



Facultad de Derecho

Marco Teórico Jurídico del Derecho de Admisión en el Ecuador

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos para obtener el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica.

Dr. Santiago Andrade Mayorga

Freddy Andrés Ríos Almeida

2010

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante Freddy Andrés Ríos Almeida, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente”.

Santiago Andrade Mayorga

Doctor

C.I. 1705660841

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Freddy Andrés Ríos Almeida

C.I. 1718516360

AGRADECIMIENTO

Gracias a mis padres, quienes con su generosidad, han permitido y apoyado el desarrollo integral de mi personalidad.

Agradezco a mi maestro y amigo, el Doctor Santiago Andrade Mayorga, por el empeño y paciencia que ha tenido, quien con su vasto conocimiento sobre la materia, y con su ilusión de un mundo de derecho, causó en mí la admiración y respeto que hoy le tengo.

A todas las personas, quienes de una u otra manera ayudaron a conformar el mejor criterio posible en mí.....

DEDICATORIA

A mis Padres, Quienes me enseñaron
a caminar en la vida

RESUMEN

Este trabajo nace de una experiencia personal, pero que después de un análisis pormenorizado de los conceptos jurídicos que se encuentran inmersos en la situación, se demuestra la existencia del llamado "*derecho de admisión*"; no como una prerrogativa de quien goza del derecho a la propiedad privada, sino más bien como un derecho fundamental relacional, que se encuentra recogido intrínsecamente en la Constitución Ecuatoriana del 2008.

Se hace un análisis retrospectivo, en el tiempo y en el espacio, de los derechos fundamentales, que después derivarían en *derechos de libertad y derechos sociales*, los cuales se encuentran recogidos actualmente en la Constitución.

Se descifra la existencia del *bien jurídico protegido* en el *derecho de admisión*, y se realiza un análisis, de como se conforma el *derecho de admisión* como *derecho fundamental*.

Se demuestra la ilegalidad e ilegitimidad del concepto mal llamado, "*reserva del derecho de admisión*", en base al cual se cometen cualquier tipo de discriminaciones, sin que exista ningún límite en su aplicación, y sin tener ninguna base jurídica para hacerlo.

Se plantea la hipótesis jurídica de un caso real, en el que se encuentra en confrontación el *principio de igualdad* versus el *principio de la autonomía de la voluntad privada*, y para su solución, se plantea una breve idea de lo que procedería en un *juicio de ponderación*.

ABSTRACT

This work is a consequence of a personal experience, after a detailed analysis of the legal concepts involved in this situation, which shows the existence of an “admission right”, not as the owner’s power for discrimination, but like a relational human right, which is recognized and warranted by the Ecuadorian Constitution of 2008.

A time and space retrospective analysis has been done, regarding the bases of the human rights, that will later be called liberty rights and social rights, currently recognized in our Constitution.

A Legally protected interest of the admission right has been deciphered by an analysis, and how it’s configured as a human right.

During the development of this work, it is possible to see the illegitimate and unlawful, wrongly called “admission right”, which is used to commit any type of discrimination acts without limits on its application, and without any legal background to support such actions.

As a conclusion of this work, a real case has been used as a legal hypothesis to show the confrontation of two principles: Equality versus Private Ownership Self-government; for its solution both principles have been submitted to a balancing test.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------	---

CAPÍTULO I

1.- Conceptos Fundamentales	5
1.1. Derechos Constitucionales: Derechos Humanos Derechos Fundamentales	5
1.2. Derechos de Libertad y Derechos Sociales	26
1.2.1 Naturaleza	26
1.2.2 Estructura	29
1.2.2.1 Derechos de Libertad	40
1.2.2.2 Derechos Sociales	42
1.3. Bien Jurídico Protegido	55
1.4. Derecho de Admisión como Derecho Fundamental	57

CAPÍTULO II

2.- Autonomía de la voluntad Privada, sus Elementos y Derecho a la Propiedad Privada	63
2.1 Autonomía de la voluntad privada y sus elemento	63
2.1.1 Autodeterminación	63
2.1.2 Autorresponsabilidad	67
2.1.3 Autonomía de la Voluntad Privada	70
2.2 Derecho a la Propiedad Privada	77
2.2.1 Tipos de Propiedad	82

CAPÍTULO III

3.- Métodos y Garantías Jurisdiccionales de Protección de Derechos	84
3.1 Garantías	84
3.2 Ponderación	90
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA	100

INTRODUCCIÓN

Primero, debo advertir que quien sea lector de este trabajo debe procurar tener una mentalidad abierta hacia los nuevos paradigmas del nuevo Derecho Constitucional; se debe hacer una comparación espacio-tiempo-derecho para poder ubicar las nuevas teorías constitucionales que son parte fundamental de este trabajo y que sin ellas no se podría tratar el problema del “derecho de admisión” adecuadamente. Por lo tanto dedicaré parte del trabajo a ubicar el terreno constitucional y social en donde radica nuestro problema.

Partimos del hecho de la Constitución Ecuatoriana del 2008, la cual incluye nuevos principios, nuevos términos, nuevos derechos, nueva organización del Estado, imbuida por nuevas teorías constitucionales que hacen de aquel texto un cofre de ideas diferentes.

Estamos frente a una nueva forma de ver la Constitución, una donde lo más importante son los Derechos Humanos, donde los derechos fundamentales están por sobre cualquier otra cosa; el Estado existe para garantizar el correcto ejercicio de estos derechos y su cumplimiento, y así en consecuencia mantener el orden de la sociedad.

Para entender mejor el significado de Constitución, quisiera empezar diferenciando entre la democracia plebiscitaria y la democracia constitucional de la cual nos habla Luigi Ferrajoli ¹, y que anteriormente ya fue tratado por Platón como “*el gobierno de los hombres vs el gobierno de las leyes*” en sus diálogos de “*La República*” y “*Las leyes*”, donde después de hacer su análisis de cómo los diferentes tipos de gobiernos derivan en otros sistemas políticos degenerados (aristocracia en timarquía, ésta en oligarquía, ésta en democracia y ésta en tiranía), él invita a pensar que los gobernantes deben necesariamente

¹ Luigi Ferrajoli, *La democracia Constitucional*, Publicado en Vulpiani Pietro, L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità, Milan, Alisei Armando Editore, 1997.

ser sometidos a la ley, y así sin importar el tipo de gobierno que tenga un Estado, la política esté sometida a la ley, que en nuestro caso viene a ser la Constitución.

La democracia plebiscitaria, nos dice Ferrajoli ², es un modelo donde la legitimación del poder y de la ley, solo pasa por haber una mayoría de personas que esté de acuerdo en que es así, la mayoría es quien decide qué debe ser y qué no, lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, sin que haya límites de acción para quienes ejercen el poder, legitimados tan solo por la omnipotencia de la mayoría.

El mejor ejemplo de este tipo de democracia la encontramos en el preámbulo de la Segunda Guerra Mundial, cuando el Partido Nacional-Socialista Alemán, después de haber perdido las elecciones de 1930, y luego en 1932, donde ganó el ex mariscal Hindenburg, en 1933, por medio de presiones sociales, su máximo líder Adolfo Hitler se hace nombrar canciller por Hindenburg y en las elecciones de marzo llega al poder, apoyado por un 90% de votos en un plebiscito, logrando obtener plenos poderes como Canciller.

Llegó al poder democráticamente y legitimado por la mayoría de su pueblo, emprendió una de las más grandes masacres del siglo XX.

Después de todos estos lamentables sucesos históricos, nace una nueva forma de ver al constitucionalismo y al derecho; la parte occidental del mundo se da cuenta de que debe ir hacia un modelo que permita que todos los seres humanos estén protegidos de los Estados y de su política, sin importar dónde se encuentren, y también la noción de soberanía de los Estados cambia radicalmente en su concepto. Ya no es un Estado quien otorga derechos fundamentales a las personas, sino que es la humanidad la que reconoce y exige que todos los Estados respeten los Derechos Humanos de los que goza cada persona.

Como hemos visto, esta noción de democracia (plebiscitaria), aún cuando hoy se sigue ejerciendo en algunos países, sus actos ya no pueden ser legitimados

2 Ídem.

por el simple hecho de haber una mayoría eleccionaria. Por eso, Ferrajoli habla de una nueva tendencia constitucional mundial llamada “Democracia constitucional”.

Ferrajoli la describe como:

“un sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones³”.

En este sistema, la mayoría solamente queda para decidir sobre lo que no está limitado por los derechos fundamentales a los que podemos dividir en *derechos de libertad y derechos sociales*; entendemos así que las mayorías nunca podrán legitimar de nuevo a gobiernos o poderes que respaldados por un gran número, manipule la institucionalidad jurídica como mejor le parezca.

Por eso, en la democracia constitucional lo que se pretende es lograr que exista un respeto inflexible al Derecho, en especial en lo que atañe a los derechos fundamentales de las personas, pero también respecto a la supremacía normativa de la Constitución, a las formas restringidas de modificación de la misma, y a la forma estricta de interpretación de la misma por parte de la Justicia Constitucional. Es enmarcar a la política dentro de una esfera de derecho, que sin importar las tendencias ideológicas de un gobierno o Estado con respecto a la forma de organización, o el tipo de economía que decidan tener, la moneda, los derechos que otorguen a sus ciudadanos, etcétera, estos jamás puedan rebasar el límite que impone el Derecho esencial de las personas que todas las Constituciones están obligadas a reconocer, entendiendo que el ser humano es el fin y justificación del Estado, cuya causa última es el bien común.

El nuevo paradigma garantista, que forma parte esencial de una democracia constitucional, preconiza aparte de las normas procedimentales sobre la

3 Ídem

formación de las leyes, los contenidos sustanciales de las normas tienen que necesariamente estar vinculados y acorde a los principios recogidos en la Constitución, principios de igualdad, paz, seguridad, etc...

Partiendo de una división bastante acertada acerca de la “*norma*”⁴, dada por C. S. Nino, en la que siendo la *norma tética* solo el enunciamiento de principios que no constriñen una obligación concreta al Estado respecto de la praxis de los derechos constitucionales, y que la misma debe ser llevada a la realidad social para que no quede como letra muerta, se complementa junto a la *norma hipotética* mas comúnmente conocida como la “*regla*”, que es la que, guardando conformidad con los principios constitucionales, hará que se cumplan los derechos con el fin de llegar a la justicia; consecuentemente, y según este autor lo define, la norma jurídica se compone de tres elementos: la *norma tética*(principios), la *norma hipotética*(la regla), y la *valoración de la justicia*(conexión efectiva y material de la norma con la otra). Por consiguiente, cuando la parte descriptiva de la norma aplicada a un caso en concreto pudiese derivar eventualmente en una injusticia, a quien corresponda aplicar la norma, tendrá que buscar otra de igual jerarquía o crear una justa para el caso en concreto.

Lo que demostraremos más adelante está estrechamente relacionado con esta idea de normativa constitucional; descubriremos si el *derecho de admisión* y sus relaciones con el derecho de propiedad, el derecho de libre acceso a lugares públicos, el derecho a no ser discriminado, el derecho de admitir y el derecho a ser admitido entre otros, se armonizan dentro del marco constitucional actual.

4 C.S Nino en Ramiro Ávila Santamaría, *Constitución 2008 en el contexto Andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, p. 24.

CAPÍTULO I

1.- Conceptos Fundamentales

1.1.- Derechos Constitucionales: Derechos Humanos Derechos Fundamentales

Tradicionalmente se ha considerado como derechos fundamentales a los derechos que se consideran subjetivos, a derechos naturales, derechos básicos o derechos que las personas han adquirido por el simple hecho de pertenecer a la especie humana.

