidad de personas, son un sistema, lo repetimos, en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, se puede afectar y se afecta a otros también, pues su lectura, como lenguaje que provoca al Estado y al sistema jurídico, debe ser hecha en forma sistemática. Es por esto que la autoridad que tenga a su cargo la intervención de un derecho, sea esta para su satisfacción, restricción o reparación debe en todo momento tomar en cuenta y consideración todos los demás derechos que con la afección se encuentran en juego.

Por último, se caracterizan por ser de *igual jerarquía*, lo que implica que de existir una categorización de los derechos o clasificación, esta no reputaría la elevación e interiorización de unos sobre otros. Por más que exista una prelación numérica y codificada en su orden, aquello no implica de ninguna manera que uno u otro sea más o menos importante, como se ha afirmado por parte de algunas personas al hablar de la ubicación del derecho a la vida, por dar un ejemplo que fue controvertido. Este aspecto juega un papel de fundamental relevancia para los mecanismos de ponderación en caso de un conflicto de derechos, pues parte de la fórmula del peso para ponderar es

tomar en cuenta los pesos abstractos de los derechos que tienen su origen por la importancia o jerarquización de unos frente a otros, para lo que Alexy ha determinado que si dos o más derechos en colisión tienen el mismo peso abstracto esta variable se elimina de la fórmula, pues a su vez eliminan los pesos entre los unos y los otros (Alexy, La fórmula del peso. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional 23), por lo que no sería tomado en cuenta al momento de ponderar, sino únicamente en sus pesos concretos. Luego, el diseño de nuestro sistema de derecho genera una eliminación absoluta de los pesos abstractos de los mismos al momento de resolver un conflicto mediante la ponderación.

### **3.8. Las fuentes de los derechos.**

*“Art. 11. 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirán los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”*

No es de extrañar, que así como todo en el derecho todo tiene una fuente, una vertiente de nacimiento, los derechos, especialmente, no sean la excepción, pues los derechos requieren de un catálogo, completo o incompleto, no un catálogo de contenido sino más bien un catálogo que los recoja y compendie. Entonces el Estado debe determinar como principio cuales son las fuentes de los derechos para actualizar y mantener siempre al día su sistema.

Hasta la vigencia de la Constitución de 1998 el Estado reconocía tres fuentes de los derechos, estas era, la Constitución, los instrumentos internacionales y los derechos derivados de la naturaleza humana. Si bien estas dos primeras fuentes han sido incorporadas por la nueva Constitución, con la variante de introducirlas como principios de aplicación generales para todos los derechos, el constituyente considero que, el concepto de

naturaleza humano en verdad es muy ambiguo para delimitar que derechos pueden derivarse de aquella, reemplazándolo entonces, con un moderno principio denominado como “clausula abierta” y que se relaciona exclusivamente con el principio de la dignidad de la persona como fuente de derechos.

Al referirnos a la Constitución y a los instrumentos internacionales no tenemos mayor problema, son fuentes claras y evidentes que no generan conflicto de estudio. La Constitución no es otra cosa sino el referente máximo para considerar a que derechos un Estado les ha otorgado criterio y razón jurídica, a fin de volverlos tan importantes que fundamenten la convivencia humana, individual o colectivamente. A propósito de esto que claramente han sido categorizados como fundamentales, instruyendo la Constitución una parte dogmática o sustancial. Es por lo tanto, la Carta Fundamental el primero lugar al que se debe acudir si se quiere dilucidar cuales son los derechos que el Estado considera como fundamentales para las personas y que, por tanto, merecen una especial protección.

Lo mismo que sucede con la Constitución sucede con los instrumentos internacionales, al respecto de plasmar cuales son los derechos que un país debe considerar como básicos y fundamentales, supliendo así en algunos casos, la falta de reconocimiento de un derecho por parte de la Constitución, o simplemente gozando de una protección más favorable para el mismo que la otorgada en el ordenamiento interno de un Estado. La Constitución al platicarnos sobre instrumentos internacionales, abre el universo de esta fuente a un doble sentido, tanto al de los tratados internacionales obligatorios y vinculantes para los Estados suscriptores; como al del *soft law* o declaraciones internacionales que contenían únicamente normas programáticas de fin que no podían ser aplicadas directamente ni eran obligatorias para los Estados.