Algunas corrientes iusnaturalistas consideraban a estos derechos, como un regalo que le había concedido Dios al hombre y que nadie debía arrebatárselos de otro hombre.

Otras corrientes iusnaturalistas invitan a pensar, que los derechos subjetivos son aquellos que nacen del *corazón del hombre*, como aquel sentido de justicia y poder para diferenciar lo bueno de lo malo.

Por lo general, las declaraciones de derechos han ido acompañadas con la evolución del constitucionalismo, su naturaleza radica ahí, en la positivización de los derechos que en diferentes épocas y circunstancias, algún grupo grande o pequeño de personas los reclamó al creerse poseedor de ellos.

Es así como en la Edad Media ya teníamos derechos, aunque muy restringidos y dependientes de las voluntades de los soberanos (monarcas), pero al fin y al cabo, derechos que reconocía el Estado a sus ciudadanos.

Podemos tomar como inicio de la *positivización de derechos* en documentos de nivel constitucional, a la “*Carta Magna*” inglesa de 1215, la cual obligaron a firmar a Juan “*sin-Tierra*”- hermano de Ricardo “*Corazón de León*” Rey de Inglaterra en aquella época, para que reconociera derechos y cediera

privilegios. Aunque esta fue más bien un reconocimiento de derechos más para los nobles de ascendencia normanda, y otros grupos que no eran precisamente el “*pueblo*”, se incluyó pasajes donde ya se hablaba de los derechos de los “*hombres libres*” Se beneficiaron de estos derechos principalmente los señores feudales y todos quienes pertenecían a la nobleza, quienes adquirieron derechos frente al abuso del rey; derechos como el debido proceso, respeto a las libertades de culto, libertad política, derecho a gozar de título perpetuo, entre sus principales.

Con el pasar del tiempo y de las luchas sociales cada vez más intensas, las garantías y derechos reconocidos en dicha carta se fueron esparciendo al resto de “*hombres libres*”; es así como en 1628 se creyó conveniente que a dicha carta se le incluyeran la “*Petición de derechos*” y luego en 1689 la “*Declaración de Derechos*” (*Bill of Rights*).

John Locke(1632-1704), quien fue uno de los pensadores políticos más influyentes de la época, y que pregonó siempre la teoría del liberalismo moderno dice que:

“el hombre nace con un título a la perfecta libertad y al disfrute ilimitado de todos los derechos y privilegios de la ley natural, y tiene el poder de defender su propiedad, es decir su vida, su libertad y sus bienes⁵”.

Y dice que la única razón por la que los individuos se agrupan en Estados, ceden parte de su libertad y se someten a un gobierno, es solo con el fin de salvaguardar su “*propiedad*”.

Entiéndase por propiedad, no solo la materialidad de ella, si no todo el conjunto de derechos que forman parte de la propiedad intrínseca de cada persona.

Consecuencia de la expansión de las ideas del liberalismo en todo Europa y el nuevo continente “*América*”, filósofos como Voltaire, Montesquieu y Rousseau,

5 Locke John, *Ensayo sobre el Gobierno civil*, Madrid, Aguilar, 1969, p. 37.

empezaron a divulgar ideas que iban en contra del “*status quo*” de la época y que invitaban a reflexionar a los integrantes de los diferentes estados europeos y americanos, respecto de la organización social, de los derechos de las personas y de todos los elementos que traerían a la vida a los nuevos “*estados democráticos*”.

Empezó así la formación de un nuevo pensamiento, el soberano no era más esa figura omnipotente designada por Dios que tenía el poder de hacer con la gente lo que quisiera sin respetar ningún derecho.

Jean Jacques Rousseau (1712-1778) expresaba ideas en el pacto social acerca de los límites del soberano sobre los súbditos, ya que el soberano goza del poder que de mutuo acuerdo se le ha otorgado para que guíe al pueblo hacia el bienestar común, así el poder del soberano no supera los límites de la utilidad pública: “*El soberano no puede cargar al ciudadano con ninguna cadena que sea inútil para la sociedad*”⁶

Así es como se afianzó el poder del pueblo sobre el de la corona y el reconocimiento de la debilidad del “*soberano*” ante el mismo. El soberano no era más el monarca, sino el pueblo, y de este nacería cualquier legitimidad del poder en lo posterior.

No fue sino hasta el siglo XVIII, con las independencias tanto americana en 1776, la Constitución de Filadelfia de 1787 y el Bill of Rights Americano más comúnmente conocidos como las primeras enmiendas, cuanto la Revolución francesa, que traerá como consecuencia la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*” en 1789.

Cito parte de la Declaración de los Derechos del Hombre transcrita por Louis Blanc en *Historia de la Revolución Francesa*⁷:

6 Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, Longseller, 2005, p. 63.

7 Luis Blanc en Ricardo Rabinovich, *Recorriendo la Historia del Derecho*, Librería Jurídica Cevallos, Quito, 2003. p. 260.

“Los representantes del pueblo francés, constituidos en asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las solas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables, y sagrados de hombre:

Art 1.- Los hombres nacen y permanecen libres en derechos. Las distinciones sociales no pueden ser fundadas sino sobre la utilidad común.

Art 2.- El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son: libertad, seguridad, propiedad y la resistencia a la opresión”.

Así observamos cómo tomaba mayor fuerza la idea de plasmar por escrito, todos los valores que la sociedad con su continua evolución iba considerando “*derechos naturales*”, los cuales, al menos los ciudadanos de los países que los pregonaban, gozaban.

La mayor trascendencia de la Revolución Francesa estuvo ahí, en el Derecho y el Estado, en la forma de organización de la sociedad, la división de poderes, en la exigencia del pueblo a que el Estado les reconociera derechos y los hiciera respetar frente al poder; en síntesis, todos los elementos que formarían la ideología de los “*estados demócratas*” y de la convivencia de la gente bajo el manto de la idea de “*democracia*” junto a todos los derechos que ésta involucraba.

La Revolución Francesa fue el hito histórico más influyente en las independencias de América Latina y el Caribe. Es así como las ideas revolucionarias de libertad, derechos y democracia se implantaron en los países independizados; claro que estos derechos tampoco fueron para todos, sino solo para unos pocos, por ejemplo el actual Ecuador fue uno de las primeras naciones en lograr su independencia de España, pero esto no significó la terminación de la opresión del pueblo indígena por parte de los llamados “*criollos*”, como se supone debería haber pasado, sino que más bien los criollos quienes pasaron a tener el poder político del país, siguieron imponiendo leyes abusivas a quienes estaban en condiciones de inferioridad;

es así como por muchos años los indígenas tuvieron muchísimas restricciones en sus derechos, no podían estudiar en los mismo lugares, se los seguía incluyendo en las compra ventas de haciendas como parte del ganado o cualquier otro bien, etcétera. Al igual pasó en otros países como Colombia, Venezuela, Bolivia, etcétera.

Como hemos visto a lo largo de la historia de la humanidad, el Derecho y todos sus elementos se encuentran en constante desarrollo acorde al desenvolvimiento de la sociedad, y como no podía ser de otra manera tenía que llegar, al igual que en la Revolución Francesa, otro momento histórico donde la humanidad vuelve a cansarse de otro tipo de abuso del ser humano, que por circunstancias económicas resultaba uno ser el más fuerte en una relación laboral y por lo tanto oprimía a otra que era el más débil.

Es así que como consecuencia de la explotación obrera, de la opresión del capital, de la inequidad, de la fortaleza de las industrias y de quienes ejercían el poder económico, se suscitaba otro hecho histórico trascendental para el constitucionalismo, como lo es la “*Revolución Industrial*” a mitad del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Principalmente ésta fue ocasionada por el abuso de quienes poseían el “*capital*”, sobre quienes no lo poseían, los “*obreros*”, lo que trajo como consecuencia que los oprimidos se agremien, creando así los sindicatos de trabajadores, partidos políticos que representaban a su gremio y la exigencia de salarios más justos, reducción de horas de trabajo, estabilidad laboral, etcétera.

Como sucedió con los acontecimientos suscitados en Chicago, consecuencia del excesivo abuso de parte de los patronos que eran dueños del capital, se produjo la *lucha por la consecución de la jornada laboral de ocho horas que tuvieron su origen en la huelga iniciada el 1 de mayo de 1886 y su punto álgido tres días más tarde, el 4 de mayo, en la Revuelta de Haymarket*⁸. Los Mártires de Chicago lograron que se deje de lado en el mundo occidental, esa

8 http://es.wikipedia.org/wiki/D%C3%ADa_internacional_de_los_trabajadores visitada el 2 de julio de 2009.

concepción del derecho laboral como parte del derecho civil, es decir que la mano de obra solamente era un arrendamiento de fuerza de trabajo y que se regulaba como cualquier intercambio mercantil, y por lo tanto no gozaba de ninguna protección por parte del Estado. Después de estos acontecimientos, el derecho laboral tomaría un concepto de autonomía importantísimo, separándose del derecho civil y pasando a regularse por sí mismo y bajo otros principios y valores.

Los derechos que ahí se reclamaron son los que inicialmente traerían a la vida lo que se denominaría el "*Constitucionalismo Social*⁹", el cual podemos definir como el movimiento social que logró incluir los "*derechos sociales*" en las constituciones y que busca principalmente el reconocimiento de derechos esenciales para la equitativa y correcta convivencia de las personas en la sociedad.

El punto de partida que la historia data como el nacimiento del "*constitucionalismo social*" es el de la emisión de la Constitución de México de 1917, la cual fue resultado directo de la Revolución Mexicana y, en Europa (Alemania específicamente) la Constitución de la República de Weimar en 1919. Estas dos constituciones fueron las primeras en recoger los "*derechos sociales*" y las garantías por las que los trabajadores lucharon.

Los pueblos tuvieron que reorganizar el Estado para orientarlo activamente hacia esos nuevos fines, ya no era suficiente con garantizar el goce de la libertad, o el derecho a elegir una religión; la gente ya advertía que la libertad no servía de nada si había que trabajar 16 horas diarias para poder llevar un pan a su familia, o tener que soportar humillaciones por conservar un empleo.

La Revolución Mexicana que inició en 1910 y concluyó con la promulgación de la Constitución; fueron consecuencias de *las condiciones de miseria y explotación de obreros y campesinos que eran perpetuadas por las concesiones a empresas extranjeras, latifundios y tiendas de raya fomentadas durante el Porfiriato.*

9 <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/698/11.pdf> visitada el 10 de octubre de 2009.

Gracias a la colonización, las tierras pasaron a ser de unos pocos, empezando así las inmensas diferencias entre los descendientes del poder español y los indígenas. Para variar, la codicia y ambición de los latifundistas hacía que los indígenas sean objeto de todo abuso, quienes quedaron relegados.

“El proceso de la reforma agraria se inició con la Ley Agraria del 6 de enero de 1915, emitida por Carranza en Veracruz, la cual ordenó la restitución de tierras arrebatadas a raíz de la legislación de julio de 1856 y estipuló la dotación para aquellos pueblos que carecieran de ella.

Los postulados de la Ley reformista de 1915, se incorporaron más tarde en el artículo 27 de la Constitución Mexicana de 1917, que consagra como principio fundamental el dominio original del Estado sobre las tierras y aguas de la Nación y la facultad del mismo para regular la distribución y aprovechamiento de tales recursos, reconoció la propiedad comunal, la restitución de tierras a las comunidades que hubiesen sido despojadas.

La expropiación con fines de restitución y dotación respetaría únicamente las propiedades legalmente establecidas que no excedieran de 50 hectáreas de tierras de primera calidad¹⁰”.

“A lo largo de un extenso período se entregaron a los campesinos más de 100 millones de hectáreas de tierras, equivalentes a la mitad del territorio de México y a cerca de las dos terceras partes de la propiedad rústica total del país, con los que se establecieron cerca de 30 000 ejidos y comunidades que comprendieron más de 3 millones de jefes de familia.

*Sin embargo, la reforma no logró el bienestar perseguido, y los campesinos a los que llegó viven hoy en una pobreza extrema. El deterioro paulatino del sector rural se prolongó hasta 1992, cuando se consiguió reorientar cabalmente el desarrollo rural. **La reforma agraria quedó inconclusa, y sus objetivos sociales y económicos no se alcanzaron.***

No fue hasta 1992 que realmente se empezó a dar mejor forma a las reformas agrarias y a llevarlas a cabo de mejor manera¹¹”.

10 <http://www.fao.org/docrep/006/j0415T/j0415t09.htm> visitada el 8 de octubre de 2009.

En este sentido, como ejemplificación cito a mi parecer, los artículos que representaron la ideología jurídica de la Constitución Mexicana:¹²

“El Artículo 3 en el cual se declara que la educación preescolar, primaria y secundaria debe ser obligatoria, gratuita, y laica, es decir, ajena a cualquier doctrina religiosa, con lo cual se garantiza la libertad de cultos en todo el territorio nacional”.

“En el Artículo 27 hace referencia a la propiedad de la tierra. En él se declara que las riquezas del suelo, el subsuelo, las aguas y mares de México pertenecen a la nación, y sólo el gobierno puede ceder a particulares el derecho de propiedad de la tierra y de la explotación del subsuelo, así como expropiarlas cuando lo considere necesario”.

“En el Artículo 123 se protege a los trabajadores, a quienes se estableció una jornada máxima de 8 horas por día con derecho a un día de descanso obligatorio a la semana”.

Como vemos hasta este punto, los derechos fundamentales ya habían pasado del enunciado iusnaturalista como “*derechos naturales*”, pasando por la época liberal donde se reconoció a los derechos de libertad como “*derechos civiles*” a la exigencia de todo un sistema de “*derechos sociales*” a los que todos los habitantes de un Estado tenían derecho a gozar. Pero la Historia demuestra que no en todos los Estados donde se aplicó este “*nuevo constitucionalismo*” dio un efectivo resultado; es así como hubo países en los que los trabajadores efectivamente obtuvieron un mejor estándar de vida, pero hubo otros en los que los derechos sociales quedaron como meros enunciados líricos plasmados en una Constitución, es así por ejemplo el caso de Ecuador, un país de los primeros en independizarse y de los primeros en aceptar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pero que aún alberga a niños que

11 http://www.elperiodicodemexico.com/historia_agraria.php visitada el 8 de octubre de 2009.

12 www.wikipedia.org visitada el 9 de octubre de 2009.

trabajan en haciendas, en el campo, en las calles, en casas como empleadas domésticas, etcétera.

Nuevamente tendrían que suscitarse episodios tristes en la historia de la humanidad, y es así como solo después de las dos Grandes Guerras Mundiales y en especial la segunda, en la que murieron millones de personas, las cuales sin importar la etnia, condición, nacionalidad, color, clase social, económica, cultural, fueron brutalmente masacradas, torturadas, exiliadas, plagiadas, ocultadas y todo el resto de daño que se pueda uno imaginar; en un mundo donde la información empezaba a llegar rápidamente a los diferentes países y la tecnología permitía una mejor y mayor capacidad de daño al enemigo (humano); es cuando la humanidad reflexiona y decide nuevamente construir un nuevo orden mundial basado en una *declaración de derechos*, pero que esta vez ya no podían ser declaraciones enfocadas a un pueblo determinado, o enunciación de derechos de ciudadanos de un país en especial, sino que ahora ya se veía necesario implantar un sistema que debía ser expresamente reconocido por todos los Estados, y que debía gozar de protección internacional para que los derechos que ahí se colocaran, no puedan ser violentados por nada, ni por nadie nuevamente.

Estas dos Grandes Guerras Mundiales derivaron en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la cual podríamos decir que se encuentra, el mejor detalle de lo que la humanidad ha considerado como "*derechos fundamentales de todos los seres humanos*".

Cabe recalcar que se empieza a buscar que los diferentes Estados incluyan necesariamente a los "*Derechos humanos*" en sus constituciones, elevándolos así a la mayor jerarquía posible y poniéndolos en una posición de guía o faro de la sociedad.

Es necesario mencionar que cuando la humanidad decide constitucionalizar a los derechos humanos, lo hace buscando la mayor protección y garantía de su real ejercicio, tratando de dejar atrás la mera "*declaración*" de dichos derechos,

los cuales no constreñían al Estado en su efectivización, sino que solo quedaban como el sueño de un mundo mejor y más justo.

A diferencia de las anteriores “*declaraciones de derechos*”, ésta no era más una mera declaratoria de derechos que difícilmente podían ser garantizados, ni tampoco eran derechos a los cuales solo tenían acceso los nobles ni los habitantes de un Estado en especial, sino que esta declaración ya pasó a tener otro tipo de vinculación jurídica.

Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas -ONU- fundada en el año de 1945 en San Francisco (California), al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas se emite la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Inicialmente suscrita por 51 países, y actualmente por 192, este fue un tratado internacional en que todos los países suscriptores aceptaron la responsabilidad de respetar los derechos a los que todos los seres humanos valga la redundancia tienen derecho.

Los derechos que se recogen en esta Declaración, son derechos que a lo largo de la historia de la humanidad, se han venido considerando básicos o esenciales para la vida de un ser humano y que no deben ser violentados o transgredidos por ningún motivo y en ningún territorio.

Esta *Declaración Universal de Derechos Humanos*¹³ ha sido nutrida con nuevos derechos que se han ido suscribiendo por medio de otros convenios como el Pacto de *Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966. La unión de estos pactos ha tomado el nombre de “*Carta Internacional de los Derechos Humanos*”.

A continuación citaré algunos artículos referentes al tema de la presente investigación:

13 http://es.wikisource.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_Universal_de_los_Derechos_Humanos visitada el 16 de octubre de 2009.

“Artículo1

Todos los seres humanos nacen libres e **iguales en dignidad y derechos** y, dotados como están de razón y conciencia, **deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”**.

“Artículo2

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, **sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición**.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

“Artículo7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

“Artículo8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

“Artículo12

Nadie será objeto de **injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación**. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

“Artículo17

1. Toda persona tiene **derecho a la propiedad**, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

“Artículo18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de

creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

“Artículo19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

“Artículo20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

“Artículo 21

2.- Toda persona tiene el **derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.**

“Artículo28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un **orden social e internacional** en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración **se hagan plenamente efectivos”.**

“Artículo29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2.En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3.Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

“Artículo30

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la

supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.(Lo resaltado, fuera de texto).

Es ésta la verdadera derrota del fascismo en el mundo. Esa idea que todavía ronda en algunos lugares de que “*el más fuerte siempre vence al débil*”, ya no es aplicable en un mundo donde “*la ley del más débil*” es la que prima, la que todos deben respetar y los Estados deben obligarse a respetar, ya que realmente nunca se sabe cuándo el que aparentemente era débil ante una circunstancia, se puede convertir en alguien más fuerte que el fuerte de dicha circunstancia.

Es así como la historia del mundo junto a los seres humanos y sus derechos, han venido evolucionando de tal manera que, partiendo de un sentimiento primitivo de superioridad con nuestra misma especie, haciendo de la ley de *Darwin*, “*La ley del más fuerte*”, el derecho rigente en el Mundo, se vaya construyendo un nuevo orden reglado sobre la base de la racionalidad jurídica.

Esto hasta que entendimos que no podemos ser así y que debemos lograr de alguna manera mayor y mejor equidad para nuestros hermanos que a la final constituyen nuestra misma especie, ya que destruyendo a nuestra especie no es la forma en que podríamos evolucionar.

Es así como la *teoría neoconstitucional* empieza a tomar forma en el Mundo, las personas se cansaron de ver a sus padres, hermanos, primos, novios, niños, madres, abuelos, y toda la gente en general, sufrir las consecuencias de las deliberadas actuaciones de quienes gozaban de un puesto de poder en un tiempo y espacio determinado; es así como la gente se cansó de las monarquías abusivas, de las democracias mentirosas donde grupos de poder fáctico gobernaban y no el pueblo como se supone que debía ser; la gente se cansó de genocidas que aplicaron teorías basadas en leyes animales buscando la supuesta evolución de la especie.

En el neoconstitucionalismo la humanidad reconoce que no se puede pasar por encima de los derechos fundamentales de los otros seres humanos, por ningún motivo.

Vislumbrada la intención de la humanidad de positivizar los derechos fundamentales, se pasa a una siguiente fase, la de la Constitucionalización de los derechos fundamentales.

Los Estados entienden que la forma más eficiente y jerárquicamente más alta de garantizar los derechos fundamentales es desplegándolos en las Constituciones. Empiezan a incluir en sus Constituciones el detalle de los derechos reconocidos en los diferentes tratados internacionales.

Las Constituciones son textos normativos que propugnan los derechos fundamentales, pero no los crea, ni éstos son producto de alguna decisión política de momento, ni la consecuencia de alguna moda absurda, son los derechos que los seres humanos, a lo largo de grandes y amplios procesos históricos, de pasados de lucha civil, y aún de conflictos sociales y conflagraciones bélicas de gran trascendencia, han decidido establecerlos positivizándolos para lograr la mayor eficacia posible en su cometido; proteger a las personas del abuso del poder de otras personas y del Estado.

Santiago Sánchez define a los derechos fundamentales de la siguiente manera:

*“Son derechos que se han definido como intereses a los que voluntariamente se ha situado en una posición de jerarquía que les confiere prioridad, en circunstancias normales, sobre otros intereses, cálculos utilitarios generales o consideraciones de tipo social”.*¹⁴

Es el predominio de los derechos de cada individuo sobre cualquier fin o valor del Estado.

Los valores de una sociedad se vislumbran en el entendimiento colectivo acerca del significado de cada derecho y libertad, es decir, si una sociedad piensa que cortarle la mano a quien roba está bien y es justo, nunca podrá

¹⁴ Santiago Sánchez, *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 45.

considerarse como un derecho fundamental “la integridad física de las personas”.

Ferrajoli, uno de los grandes filósofos del derecho contemporáneo define a los derechos fundamentales así:

“Derechos que están adscritos universalmente en cuanto a personas, o en cuanto a ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por lo tanto indisponibles e inalienables”, y “son derechos fundamentales todos los que constan en las declaraciones de derechos humanos¹⁵”.

Ferrajoli¹⁶ caracteriza a los derechos fundamentales con el ánimo de distinguirlos de los derechos ordinarios o patrimoniales de la siguiente manera:

“Los principios y derechos fundamentales son:

Inalienables: Ningún poder puede afectar su contenido.

Irrenunciables: No se puede renunciar a su titularidad.

Indivisible: No se puede pretender separar la combinación de los derechos en su aplicación.

Los derechos ordinarios son divisibles como por ejemplo el derecho de propiedad que se compone de la nuda propiedad y el goce.