Ahora bien, sabemos que es la dignidad de la persona, dedicamos un capítulo entero a su estudio y, podemos, sin miedo a errar, decir que, de



forma innegable referirnos a la dignidad es referirnos a un concepto con arto sustento jurídico. De la obra de L. Ferrajoli nos trasladamos sutilmente a la obra de E. Kant para tomar un principio y celebre formula filosófica elemental para dar sustento jurídico a la dignidad, “nadie debe ser un medio para que otros cumplan sus fines salvo que sean medio y fin al mismo tiempo” (Kant, *Methaphysics of morals*). Entonces la dignidad adecuada a ser un principio de aplicación nos remite a lo que la doctrina a denominado “clausula abierta”, pues este principios moderniza constantemente el sistema de derechos, abre la posibilidad de que los derechos que no se encuentran reconocidos en la Constitución o en tratados internacionales, pero que asisten a las personas, puedan ser justiciables. Nos atañe entonces decir que es indudable que por ejemplo, el avance de la ciencia y la tecnología puedan crear la necesidad de nuevos derechos para las generaciones futuras, de tal suerte que, existe la necesidad de una clausula abierta en beneficio y protección de posibles amenazas y males que por el momento no pueden aun ser identificadas; El Estado tienen como fin incuestionable realizar la dignidad. (Alexy, *Neoconstitucionalismo(s)* 45)

### **3.9 Principio de progresividad y no regresividad.**

“Art. 11. 8... El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio... Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”

Si vamos a tratar de la progresividad no podemos de ninguna forma apartarnos de otro principio sumamente importante en la teoría de los derechos humanos, y que por sus características se vincula íntimamente con este, nos referimos a la no regresividad. Debemos tener clara y lucida una circunstancia especial en nuestro moderno sistema y que ha sido recogida por la doctrina actual, si tradicionalmente se consideraba que solo los

derechos civiles eran de cumplimiento inmediato y que los derechos sociales, culturales, económicos, colectivos, entre otros, eran de desarrollo progresivo pues significaban una erogación estatal, actualmente ya no lo es más de esta forma. La verdad es que todos los derechos versan de una dimensión tanto de cumplimiento inmediato como de desarrollo progresivo en tanto tienen un contenido mínimo esencial que debe ser desarrollado. Decir que los derechos son progresivos es permitir su avance, su expansión en el contenido, es darles un ciclo de crecimiento sustentado y armónico que colme vacíos en plazas donde su protección es débil o incompleta.

En el lado disímil de la progresividad como complemento de este, límite y resistencia a desandar lo caminado en las condiciones básicas y progresivas para la satisfacción y goce de los derechos, está el principio de no regresividad se encuentra la no regresividad, *no dar paso atrás*. La regresividad no es admisible, está prohibida y, para ser aplicable requiere de un análisis estricto y minucioso que de como resultado que su aplicación implica una protección más efectiva que la vigente al tiempo de la aplicación en el goce de los derechos y de manera temporal. Principios que en conjunto garantizan la continuidad en las políticas y los servicios públicos indistintamente del gobierno o ideología de turno.

En suma, la finalidad es que todos los derechos, en un momento, sean aplicados y cumplidos de manera inmediata, muy aparte y jamás en el sentido de que esto solo podría ocurrir si el Estado tiene recursos suficientes para hacerlo, pues gran parte del desarrollo puede darse sin un costo, o con la significación de un costo mínimo pero inmenso beneficio al goce y ejercicio de los derechos de las personas.

### **3.10. Principio de Responsabilidad del Estado; el deber de respetar y garantizar.**

“Art. 11. 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución... El Estado,

sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos... El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas... El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso... Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”

El legislador constituyente, sabiamente, ha integrado a la responsabilidad del Estado no solo como un derecho de los individuos, frente a los excesos del poder, sino como un mecanismo de resarcimiento y obligación del Estado frente a todas las acciones u omisiones de los funcionarios que vulneren y puedan vulnerar este sistema integrado de derechos, en el cual en virtud de un principio de indivisibilidad como carácter de los derechos, la vulneración de uno de ellos, significa la vulneración de todo su sistema, sino en virtud del nuevo marco estatal, este principio ha adquirido una nueva dimensión y sustancia, sustancia que lo ha redefinido como una manera de moldear, dar forma y si se quiere decir así, atemperar ese alcance potencialmente ilimitado de los derechos para su consecución y máxima efectividad, dejando así de ser estos, meras declaraciones líricas y normas programáticas, para ser mandatos de reconocimiento de la dignidad, normas jurídicas de contenido, directrices y normas de fin, que por ser directa e inmediatamente aplicables y plenamente justiciables, también son normas

de acción, en un estrato superior al de simple regla sin contenido axiológico que sin embargo es válida es virtud del principio de legalidad.