Interdependiente: Todos los derechos dependen unos de otros, si uno es violado, pueden ser varios los derechos afectados por dicha violación.

Igual Jerarquía: No existen derechos humanos más importantes que otros a pesar de que se pueda hacer un clasificación de los mismos”.

Son derechos fundamentales en el ordenamiento internacional los descritos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, pactos internacionales de 1966 y las demás convenciones sobre derechos humanos.

15 <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> visitada el 10 de octubre 2009.

16 Luigi Ferrajoli en Ramiro Ávila, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito 2008, p. 60.

Utilizando los tres criterios axiológicos descritos por Ferrajoli:¹⁷ En primer lugar:

*“los derechos que deben ser garantizados como derechos fundamentales son: todos los derechos vitales cuya garantía es **condición necesaria para el mantenimiento de la paz**; derecho a la vida, integridad personal, derechos civiles y políticos, derechos de libertad y los derechos sociales necesarios para la supervivencia.*

*Segundo criterio es la **igualdad de derechos de libertad entre todos y la reducción de la desigualdad de los derechos sociales.***

*Tercer criterio es **la ley del más débil**”.*

No existen derechos ilimitados, todos los derechos se encuentran limitados por otros derechos de otros individuos.

La limitación de los derechos fundamentales puede estar directamente en otra norma de la misma jerarquía, como por ejemplo, el *derecho al acceso a la información* puede estar limitado en determinada circunstancia por el *derecho a la intimidad*, por ejemplo, los casos suscitados entre las estrellas de cine y los paparazzi, o puede ser que, como en el caso ecuatoriano en concreto, por estar expresamente elevados a una categoría constitucional, cualquier derecho humano que conste en instrumentos internacionales puede limitar a otro constitucional.

Santiago Sánchez señala otros como la seguridad del Estado, orden público, moral pública, protección de la salud, los cuáles en determinadas circunstancias pueden actuar como límites de la libertad de expresión.

“Los derechos naturales de cada hombre no tienen más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos¹⁸”; lo que en

17 <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> visitada el 10 de octubre 2009.

18 Santiago Sánchez, *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 46.

términos comunes se conoce como “*mi derecho termina donde empieza el del otro individuo*”.

Algo que no se puede hacer es que por medio de normativa secundaria, se restrinjan los derechos fundamentales, es decir que por ejemplo en un decreto ejecutivo se regule que sólo las etnias ancestrales tienen derecho al libre tránsito por el país.

Lo que en todo caso, no puede ser limitado por ningún motivo, es la esencia misma de los derechos y de las libertades, entendiendo como esencialidad:

“La expresión jurídico-positivizada del valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución, resultado de la conjunción del valor de la dignidad humana y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares¹⁹”

Si, dadas las circunstancias o en un caso en concreto, el juez debe hacer un pronunciamiento sobre la aplicabilidad de un derecho en un caso determinado, y no otro, y cuál prevalece, pues el juez tendrá que proceder a realizar una correcta *ponderación* de los mismos, basándose en cuáles son los intereses jurídicamente protegidos y previo a un correcto entendimiento del contenido esencial de los derechos en discusión.

El acto judicial de ponderar corresponde a:

“Aquella opinión emitida por un juez o tribunal que analiza un problema constitucional, mediante la identificación de los intereses implicados en el caso, y llega a una decisión, o construye una regla de derecho constitucional, mediante la asignación explícita o implícita de valores a los intereses previamente identificadas²⁰”.

19 Lorenzo Rodríguez Armas M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el Art 53 de la Constitución Española*, Granada, Ed, Comares, 1996, pp. 235 y 242.

20 Aleinikoff, TA., “*Constitutional law in the age of balancing*”, The Yale Law Journal, No 5, 1987; en Santiago Sánchez, *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

El propio artículo 3.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional define a la ponderación como:

“Una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Por ejemplo, el típico conflicto del *derecho de opinión* o la *libertad de expresión* vs el *derecho al honor* o el *derecho a la intimidad*. En estos casos, por lo general, importará mucho la relevancia social de las personas involucradas, no será lo mismo que el Presidente de la República acuse a un ciudadano de asesino, que un ciudadano lo haga a otro igual. En las diferentes circunstancias habrá que tomar en cuenta todos los elementos relacionados y ponderarlos. Inclusive en el evento de que uno u otro derecho aparentemente se colisionen, no es que alguno tiene menor jerarquía, sino que es la importancia de aplicar oportunamente, o sea, a la circunstancia regulada, habrá uno que cede para la maximización del otro.

La teoría del neoconstitucionalismo gira en torno a los derechos fundamentales, como principios de la existencia misma del derecho y del estado, y como contrapoderes al abuso del poder estatal o del libre mercado (poder privado).

En el neoconstitucionalismo toda norma constitucional es aplicable, aún cuando tenga la estructura de un principio (norma tética).

Es así como el constituyente ha decidido plasmar los principios de la Constitución ecuatoriana del 2008:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

El titular de los derechos ya no es solo el individuo a quien le afecta directamente la violación del derecho.

2. *“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”.*

Principio de igualdad y no discriminación (principio de aplicación) se aplica para los Derechos del Buen Vivir.

El *principio de igualdad* tiene algunas variaciones a la tradicional concepción, se reconoce la igualdad formal, la igualdad material y la prohibición de discriminación. Los incisos segundo y tercero iusdem, así lo expresan:

*“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, **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 o 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 en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.*

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.*

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley”.

Aquí vale la pena citar al jurista ecuatoriano Ramiro Ávila que dice:

“Las normas de carácter secundario, si es que regulan sobre los derechos o las garantías, pueden ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación. No puede, en cambio, disminuir la protección, restringir un derecho o imponer condiciones que hagan que el derecho sea inaplicable²¹” .

“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.

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

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán **aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.**

6.- Todos los principios y **los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.**

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

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.

21 Ramiro Ávila Editor, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito 2008, p. 56.

9.- *El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.*

A lo largo de todo lo que hemos tratado, vemos cómo los principios axiológicos y teóricos de aplicación descritos en la Constitución corresponden a la verdadera intención práctica de lograr un efectivo cumplimiento de los derechos de las personas, la convicción de no dejar sin justicia a las personas por falta de derecho positivo, de no ser una mera declaración de derechos que nunca puedan ser ejercidos, y destacando al ser humano como principio y fin del Estado, reconociéndolo como un ser igual en su ejercicio de derechos y obligaciones.

La diferencia básica entre el *constitucionalismo positivo* y el *neoconstitucionalismo* radica en que dentro del constitucionalismo positivo, si un concepto jurídico no se encuentra recogido en el sentido semántico de las normas, simplemente no se entenderá reconocido, la acción del juez se encuentra muchísimo más restringida que en el neoconstitucionalismo, que supone que el juez debe ejercer más y mejor justicia que la que se recoge semánticamente en las palabras. Lo indeterminado en las normas neoconstitucionales dependen de un correcto criterio del juez en concordancia con los principios y preceptos constitucionales, así se busca la maximización de ellos²².

Quiero finalizar esta parte, con la que a mi parecer es la concordancia más certera que he leído respecto de la conjunción de **la Constitución - con los derechos fundamentales** y en la que podemos apreciar su estrecha y necesaria relación. Ferrajoli²³ los relaciona así:

“Convención democrática acerca de lo indecible para cualquier mayoría, o bien porque algunas cosas no pueden ser decididas, y porque algunas no

22 Juan A. García Amado en Miguel Carbonell, editor, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

23 Luigi Ferrajoli, *La democracia Constitucional*, Publicado en Vulpiani Pietro, L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità, Milan, Alisei Armando Editore, 1997.

pueden ser decididas; ésta no es otra cosa que la estipulación de aquellas normas que son “derechos fundamentales”, es decir de aquellos derechos elaborados por la tradición iusnaturalista, en el origen del Estado moderno, como “innatos” o “naturales” y convertidos, una vez incorporados en aquellos contratos sociales en forma escrita que son las modernas constituciones, en derechos positivos de rango constitucional”.

1.2.- Derechos de Libertad y Derechos Sociales

1.2.1 Naturaleza

Los derechos de libertad y sociales son parte de todos esos derechos derivados de la dignidad de la persona, que dentro del Estado y de la sociedad han sido reconocidos y conforman la mayor parte de los derechos fundamentales constitucionalizados actualmente.

Los derechos de libertad son más antiguos que los derechos sociales; los derechos de libertad constan ya en las primeras declaraciones de derechos realizadas en las diferentes épocas, derechos políticos, derecho a la vida derechos como la propiedad privada, que fue uno de los primeros en ser reconocido, la libertad de culto, entre otros.

Los derechos de libertad básicamente nacen con la teoría liberal, en la que se los pregona como los más importantes de un ser humano, todo aquello que nace de la libertad y que junto a otros elementos se configura como un derecho específico, por ejemplo la libertad de culto, y en general, las libertades públicas valga la pena decir que fue uno de los primeros derechos de libertad reconocidos y que consiste en que por la simple voluntad y consentimiento de las personas, éstas puedan elegir si desean o no practicar una religión. El vivo ejemplo es la laicización del Estado en la gran mayoría de países del mundo, y en todos los países occidentales.

En la práctica se ha mantenido el espíritu de la teoría liberal de los derechos, pero como el simple enunciado de los mismos no implica una aplicabilidad real, se ha caído en desigualdades aún muy acentuadas entre fuertes y débiles.

Es así como por ejemplo dos niños gozan de los mismos derechos, pero como el uno era hijo de un gran hacendado, él pudo estudiar en un buen colegio, en una buena universidad, pudo obtener un buen trabajo, pudo comprar una casa grande, un auto, etcétera; como el otro niño era hijo de un campesino, él no pudo estudiar sino solamente la primaria porque tenía que trabajar, no pudo ir a la universidad y tampoco pudo comprar una casa porque lo que ganaba nunca le alcanzó para ello. Es decir, a pesar de que en la teoría se dice que somos iguales y gozamos de los mismos derechos, esto no se puede alcanzar en la práctica, entonces es ahí donde debe intervenir el Estado, creando las oportunidades que solo tenían pocos, “*los fuertes*”, para que todos a pesar de estar en una situación de desigualdad real y desventaja, puedan ejercer los mismos derechos; entonces si el campesino no tenía dinero para pagarle un buen colegio a su hijo, el Estado le brindaba esa educación, y como tampoco tenía para la universidad, el Estado le daba crédito de retorno lento y bajas tasas de interés para que pudiera estudiar, y como le resultaba difícil obtener una casa, el Estado le ayudaba a conseguir una por medio de préstamos, bonos, etcétera.

La palabra *Liberal* no significa ausencia de límites como muchas veces algunos grupos extremistas han tratado de inducir a pensar, como si fuere un término que entraña un concepto que recoge los derechos de libertad en una acepción individualista. Al contrario, ser liberal significa ejercer los derechos de libertad vivamente en congruencia con los derechos sociales.

Ferrajoli dice que:

“Los Derechos de libertad, garantizan el igual valor de todas las diferencias personales de nacionalidad, sexo, lengua, religión, opiniones políticas,

*condiciones personales y sociales, lo que hace de una persona un individuo diferente a los demás, y de cada individuo uno igual a los demás*²⁴.

La principal característica de éstos derechos radica en el *vínculo negativo* del Estado respecto a ellos, es decir que éstos derechos no pueden ser violentados, negados, restringidos o transgredidos por el Estado.

Por ejemplo: derecho de libertad. "*libertad de culto*"; si el Estado como política pública demanda que en ningún establecimiento educativo se deba exigir la práctica de una religión a sus estudiantes, se estaría cumpliendo con el derecho de libertad mencionado, pero si el Estado impone que en todos los establecimientos educativos se deberá practicar la religión católica, estaría inmediatamente violentando el derecho de la libertad de culto.

En cuanto a los derechos sociales debe anotarse que, son una respuesta a la necesidad de los pueblos de satisfacer necesidades, que con la evolución propia de cada sociedad se van convirtiendo en necesidades básicas de las personas que conviven en ella, por ejemplo, un empleo digno, una educación acorde a las necesidades actuales, derecho a una vivienda digna, etc....

Los derechos sociales son los que garantizan los Estados a todos los ciudadanos por el hecho de serlo, el acceso a los medios necesarios para tener las condiciones necesarias para obtener una vida digna, sin que esto constituya una caridad, dádiva o política asistencial de ningún tipo.

Básicamente éstos aparecen con el denominado *constitucionalismo social*, que trata de la necesidad de incluir a los derechos sociales en las Constituciones y así elevarlos a la categoría de derechos constitucionales; después de la Revolución Industrial, la lucha de los obreros principalmente logró que se reconocieran todos los derechos que se mantienen hasta hoy, y que inclusive

24 <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> visitada el 10 de octubre 2009.

se los haya mejorado respecto del “*derecho al trabajo*”, el cual es un derecho social principal al que se asocia el derecho a la seguridad social, que es un derecho social derivado.

Como se vio anteriormente, la Constitución de 1917 de los Estados Unidos Mexicanos es considerada la primera Constitución de la historia en la que se incluyó los denominados derechos sociales.

A diferencia de los derechos de libertad, los derechos sociales deparan **vínculos positivos** para el Estado, es decir son derechos que el Estado debe satisfacer, buscando mecanismos para llevarlos a la práctica y que así las personas puedan ejercer y desenvolver los derechos de libertad en el mayor ámbito posible.

“Los derechos sociales son los que humanizan a los individuos, sus relaciones y el entorno en el que se desarrollan. Son garantías de la igualdad y la libertad reales, pues la libertad no es posible si es imposible ejercerla por las condiciones materiales de existencia²⁵”.

Ambos tipos de derechos, los de libertad y los sociales buscan satisfacer las necesidades básicas de los seres humanos, sean éstos de espiritualidad o de materialidad filosóficamente hablando.

1.2.2 Estructura

En la Constitución ecuatoriana de 1998 se hablaba de derechos de primera, segunda y tercera generación; colocando a los denominados “*derechos civiles y políticos*” en el primer plano como derechos de **primera generación** y dándoles una mayor jerarquía sobre los otros derechos anteriormente denominados como “*económicos, sociales y culturales*” de **segunda**

25 www.wikipedia.org visitada el 11 de octubre de 2009.

generación, los “derechos colectivos” de tercera generación, y los derechos de cuarta generación.

“Art. 23.- Derechos Civiles:

1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.

2. La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad.

Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad.

3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.

4. La libertad. Todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

5. El derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.

6. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente.

7. *El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.*

8. *El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.*

9. *El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley.*

La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que éstos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica.

10. *El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión.*

11. *La libertad de conciencia; la libertad de religión, expresada en forma individual o colectiva, en público o en privado. Las personas practicarán libremente el culto que profesen, con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger y respetar la diversidad, la pluralidad, la seguridad y los derechos de los demás.*

12. *La inviolabilidad de domicilio. Nadie podrá ingresar en él ni realizar inspecciones o registros sin la autorización de la persona que lo habita o sin orden judicial, en los casos y forma que establece la ley.*

13. *La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia. Esta sólo podrá ser retenida, abierta y examinada en los casos previstos en la ley. Se guardará el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. El mismo principio se observará con respecto a cualquier otro tipo o forma de comunicación.*

14. *El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia. Los ecuatorianos gozarán de libertad para entrar y salir del Ecuador. En cuanto a los extranjeros, se estará a lo dispuesto en la ley. La*

prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por juez competente, de acuerdo con la ley.

15. El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso en nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado.

16. La libertad de empresa, con sujeción a la ley.

17. La libertad de trabajo. Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso.

18. La libertad de contratación, con sujeción a la ley.

19. La libertad de asociación y de reunión, con fines pacíficos.

20. El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental; educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios.

21. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre ellas. En ningún caso se podrá utilizar la información personal de terceros sobre sus creencias religiosas y filiación política, ni sobre datos referentes a salud y vida sexual, salvo para satisfacer necesidades de atención médica.

22. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

23. El derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley.

24. El derecho a la identidad, de acuerdo con la ley.

25. El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual.

26. La seguridad jurídica.

27. El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones²⁶”

“Art.26.-Derechos Políticos:

26 Constitución Política de la República del Ecuador (1998), R.O. 1, 11-VIII-98.

Los ciudadanos ecuatorianos gozarán del derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados en los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular, y de desempeñar empleos y funciones públicas. Estos derechos se ejercerán en los casos y con los requisitos que señalen la Constitución y la ley.

Los extranjeros no gozarán de estos derechos²⁷.

“Art. 27.- El voto popular será universal, igual, directo y secreto; obligatorio para los que sepan leer y escribir, facultativo para los analfabetos y para los mayores de sesenta y cinco años. Tendrán derecho a voto los ecuatorianos que hayan cumplido dieciocho años de edad y se hallen en el goce de los derechos políticos.

Los miembros de la fuerza pública en servicio activo no harán uso de este derecho.

Los ecuatorianos domiciliados en el exterior podrán elegir Presidente y Vicepresidente de la República, en el lugar de su registro o empadronamiento. La ley regulará el ejercicio de este derecho²⁸. [.....]

“Art. 29.- Los ecuatorianos perseguidos por delitos políticos tendrán derecho a solicitar asilo y lo ejercerán de conformidad con la ley y los convenios internacionales. El Ecuador reconoce a los extranjeros el derecho de asilo²⁹.

“Art. 30.- Derechos económicos, sociales y culturales:

La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía³⁰ [.....]

DEL TRABAJO

27 Ídem

28 Ídem

29 Ídem

30 Ídem

“Art. 35.- El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. [.....]”

4. Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración. Las acciones para reclamarlos prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contado desde la terminación de la relación laboral.

5. Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

6. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores. [.....]”

10. Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro, de conformidad con la ley. Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes. [.....]”³¹

“Art. 36.- El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez. Se prohíbe todo tipo de discriminación laboral contra la mujer”³².

31 Ídem

32 Ídem

DE LA FAMILIA

“Art. 37.- El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes³³”. [.....]

DE LA SALUD

“Art. 42.- El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia³⁴”. [.....]

DE LOS GRUPOS VULNERABLES

“Art. 47.- En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos³⁵”. [.....]

“Art. 54.- El Estado garantizará a las personas de la tercera edad y a los jubilados, el derecho a asistencia especial que les asegure un nivel de vida digno, atención integral de salud gratuita y tratamiento preferente tributario y en servicios³⁶”. [.....]

DE LA SEGURIDAD SOCIAL

33 Ídem

34 Ídem

35 Ídem

36 Ídem

“Art. 55.- La seguridad social será deber del Estado y derecho irrenunciable de todos sus habitantes. Se prestará con la participación de los sectores público y privado, de conformidad con la ley³⁷”. [.....]

DE LA CULTURA

“Art. 62.- La cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad. El Estado promoverá y estimulará la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica. Establecerá políticas permanentes para la conservación, restauración, protección y respeto del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de la nación, así como del conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad nacional, pluricultural y multiétnica. El Estado fomentará la interculturalidad, inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas³⁸”. [.....]

“Art. 64.- Los bienes del Estado que integran el patrimonio cultural serán inalienables, inembargables e imprescriptibles. Los de propiedad particular que sean parte del patrimonio cultural, se sujetarán a lo dispuesto en la ley³⁹”.

DE LA EDUCACIÓN

“Art. 66.- La educación es derecho irrenunciable de las personas, deber inexcusable del Estado, la sociedad y la familia; área prioritaria de la inversión pública, requisito del desarrollo nacional y garantía de la equidad social. Es responsabilidad del Estado definir y ejecutar políticas que permitan alcanzar estos propósitos⁴⁰”. [.....]

DE LOS DEPORTES

“Art. 82.- El Estado protegerá, estimulará, promoverá y coordinará la cultura física, el deporte y la recreación, como actividades para la formación

37 Ídem

38 Ídem

39 Ídem

40 Ídem

integral de las personas. Proveerá de recursos e infraestructura que permitan la masificación de dichas actividades. Auspiciará la preparación y participación de los deportistas de alto rendimiento en competencias nacionales e internacionales, y fomentará la participación de las personas con discapacidad⁴¹. [.....]

DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y NEGROS O AFROECUATORIANOS

“Art. 83.- Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible⁴²”.

“Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

- 1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.*
- 2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.*
- 3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.*
- 4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*
- 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.*

41 Ídem

42 Ídem

6. *Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.*

7. *Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.*

8. *A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.*

9. *A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.*

10. *Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.*

11. *Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.* 12. *A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.*

13. *Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.*

14. *Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.*

15. *Usar símbolos y emblemas que los identifiquen⁴³.*

“Art. 85.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable⁴⁴”.

De Cuarta Generación:

DE LA CIENCIA Y TECNOLOGÍA

“Art. 80.- El Estado fomentará la ciencia y la tecnología, especialmente en todos los niveles educativos, dirigidas a mejorar la productividad, la

43 Ídem

44 Ídem

competitividad, el manejo sustentable de los recursos naturales, y a satisfacer las necesidades básicas de la población⁴⁵”.

DE LA COMUNICACIÓN

“Art. 81.- El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales. Asimismo, garantizará la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación⁴⁶”.

DEL MEDIO AMBIENTE

“Art. 86.- El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza. Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley⁴⁷. [.....]”

DE LOS CONSUMIDORES

“Art. 92.- La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos⁴⁸. [.....]”

45 Ídem

46 Ídem

47 Ídem

48 Ídem

La Constitución de 2008 hace una división de los derechos mucho mejor trabajada y sensiblemente mejor ubicada, en la que encontramos un amplio repertorio de derechos clasificados en 7 capítulos distintos, de entre los cuáles consta uno dedicado a los “*derechos de libertad*”(capítulo VI), otro a los derechos sociales, los cuales se encuentran recogidos bajo el nombre de “*Derechos del buen vivir*”(capítulo II), que buscan dar la pauta de cuáles son los derechos generales que la sociedad debe respetar y hacer respetar, en pro de la convivencia armónica generalizada de todos los miembros de la sociedad.

Los otros cinco capítulos de derechos están formados por los “*derechos de las personas y de atención prioritaria*”(capítulo III), “*derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*”(capítulo IV), “*derechos de participación*”(capítulo V), “*derechos de la naturaleza*” y “*derechos de protección*”(capítulo VII y VIII).

A continuación citaré los títulos de los derechos de libertad, sociales y demás recogidos en la Constitución, que están estrechamente ligados al tema de esta tesis, de entre los cuales profundizaré en los pertinentes.

En los derechos de libertad:

1.2.2.1 Derechos de Libertad

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

5. *El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.*

13. *El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.*

14. *El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.*

15. *El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.*

16. *El derecho a la libertad de contratación.*

18. *El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.*

20. *El derecho a la intimidad personal y familiar.*

22. *El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.*

23. *El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.*

24. *El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.*

25. *El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.*

26. *El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.*

28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales⁴⁹”.