Pero no siempre el deber más alto del Estado fue respetar y hacer respetar los derechos, por el contrario, es un alcance novísimo y reciente, en primer orden el deber más alto era cumplir la voluntad de la autoridad soberana, el Rey; el Estado legal y el modelo liberal trajeron consigo el más alto deber de cumplir la Ley, y, no es sino el Estado constitucional el que prima a los derechos reconocidos en la Constitución y pone al Estado a su servicio imponiendo como mas alto y ultimo fin, su respeto. En consecuencia, cualquier otro fin que persiga o tenga el Estado deberá sin más, sin reproche ni capricho, ir en la corriente de la funcionalización de sus objetivos a respetar y hacer respetar los derechos, estructurarse inferiormente al fin máximo de la organización estatal.

El Ecuador es y será suscriptor de innumerables instrumentos internacionales de derechos humanos, su responsabilidad estatal no nace de la ley, nace de los derechos, y es por esto que el país ha reproducido en su lenguaje constitucional, la misma forma de responsabilidad que determinan estos tratados, ya sea la Convención Americana sobre derechos humanos, el pacto de San José de Costa Rica, entre otros. De esta forma, los tratados internacionales, en especial los que forman parte del sistema interamericano de derechos humano, establecen obligaciones generales que deben cumplir los Estados frente a los derechos. Dichas obligaciones pueden ser negativas o positivas; las primeras se conocen como obligaciones de “respetar” de no tocar, son obligaciones en forma de abstención por parte del Estado frente a las manifestaciones positivas del ejercicio de los derechos, es decir, no se puede si quiera acariciar un derecho cuando se lo está ejerciendo, existe esta forma negativa de responsabilidad. En segundo lugar está la obligación de garantizar o “hacer respetar” los derechos, lo cual, por el contrario a la negativa de abstención o respeto, implica obligaciones de carácter positivo, de hacer, como tomar medidas, desarrollar planes estratégicos, hacer investigaciones y proyectos,

tener un aparato de justicia eficiente que resuelva conflictos horizontales entre particulares.

Entonces, es muy sencillo, ¿Cuándo se incumplen estas obligaciones? Si el Estado toma y realiza acciones cuando no lo debe hacer, incumple la obligación de respeto; mientras que, si este, omite actuar cuando tenía el deber jurídico de hacerlo, incumple su obligación de “hacer respetar” o garantizar.

Miguel Carbonell sostiene, ilustradamente que, la teoría *neoconstitucional* puede ser estudiada, aplicada y mucho menos entendida desde el punto de vista del derecho constitucional clásico, peor desde la óptica del derechos privado, es por esto que, la responsabilidad del Estado debe ser una responsabilidad objetivo y no subjetiva del derecho civil, que deba declarada para enmendar, indemnizar o resarcir un daño que ha provocado. La responsabilidad objetiva, como gran parte de nuestro sistema constitucional es propia del alcance de los derechos humanos, encontrando sustancial diferencia con la responsabilidad subjetiva, en que no hay la necesidad de que se declare la existencia de una derecho y sobre todo que se grade y vincule a una persona con el daño dependiente de su ánimo; la responsabilidad objetiva reacciona inmediatamente frente a la producción de un daño e independientemente de que institución, funcionario o servidor sea el responsable, lo repara, incluso si el daño se produjo por omisión, negligencia o culpa.

Sin embargo, el Estado si bien es responsable objetivamente, no puede tampoco ser afectado sin determinar un responsable que por su acción u omisión provocó el mal funcionamiento, anormal o irregular de un servicio, o simplemente procedió con negligencia. El Estado debe también ser reparado, pues si bien él responde directamente ante la víctima, alguien debe también responderle a él, es por esto que tiene una obligación de repetir, es decir, de investigar y sancionar a los agentes del Estado que provocaron la violación del derecho y el perjuicio al Estado, de tal forma que

un responsable individual pague al Estado lo que él hizo a su nombre para reparar el derecho.

Estos, a brevedad, son los principios de aplicación de los derechos, las normas jurídicas, pues participan de esta calidad, que dan forma y atemperan el ejercicio y goce de los derechos en relación a su vasto, extenso, ingente e ilimitado potencial, son los principios de aplicación en su estructura, también abstracta y ambigua, los que permiten que los derechos, estas normas téticas, se maximicen por el camino y con la solución que mejor llegue a armonizar el sistema entero, que propongan una condición deóntica nueva, ocurrida y aplicable a casos idénticos y análogos, y determinen que el derecho constitucional es un derecho absoluto, un derecho vivo, imaginativo, inventado, pensante y habido de reinvención, a través de su cerebro y su boca, los jueces.

## CONCLUSIÓN

Como consumación y desenlace de este trabajo, concluimos en decir que el advenimiento e instauración de una *crassa* reforma constitucional a la estructura estatal, económica, social y en especial al ordenamiento jurídico ecuatoriano ha significado sin lugar a duda graves reacciones en la razón jurídica nacional, tanto de los abogados en libre ejercicio como de jueces, estudiosos y demás apasionados por la ciencia del derecho.

No es extraño recabar en que la asamblea constituyente ha roto y resquebrajado esquemas clásicos vigentes durante siglos, construidos como pilares de la ciencia jurídica por arduas, dracónicas y sangrientas luchas, tolerancias y paciencias históricas, que sin restar merito alguno pues responde a necesidades, circunstancias sucesos temporales, han ido, por su propia conformación sistemática, restándose eficacia, validez y vigencia.

Resulta, por decir lo menos, algo verdaderamente difícil de comprender, un empezar de cero, un borrón y cuenta nueva, pues un asunto de materia tan delicada como lo es el derecho, no se puede tomar un cambio radical a la ligera, requiere de un estudio profundo y exhaustivo, que nos deslinde y releve del nihilismo jurídico, de la negación y el encapsulamiento de lo tradicional, lo clásico; lo legal.

Entonces, el Ecuador, innovo su continente, quizá en un ropaje muy delicado y grande para su talla, más que un ropaje un arte, un arte sin dogmas estrictos. Un arte jurídico pensante, crítico e incansable, que superó la esfera de lo legal - una esfera de creación técnica pura y sistemática de leyes, tratando de colmar espacios vacíos hasta desviarse en un fetiche legislativo que dejó el camino de lo justo por el camino de la Ley. pues, aunque un poco brusco, nuestro Estado se ubicó, con acierto, en un mundo jurídico supraordenado.

Al haber reseñado y estudiado la importancia de los derechos fundamentales, mismos que responden a criterios críticos y no naturales únicamente, hemos evidenciado su papel fundamental dentro de un Estado constitucional de derecho y justicia, resumiéndolo en lo siguiente, los derechos de las personas superan y rebasan el ámbito de aplicación de la Ley, se proclaman como la razón de ser, el centro, principio y fin de la vida estatal, son sus pilares, sus anclajes y direcciones, su único objetivo. Son el contenido, la esencia y los conectores de las normas e instituciones jurídicas, lo que constituye parte de un moderno paradigma neoconstitucional.

Ahora conocemos con claridad, que los derechos, al ser expresiones de los valores de las personas, son también principios, pues tienen contenido y estructura de norma jurídica, muy aparte de la criba de la Ley, esta estructura obliga a través de garantías, sean primarias o secundarias, a que todos los poderes públicos, adecuen su actuar administrativo, e incluso el legislativo a través de la producción de Ley, a los derechos, aquello de no cumplirse provoca que toda Ley, resolución acto o decisión administrativa carezca de eficacia jurídica, pues son los derechos los que otorgan y brindan y contenido. Entonces, la naturaleza de los derechos es la de ser los valores mismo de las personas, la manifestación de su dignidad, de su autodeterminación que trasladados a elementos jurídicos, forman límites, senderos y garantías de los ciudadanos y el Estado; elementos jurídicos llamados derechos o principios.

Pero el máximo alcance, consideramos, se encuentra en brindar las herramientas y mecanismos que puedan volver efectivos y satisfagan el goce de los derechos en todas sus variaciones, formas y concreciones, y volver así a los derechos herramientas para su propia aplicación y garantía, con su estructura propia que engloba todo el sistema legal. Es esta variación en la estructura de los derechos que los comprende como principios, normas *téticas* extensibles y expansibles con sus características de ser abstractas,



ambiguas y generales que abren caudales de posibilidades maximizadas, la que vigoriza el sistema jurídico y revive la noción de moral, axiología y justicia, la que reivindica al ser humano como el núcleo del Estado, a fin de que el resultado deóntico de la exigencia de sus derechos no se limite a la subsunción de una problemática de hecho a la Ley, sino a que un juez valore, razone y cree norma –de considerarlo necesario- que de la respuesta deóntica adecuada, y aplique su *Ley del más débil*.