“Art. 70.- El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público⁵⁰”.

En los derechos sociales:

1.2.2.2 Derechos Sociales

DERECHOS DEL BUEN VIVIR

*En el **derecho de comunicación:***

“3. La creación de medios de comunicación social, y al **acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico** para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.

5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.

2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el **acceso universal a las tecnologías de información y comunicación** en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada⁵¹”.

*En el **derecho a la cultura y ciencia:***

49 Constitución de la República del Ecuador(2008), R.O. No. 449, 20-X-2008

50 Ídem

51 Ídem

“Art. 21.- Las personas tienen derecho a **construir y mantener su propia identidad cultural**, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a **expresar dichas elecciones**; a la **libertad estética**; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y **tener acceso a expresiones culturales diversas**.

No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución⁵²”.

“Art. 23.- Las personas tienen derecho a **acceder y participar del espacio público** como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales **se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales**⁵³”.

“Art. 24.- Las personas tienen **derecho a la recreación y al esparcimiento**, a la práctica del deporte y al tiempo libre⁵⁴”.

En el derecho a la educación:

“Art. 28.- La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. **Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna** y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente⁵⁵”.

En el derecho al hábitat y vivienda:

“Art. 31.- Las personas tienen **derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos**, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión

52 Ídem

53 Ídem

54 Ídem

55 Ídem

democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía⁵⁶”.

En el derecho a la salud:

“El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y **el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud**, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional⁵⁷”.

En el derecho al trabajo y seguridad social

“Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado⁵⁸”.

DERECHOS DE LAS PERSONAS Y GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA

“Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, **recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado**. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado

56 Ídem

57 Ídem

58 Ídem

prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad⁵⁹”.

ADULTAS Y ADULTOS MAYORES

“Art. 36.- Las personas adultas mayores recibirán **atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado**, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad⁶⁰”.

JÓVENES

“Art. 39.- El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.

*El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la **garantía de acceso al primer empleo** y la promoción de sus habilidades de emprendimiento⁶¹”.*

MOVILIDAD HUMANA

“Art. 40.- Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria.

El Estado, a través de las entidades correspondientes, desarrollará entre otras las siguientes acciones para el ejercicio de los derechos de las personas ecuatorianas en el exterior, cualquiera sea su condición migratoria:

59 Ídem

60 Ídem

61 Ídem

1. Ofrecerá asistencia a ellas y a sus familias, ya sea que éstas residan en el exterior o en el país.
2. Ofrecerá atención, servicios de asesoría y protección integral para que puedan ejercer libremente sus derechos.
3. Precautelaré sus derechos cuando, por cualquier razón, hayan sido privadas de su libertad en el exterior.
4. Promoverá sus vínculos con el Ecuador, facilitará la reunificación familiar y estimulará el retorno voluntario.
5. Mantendrá la confidencialidad de los datos de carácter personal que se encuentren en los archivos de las instituciones del Ecuador en el exterior.
6. Protegerá las familias transnacionales y los derechos de sus miembros⁶²”.

MUJERES EMBARAZADAS

“Art. 43.- El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral⁶³”.

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

“Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y

62 Ídem

63 Ídem

nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas⁶⁴.

“Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad⁶⁵.

PERSONAS CON DISCAPACIDAD

*“Art. 47.- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, **procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.***

Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a:

*1. La **atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud** para sus necesidades específicas, que incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida.*

3. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos.

64 Ídem

65 Ídem

5. *El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su **incorporación en entidades públicas y privadas.***

6. *Una vivienda adecuada, con facilidades de acceso y condiciones necesarias para atender su discapacidad y para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana. Las personas con discapacidad que no puedan ser atendidas por sus familiares durante el día, o que no tengan donde residir de forma permanente, dispondrán de centros de acogida para su albergue.*

7. *Una educación que desarrolle sus potencialidades y habilidades para su integración y participación en igualdad de condiciones. **Se garantizará su educación dentro de la educación regular.** Los planteles regulares incorporarán trato diferenciado y los de atención especial la educación especializada. **Los establecimientos educativos cumplirán normas de accesibilidad para personas con discapacidad e implementarán un sistema de becas que responda a las condiciones económicas de este grupo.***

8. *La educación especializada para las personas con discapacidad intelectual y el fomento de sus capacidades mediante la creación de centros educativos y programas de enseñanza específicos.*

10. ***El acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios. Se eliminarán las barreras arquitectónicas.***

11. ***El acceso a mecanismos, medios y formas alternativas de comunicación, entre ellos el lenguaje de señas para personas sordas, el oralismo y el sistema braille⁶⁶.***

“Art. 48.- El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren:

1. *La inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica.*

66 Ídem

2. La obtención de créditos y rebajas o exoneraciones tributarias que les permita iniciar y mantener actividades productivas, y la obtención de becas de estudio en todos los niveles de educación.

3. El desarrollo de programas y políticas dirigidas a fomentar su esparcimiento y descanso.

4. La participación política, que asegurará su representación, de acuerdo con la ley.

5. El establecimiento de programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia.

6. El incentivo y apoyo para proyectos productivos a favor de los familiares de las personas con discapacidad severa.

La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. La ley sancionará el abandono de estas personas, y los actos que incurran en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad⁶⁷.

PERSONAS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS

“Art. 50.- El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente⁶⁸”.

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

“Art. 51.- Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:

5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.

67 Ídem

68 Ídem

6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.

Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia⁶⁹”.

PERSONAS USUARIAS Y CONSUMIDORAS

“Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor⁷⁰”.

“Art. 53.- Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.

El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados⁷¹”.

“Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad

69 Ídem

70 Ídem

71 Ídem

defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas⁷².

“Art. 55.- Las personas usuarias y consumidoras podrán constituir asociaciones que promuevan la información y educación sobre sus derechos, y las representen y defiendan ante las autoridades judiciales o administrativas.

Para el ejercicio de este u otros derechos, nadie será obligado a asociarse⁷³.

DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

“Art. 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:

- 1. Elegir y ser elegidos.*
- 2. Participar en los asuntos de interés público.*
- 3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa.*
- 4. Ser consultados.*
- 5. Fiscalizar los actos del poder público.*
- 6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular.*
- 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.*

72 Ídem

73 Ídem

8. **Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafilarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten.**

Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable⁷⁴.

“Art. 65.- El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados⁷⁵.

DERECHOS DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES

“Art. 56.- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible⁷⁶.”

“Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

- 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.***
- 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.***

74 Ídem

75 Ídem

76 Ídem

3. *El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.*

4. *Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.*

5. *Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.*

6. *Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*

9. *Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.*

10. *Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.*

11. *No ser desplazados de sus tierras ancestrales.*

14. *Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje.*

Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.

15. *Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.*

16. *Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.*

19. *Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.*

21. *Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.*

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres⁷⁷.

“Art. 58.- Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos⁷⁸”.

“Art. 59.- Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley⁷⁹”.

77 Ídem

78 Ídem

79 Ídem

“Art. 60.- Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación.

Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial⁸⁰”.

DERECHOS DE PROTECCIÓN

*“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y **a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad**; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley⁸¹”.*

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes⁸²”.

1.3.- Bien Jurídico Protegido

“La teoría del bien jurídico aparece en el siglo antepasado con una clara inspiración liberal y con el declarado intento de limitar la obra del legislador penal⁸³”.

El bien jurídico lo conceptualizamos como el derecho intrínseco que la norma protege, sea esta de ámbito constitucional, penal u otro.

No es otra cosa que la pretensión del legislador de darle protección a ciertos valores del ser humano tales como la vida, el honor, la integridad física, la

80 Ídem

81 Ídem

82 Ídem

83 Antolisei, Francesco. “*Il problema del bene giurídico*” en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Edit.Giuffre, Milano, 1939, pp. 3 y ss. en [Arturo Zamora Jiménez, Bien jurídico y Consentimiento en Derecho Penal, en http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx](http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx)

propiedad privada, etcétera, y que así se conviertan en intereses no sólo personales sino sociales y del Estado.

La necesidad de tutela y protección de estos bienes jurídicos, ha motivado la creación de normas de toda índole, con el fin último de garantizar todo tipo de derechos, valores y bienes a partir del reconocimiento esencial de pertenencia, buen uso y disfrute que tiene cada persona sobre ellos.

Así, desde la norma constitucional se reconocen como valores y bienes supremos, entre otros el derecho a la vida, la libertad, el trabajo, la educación, la salud, el desarrollo de la personalidad, la propia imagen, el derecho de circulación, los derechos de asociación y expresión de ideas, así como todos los derechos sociales, económicos, políticos e individuales entre otros.

Al bien jurídico se lo ha denominado de diferentes formas, entre ellas como: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, interés legítimo, objeto jurídico, núcleo del tipo, objeto de protección, etcétera.

También se presenta en distintas formas, como pueden ser entre otros: reales, jurídicos, psicológicos, físicos, etcétera.

“Existen bienes individuales y bienes colectivos⁸⁴, para identificar los primeros no surge dificultad, de éstos pueden distinguirse los llamados bienes materiales y los bienes inmateriales, así como los reales res nullius (aire, agua, mar, luz, entre otros), personales (honor, libertad, salud, vida, entre otros), patrimoniales. En tanto que los segundos son aquellos que corresponden a la familia, la sociedad, la comunidad local, nacional o internacional. A este tipo de bienes, Pisapia les ha denominado intereses de todos⁸⁵.

84 Pisapia Gian, Doménico. *Ob, Cit*, p. 14 en [Arturo Zamora Jiménez, Bien jurídico Consentimiento en Derecho Penal, en http://letrasiuridicas.cuci.udg.mx](http://letrasiuridicas.cuci.udg.mx)

85 [Arturo Zamora Jiménez, Bien jurídico y Consentimiento en Derecho Penal, en http://letrasiuridicas.cuci.udg.mx](http://letrasiuridicas.cuci.udg.mx)

Los bienes jurídicos que tutela el derecho penal son los más necesitados de protección por el valor que representa el objeto de tutela como son la vida, la libertad, el patrimonio, la seguridad, la salud entre otros⁸⁶.

Esto no quiere decir que en la actualidad solamente el derecho penal sea el llamado a tutelar los bienes o intereses legítimos de las personas, si no que más bien el ámbito de protección de éstos puede estar en cualquier norma aún de distinta materia.

El bien jurídico protegido en el derecho de admisión es la autodeterminación en el tiempo y el espacio que tiene uno sobre sí mismo o sobre sus bienes, sea de quien desea ser admitido, o de quién desea o no admitir.

1.4.- Derecho de Admisión como Derecho Fundamental

En el neoconstitucionalismo, los derechos fundamentales no solo constriñen obligaciones del Estado para con los particulares, sino que dado el mundo actual, con todo el poder que ejerce actualmente el sector privado, se vislumbra la necesidad de que la tutela efectiva de los derechos no sea solamente para los particulares por parte del Estado, sino también entre particulares.

Los derechos fundamentales no existen solo para limitar la actuación del poder público, sino también para limitar al poder privado en sus relaciones con los ciudadanos por ejemplo: empresario vs trabajador, monopolios, oligopolios, grandes corporaciones, consumidor vs productor, etc.....

En el tema que nos compete, primero debemos entender si existe o no el **derecho de admisión** como un derecho derivado de la dignidad de las personas y por lo tanto un derecho que intrínsecamente se entendería

86 ídem

protegido tanto por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como por la Constitución Ecuatoriana actual.