A estos principios especiales herramientas, de aplicación general, nuestra Carta Fundamental los ha denominado como “Principios de Aplicación”, y son los que mecanizan el lenguaje de los derechos, los que posibilitan la aplicación de los principios sustantivos reconocidos y garantizados a lo largo de todo el texto constitucional, son los que dan su forma y los atemperan a fin de que su potencial ilimitado no constituya un abuso y exceso de arbitrariedad so pretexto de su efectividad y consecución. Todos estos principios, en conjunto los sustantivos y los de aplicación, constituyen el ordenamiento jurídico metanormativo, pues son los únicos criterios válidos que anclan y orientan a los jueces, servidores y autoridades administrativas que tengan en sus manos un conflicto o el goce de un derecho, lo que desplaza a la Ley a un segundo plano y papel, el de solo desarrollarlos y respetar su cauce determinado. Pues el sistema ahora es dúctil, flexible, dócil y brío, volátil y maleable, solo podemos lograr una sociedad justa, equitativa, ecuánime y en condiciones de igualdad, una sociedad que respete la persona y no la economía, la dignidad y no el poder, que sea proclive a desarrollar las virtualidades de quienes la forman y dan sentido. A tomar la palabra y obligarse a los derechos.

La historia nos ha dado una oportunidad única, insuperable para la época, y nos corresponde a quienes llevamos el joven espíritu de lucha del derecho el ser los escritores de esta nueva historia, ponernos una nueva vestidura de cambio, de revolución y riña lógica, la cuestión; formar parte del cambio, impulsarlo, crear una nueva cultura jurídica entre los jueces y profesionales

del derecho, buscar el entendimiento de lo que la reforma trae consigo y debe significar. Tomar una voz viva.

En nuestras manos tenemos una oportunidad histórica de reforma y cambio. La cual solo tendrá lugar, si el cambio en primera fase no lleva un cambio moral, que entienda que los derechos deben ser justiciables y no meramente programáticos.

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. El Derecho General de Libertad, en Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

—. La fórmula del peso. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ed. Miguel Carbonell. Primera edición. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

—. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

—. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: CEC, 1993.

Alexy, Robert y Joseph Raz. Una discusión sobre la teoría del derecho. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

Asamblea Constituyente. Constitución de la República del Ecuador. 2008.

Ávila Santamaría, Ramiro. Los Principios de los Derechos. La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Primera edición. Quito: V&M Gráficas, 2008.

Ávila, Ramiro. Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

—. Neo constitucionalismo y sociedad. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Caballenas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Argentina: Heliasta S.R.L., 1979.

Carbonell, Miguel. Neo constitucionalismos. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

Costa, Pietro. El Estado Moderno en Europa; Instituciones y Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

Cruz Parceró, Juan Antonio. El Lenguaje de los Derechos; ensayo para una teoría estructural de los derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, s.f.

Ferrajoli, Luigi. Democracia y Garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

—. Neo constitucionalismos. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

Filippi, Alberto. El Pensamiento de Bobbio en la cultura iberoamericana. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2006.

Fioravanti, Maurizio. El Estado Moderno en Europa; Instituciones y Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

Fleiner, Thomas. Derechos Humanos. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

Fukuyama, Francis. Fin de la Historia y el Último Hombre. Picador, 2001.

—. La Construcción del Estado. Barcelona: Editorial B., 2004.

Hart, Herbert L.A. El concepto del Derecho. Ed. Abedelo-Perrot. Buenos Aires: Edición Original de Oxford University Press. 1961, 1998.

Horkheimer, Max. Sociedad, razón y libertad. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

Kant, Immanuel. Crítica de la razón práctica. Primera edición. Quinta reimpresión. Editorial Alianza, 2007.

—. Methaphysics of morals. Madrid: Editorial Alianza, 2007.

Locke. Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil, en J.L., Dos Ensayos sobre el gobierno civil. Madrid: Traducción castellana de Espasa-Calpe, 1991.

Nieto, Alejandro. Crítica de la razón jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

Nino, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos: un ensayo de fundameentación. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

Palombella, Giuanluigi. L'autorita dei diritti, I diritti fondamentali tra istituzioni e norme. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

Peña Freire, Manuel Antonio. La Garantía en el Estado Constitucional de Derechos. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

Pérez Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002.

Rivadeneira, Ramiro. Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional. Quito: Publicación de la Corte Constitucional para el periodo de transición., 2008.

Wihelmi, Marco Aparicio. Desafíos Constitucionales: La Constitución Ecuatoriana en Perspectiva. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta, 2005.