Partimos del concepto de **dignidad** como fuente principal de los derechos humanos, por lo tanto, a pesar de todas las diferentes opiniones de los distinguidos tratadistas que han escrito sobre el tema, deberemos tomar una que esperamos sea la más acertada en relación con el tema.

“La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás⁸⁷”.

Así es como en el Art. 10 de nuestra Constitución encontramos recogido este valor esencial de los derechos:

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

Por tanto en el Estado ecuatoriano, si un derecho se deriva de la dignidad de una persona, simplemente existe y está plenamente reconocido constitucionalmente; entonces, cabe analizar si el “*derecho de admisión*” es o no un derecho.

Alrededor del llamado “*derecho de admisión*”, tenemos varios elementos que están estrictamente relacionados con él, tales como la libertad de culto, de expresión, de residencia, de identidad política, cultural, libertad de circulación; derechos como el que no se agrede al honor de las personas, derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la propia imagen, derecho a desarrollar la propia personalidad, derecho a elegir sobre el tipo de educación de los hijos, el derecho al trabajo; estos, se encuentran constantemente en conflicto con el

87 TC español En Santiago Sánchez, *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 24.

derecho a la propiedad privada, derecho a la seguridad, derecho de los propietarios a dictaminar las políticas de sus establecimientos, el orden público, etc....

Entonces la interrogante es: ¿El derecho de admisión existe como un derecho autónomo o es un derecho relacional que se ejerce siempre en una relación jurídica concreta? Aunque lo importante y pertinente al tema de la presente, es entender y demostrar que el derecho de admisión existe como un derecho fundamental sea autónomo o relacional.

Un **derecho autónomo** es aquel que no necesita de otros para tener su vigencia y su aplicabilidad intactas; el **derecho relacional** necesita ser invocado respecto de una situación concreta, ya que no es un derecho que tiene vida por sí mismo, sino que siempre está en relación a las circunstancias y se transgrede en conjunto con otros derechos, por lo tanto tiene que ser invocado en relación a ellos.

La **igualdad** es uno de los principales derechos no autónomos que están relacionados con las violaciones al derecho de admisión, es así como por ejemplo, el derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad, el derecho de cualquier persona sin importar su raza, condición, etc, a acceder a los servicios públicos, el derecho de los hijos a gozar de iguales derechos sin importar su filiación, etc...

Esto no significa que todo en la vida social deba tener un trato igualitario, más bien significa que si a quienes se aplican las normas se encuentran en igualdad de condiciones, el trato debe ser estrictamente igualitario; pero si los individuos se encuentran en desigualdad, desventaja por así decirlo, se debe tratar como desiguales preferentes ante los anteriormente denominados iguales.

Como dice Santiago Sánchez:

“La lesión del derecho a la igualdad comporta simultáneamente la lesión de ese otro derecho o interés, y para alegar una lesión del derecho a la

igualdad es necesario invocar ese interés legítimo o derecho subjetivo distinto que se haya visto vulnerado por el trato diferente⁸⁸.

Es decir que en el caso de que se haya producido una violación respecto del derecho que tiene una persona “*igual*” al resto, de ser admitida en cierto espacio público o privado, por haber sido discriminado por su color, se estaría cometiendo una violación al derecho de igualdad, el cual, como dijimos antes, está relacionado con otros derechos como el derecho de admisión en este caso.

Hasta el momento la mayoría de los derechos que nacen del principio de igualdad, se tornan efectivos alrededor de todo lo que compromete al espacio público, mas no son tan explícitos en relación al espacio privado, donde también pueden haber grandes violaciones al trato igualitario de las personas.

En nuestro país la idea de que el espacio público es de todos y no es de nadie ha hecho que se respete mayoritariamente el derecho de las personas a ser admitidas en cargos públicos, a ser admitidas como usuarios y en todo lo que mayormente incumbe al espacio público sin que haya tanta discriminación.

Imaginemos lo que pasaría si en el Tribunal Constitucional o en cualquier juzgado, no se nos acepta una acción de protección por nuestra apariencia física o por pertenecer a un grupo étnico determinado, o por no vestir ropa formal. Es algo prácticamente inconcebible, pero ¿no es también inconcebible que no se permita el paso de un transexual a un malecón público? Y ¿qué de un centro comercial? o ¿de una tienda de abarrotes?.

Entre los particulares siempre ha habido un poco más de resistencia para cumplir y hacer cumplir las disposiciones constitucionales como la igualdad y no discriminación, y por parte de los tribunales constitucionales también ha habido cierto recelo para emitir criterios, que aunque legalmente sean correctos, socialmente puedan ocasionar cierta resistencia.

88 Santiago Sánchez, *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 106.

El Tribunal Constitucional español ha considerado que:

“las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación, como aquellas reglas de rango constitucional u ordinario de las que se derive la necesidad de la igualdad de trato

Aunque reconoce que en el ámbito privado existen ciertos parámetros derivados de la autonomía de la voluntad privada, que se manifiestan a través de las relaciones creadas por las partes⁸⁹”.

La autonomía de la voluntad privada solo está limitada por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son entre otras las de raza, religión, sexo, etcétera.

Esta es una base muy respetable de criterios acerca de los límites de la autonomía de la voluntad privada, pero siempre diferirá considerablemente de una sociedad a otra; en Ecuador es una prohibición constitucional expresa en el artículo 11 del Código Político que dice:

“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, 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 o 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”.

En todo caso, más adelante trataremos acerca de la autonomía de la voluntad privada y si ésta puede anteponerse ante otros derechos o intereses legítimamente protegidos.

De otra parte, cabe destacar que, sí tomamos en cuenta los preceptos constitucionales antes mencionados, probablemente deberíamos concluir que

89 STC 177/88, fj2; en Santiago Sánchez, *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 112.

la autonomía de la voluntad privada no podría transgredir, por ningún motivo, ningún tipo de derecho que las personas posean en el que resulte lesionado de alguna manera el honor, la dignidad, o el respeto que merece cada persona.

Pensaríamos entonces que el derecho de admisión como tal, más bien es un derecho relacional como el derecho a la igualdad y no un derecho autónomo que puede ser invocado independientemente. ¿Cómo llegamos a esta conclusión? Si una persona no es admitida en un espacio que puede ser público o privado, siempre encontraremos que habrá una justificación de quien ha negado el acceso.

Lo importante aquí será preguntarnos si la justificación es legítima o no. Como hemos dicho anteriormente, ningún derecho es ilimitado; no lo es el derecho de quien quiere ser admitido, ni de quien quiere reservarse ese derecho de admitir o no.

Por lo tanto, si la justificación a tal negativa tiene un fundamento válido y no discriminatorio, entonces podrá ser ejercida la reserva del derecho de admisión, de lo contrario sería simplemente una violación a los derechos de quien, estando en condiciones de superioridad, porque es el jefe de un grupo, o es el administrador, o es el guardia, o simplemente porque es el dueño, le ha negado el acceso a determinado espacio.

Cuando la negativa está fundamentada en criterios que pueden ser discriminatorios, la justificación tendrá que ser severamente analizada por el juez o tribunal competente, ya que ésta no podrá extralimitarse en su alcance; deberá haberse tomado en cuenta previamente elementos como la proporcionalidad de la diferenciación, la necesidad de hacerla y también deberán tomar en cuenta que si el conflicto resulta de un probable abuso de quien tiene el poder de admitir o no, la carga de la prueba recaerá sobre quien aduce la justificación de la limitación del derecho de quien busca ser admitido en condiciones de igualdad.

Los límites al derecho de admisión no pueden resultar restrictivos, ni ser por ningún motivo abusivos o discriminatorios de acuerdo a lo establecido en nuestra Constitución.

Al derecho de admisión se lo tiene que tomar como un **derecho bipolar**; es un derecho que puede ser ejercido en una misma situación por quien tiene la ventaja de poder admitir o no a otro que, en uso del mismo derecho, puede o no querer ser admitido, sin más restricciones que las que la Constitución, la ley y las buenas costumbres acepten como tales.

CAPÍTULO II

2.- Autonomía de la voluntad Privada, sus Elementos y Derecho a la Propiedad Privada

2.1 Autonomía de la voluntad privada y sus elementos

2.1.1 Autodeterminación

La autodeterminación se vincula directamente con las teorías de la voluntad y de la declaración, las que primordialmente se refieren al “*querer*” interno de la persona contratante.

Este “*querer*” del contratante constituye su determinación, cuando la persona está en uso completo de su libertad de elección y con total consciencia ejerce su poder decisorio sabiendo también los efectos de esa decisión.

La esencia del negocio no reside en la voluntad como el querer, sino mas bien en la autonomía, la autorregulación, por la que las partes no se limitan solo al querer sino que la disponen mediante una regulación vinculante de sus intereses en sus relaciones con otros, esto constituye un elemento objetivo exterior, y se denomina precepto de la autonomía privada.

Muchos dicen que el derecho de admisión es una especie de autorregulación que los dueños de los centros de diversión o inclusive que la autoridad pública realiza con el fin de que en su espacio se pueda limitar el acceso de las personas a entrar o permanecer en dicho espacio, aduciendo motivos de seguridad, o se exige algún tipo de imagen por parte de las personas o inclusive por simple estética del lugar que podrían afectar económicamente a sus establecimientos(en caso de los privados) o por simple motivo de discriminación(en caso de privados y públicos) y si la persona que está del otro lado desea ser admitida deberá cumplir con los requisitos impuestos por esta autoridad relativa.

Autodeterminarse significa elegir, optar, entre el bien y el mal jurídico, es utilizar la libertad para anudarse contractualmente. Pero cómo determinar si es bueno o malo jurídicamente si el único elemento que toman en cuenta quienes ejercen el derecho de admisión en una situación de poder, es el criterio económico, la estética del lugar y el nivel social de gente que debe permanecer en dicho lugar, ¿Dónde queda el derecho a la propia imagen, el derecho de desarrollar la personalidad y el derecho a no ser discriminado?

El concepto positivista de la norma ha hecho que la ley se anteponga a la autonomía privada. Betti dice:

“lo que nos hace responsables ante nosotros mismos de la situación en que venimos a encontrarnos con nuestros actos es el habernos hecho cargo de ellos y haber podido prever así, y medir, sus consecuencias⁹⁰”.

Es decir que a pesar de que una persona o varias de ellas deseen autodeterminarse de cierta forma que pudiera resultar ilegal, la ley siempre estará por encima de esta autonomía privada y así prevalecerán sus preceptos.

La idea dominante en la autodeterminación y la consiguiente autorresponsabilidad es que lo acordado por las partes es válido y puede ser exigido porque los contratantes lo han convenido en esas condiciones.

La desigualdad en el poder de decisión de las partes, es un problema que todavía no se ha logrado resolver, ya que es muy subjetivo decir que existe fuerza cuando un elemento fuera del alcance de las partes influye en la decisión de contratar de una de ellas: Me refiero a que un obrero no está en condiciones de autodeterminarse al igual que el patrono o dueño de la empresa, o también los contratos de los particulares con el Estado, en los que por lo general este hace prevalecer su primacía ante el particular.

Es el mismo problema que se suscita en el derecho de admisión, la fuerza o el peso que tiene la parte que decide si admitir o no, respecto de la autodeterminación contractual que tienen las partes al momento de aceptar admitir y la otra de ser admitida.

En algunas teorías se dice que la autodeterminación necesita límites, cuando legítimos intereses están amenazados, como en el ejemplo anterior, se necesita poner límites a la autodeterminación de la parte que tiene un cierto poder.

O también en el caso de los contratos de adhesión donde solo una de las partes es quien elabora el contrato y determina cómo se llevará a cabo la ejecución del mismo; eso hace que la contraparte no tenga una real

90 Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 127. en Juan Carlos Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 176.

autodeterminación al contratar con quien ostenta el poder del servicio único o monopolizado.

Es así como el legislador parte de la afirmación de la autonomía privada, para luego, en la normativa particular, circunscribir y limitar el alcance del campo de la autodeterminación privada.

Se rechaza la autodeterminación de contratos no tutelables, es decir que sean contrarios a la ley o que constituyan una explotación del otro contratante.

La autodeterminación así solo se entenderá eficaz cuando se trate de negocios jurídicos tutelables.

Teniendo en cuenta el concepto acertado de la autodeterminación podemos decir que cuando una parte está en completo uso de sus facultades mentales, con completa consciencia de las posibles consecuencias de anudarse en un contrato, teniendo pleno conocimiento sobre el objeto que se contrata, y sin ningún tipo de vicio o influencia externa que pueda alterar su voluntad, este decide libremente obligarse con otra persona que también lo hace en actos de autodeterminaciones bilaterales que sobre un objeto lícito han convenido.

Se podría decir que a pesar de que la autodeterminación es un principio que se utiliza para los particulares como en el caso de la compra de una casa, también hay autodeterminación en el Estado, aunque lógicamente no en el mismo esquema que los privados, pero si tomamos en cuenta la Teoría del Contrato Social o simplemente asumimos que el rol del Estado es cumplir con el mandato que el pueblo le ha dado, su fin es el de satisfacer todas las necesidades de la población que es quien lo creó, el Estado declara libre y voluntariamente por medio de la Constitución, que todos sus protegidos, los ciudadanos tienen el derecho de tener una vivienda digna, segura con todos los servicios, etcétera y el Estado se autorresponsabiliza de que este derecho se ejecute y se cumpla con lo convenido a cabo. Lógicamente la autodeterminación es hacer uso de la voluntad libre para auto obligarse en este caso por medio de la Carta Política. Y como en los contratos privados,

igualmente existen métodos de exigibilidad del cumplimiento de lo convenido para ser usados por la contraparte en este caso los ciudadanos.

2.1.2 Autorresponsabilidad

“Pugliatti dice que la autorresponsabilidad está comprendida como la obligación de soportar las consecuencias que son vinculadas por el derecho al acto propio causalmente cumplido y también como la solidaridad que tiene el causante respecto de sus actos⁹¹”.

Primero que nada debemos entender que existe una relación muy estrecha entre libertad y responsabilidad, no existe la una sin la otra.

La idea de libertad sin responsabilidad no permite hablar en lo más mínimo de una autodeterminación.

Esta libertad entraña la posibilidad de tomar una iniciativa y asumir una determinada conducta respecto de un interés propio. De ello que la libertad fundamente la autodeterminación, autorresponsabilidad y por ende la autonomía de la voluntad privada.

Autorresponsabilidad no significa solo hacerse responsable de las consecuencias que se irroga contra la otra parte contratante, si no también contra los terceros que pueden resultar afectados.

Es decir en el caso de que una persona no sea admitida en un cierto espacio, por algún motivo que pudiera resultar lesivo para una persona en particular, no quiere decir que no afecte a otros, ya que si uno es víctima de ese atropello hoy, mañana podría ser cualquier otro, así el daño que se podría causar no solo es a un particular si no al colectivo.

91 Pugliatti, Autoresponsabilidad, *“Enciclopedia del Diritto”*, IV-452, No 1 y nota 1 en Rezzonico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 179.

Si una persona ocasiona un perjuicio a otra persona sea por negligencia o por cualquier circunstancia imputable a él, éste está en la obligación de reparar el daño.

“Betti dice que la fuente de la autorresponsabilidad, que significa el acto contractual de los particulares que anuda sus relaciones: se aprecia en el mismo la libertad para la autodecisión a través de la iniciativa consciente antes del acto, y la autorresponsabilidad o sea la obligatoriedad de soportar las consecuencias⁹²”.

Es un fruto de consciente iniciativa y por tanto de libertad, donde esa iniciativa y la autorresponsabilidad son términos correlativos.

El contratante es quien pone los mecanismos destinados, por ejemplo, a ingresar en una sociedad y luego ya no puede sustraerse a las consecuencias y por tanto tendrá que soportar las buenas y malas consecuencias del acto.

Es decir una persona no podría ejercer su derecho a ser admitido en un espacio determinado por ejemplo una discoteca y después quejarse de que la gente baila, o entrar a una cantina y reclamar por qué la gente bebe ahí.

Las partes pueden preparar todo un instrumento de reacciones y sanciones, tendientes a efectivizar la autorresponsabilidad, aunque también el derecho positivo tiene algunas cláusulas obligatorias aun para los contratos privados.

Las partes tiene la potestad de elegir cual será el camino que tomarán para el correcto cumplimiento de la contratación, la efectivización del contrato y la correcta regulación de intereses.

Todo esto significa que las partes se autorregulan, crean su propia regulación **en base a lo permitido** en uso de la autonomía privada.

“Esser y Schmidt dicen que aunque cada vez hay más límites al libre desarrollo jurídico de los particulares y a su capacidad para la conformación independiente y autorresponsable de sus relaciones jurídicas, debido a las

92 Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, p. 124. en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 187.

circunstancias sociales, económicas, etc...en lugar de una libertad contractual para todos, se advierte la oportunidad, para poco, de predisponer las condiciones contractuales, y de ese modo, hacer prevalecer unilateralmente sus intereses⁹³.

Se puede advertir así que debido a la codicia y abuso de los individuos en sus relaciones contractuales particulares, el Estado tiene que intervenir cada vez más en dichas relaciones por medio de regulación.

La obligatoriedad descansa en la autodeterminación de las partes, entonces este será el principio que rijan la forma en que se juzgará un convenio donde una de las partes ha tenido superioridad de poder para la elaboración del convenio.

“Betti dice que el contrato es un acto humano de importancia social, fruto de la iniciativa consciente y por lo tanto de la libertad, un acto a cuyas consecuencias, aun las onerosas, debe someterse en el mundo social, y es, consecuentemente fuente de autorresponsabilidad⁹⁴”.

En el momento en que una persona busca acceder a un espacio, sea este privado o público, se debe tomar en cuenta que hay una contraprestación para aquello, que puede ser el pago de una entrada en el caso privado, o la expectativa de una compra y en el caso público el pago de sus impuestos y tasas; esto hace que se forme una especie de relación contractual, por eso en el caso del espacio privado de la autonomía de las partes, las consecuencias que pueden producir son sociales, por lo tanto necesitan de la tutela del Estado, ya que no se puede actuar irresponsablemente ante la sociedad.

93 Esser y Schmidt, *Shcheuldrecht*, t. I, wul. 1, p. 29. en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 177.

94 Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, pag. 124. en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999. p. 179.

2.1.3 Autonomía de la Voluntad Privada

“La autonomía connota la capacidad de los seres humanos de razonar conscientemente, de ser reflexivos y autodeterminantes. Implica cierta habilidad para deliberar, juzgar, escoger y actuar entre los distintos cursos de acción, posibles en la vida privada al igual que en la pública⁹⁵”.

La autonomía privada está ligada estrechamente con la autodeterminación y la autorresponsabilidad de manera que la autodeterminación aparece como poder ético de asumir obligaciones y cerrar contratos, en tanto la autorresponsabilidad obliga a hacerse cargo del propio comportamiento y sus consecuencias.

El dogma de la voluntad, exteriorizado como autonomía de la voluntad, dándole a esta el poder irrestricto de no solo ser el querer sino que las partes dispongan en base a ella, creen su propia reglamentación, con lo que se puede admitir el establecimiento de un precepto inter partes, o autorregulación de intereses propios.

“Romano formula que este es un concepto tan fundamental del derecho privado, que solamente puede ser precedido en orden de importancia por el ordenamiento jurídico⁹⁶”.

Es decir que si tomamos al pie de la letra el concepto anterior, y si analizamos el ordenamiento jerárquicamente superior en nuestro país, Romano estaría de acuerdo con nosotros al decir que si la Constitución prevé que ningún derecho que nace de la dignidad del ser humano puede ser transgredido o restringido por motivos de discriminación racial, social, étnica, imagen, opinión, color, estatura, etc.....o violando los principios de igualdad, libertad de circulación, residencia, etc....y estas transgresiones o restricciones ser justificadas invocando el principio de la autonomía de la voluntad privada de las partes,

95 David Held, *Modelos de democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 337.

96 Romano, *Autonomía Privada*, “Studi in onore di francesco messineo”, T. IV p. 330. Y ss. en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999. p. 182.

pues, nunca se podría anteponer dicha autonomía privada ante el ordenamiento jurídico constitucional.

A pesar de que la autonomía privada abrigue a los dos principios de autodeterminación y autorregulación, esto no significa que sean los únicos que la conforman; esta necesita de otros elementos como la libertad contractual, el consensualismo, y la ley.

La autonomía privada puede utilizar el espacio que deja el derecho positivo con respecto a las formas de contratación; así los particulares pueden crear sus propios contratos.

Por eso se puede decir que aunque en ese terreno el orden jurídico renuncia a una regulación propia, no la traslada a un juez sino que deja que los particulares sean quienes decidan como han de llevar a cabo la contratación y la forma de ejecución de los contratos, incluso también deciden sobre las multas o sanciones que acarrearía la falta de cumplimiento o el incurrir en ciertas acciones desfavorables para la otra parte y que ellas se han puesto de acuerdo en sancionar. Aunque este no sería el caso específico en el derecho de admisión ya que a pesar de que existe una contraprestación por ambas partes y a pesar también que el ordenamiento jurídico inferior no es claro respecto de estas situaciones, esto no crea un espacio suficiente para que los particulares puedan ejercer el derecho de admitir o no, indiscriminadamente e injustificadamente.

“De todas maneras el negocio jurídico crea o modifica derechos subjetivos, pero no crea ni establece el derecho objetivo, solo da vida a un precepto de autonomía privada⁹⁷”.

En la modernidad podemos decir que la autonomía privada es necesaria, pero siempre que sus elementos de autorregulación y autodeterminación no se encuentren opuestos a un ordenamiento jurídico superior o incluso a los preceptos y principios constitucionales.

97 Juan Carlos Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 184.

“Carnelutti dice que se debe diferenciar entre autonomía y heteronomía. La autonomía aparece como un modo particular de producción de derecho, que es inter partes y se lleva a cabo como acuerden ellos y en función de sus intereses⁹⁸”.

Razón por la cual este autor la cita como la tercera fuente de producción del derecho.

La heteronomía significa que el derecho existe y se cumple independientemente de lo que quiera la persona o de su voluntaria adhesión, por eso se dice que el derecho es heterónimo.

Una tesis concibe a la autonomía privada, más bien como significado de que el ser humano encuentra en sí mismo el fundamento de su conducta, de manera que el hombre es libre y las reglas que lo gobiernan emanan de su propia voluntad.

Entonces podemos decir que el ser humano crea así su ley y él mismo se obliga a cumplirla.

Esta tesis podría ser aplicada en un Estado de Naturaleza Real, mas en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia difícilmente podría serlo por no decirlo imposible.

“Kant dice que todo contrato es justo por que las partes voluntariamente decidieron eso y una obligación queda justificada por el hecho de ser contractual, entonces toda injusticia es imposible cuando se ha decidido por sí mismo⁹⁹”.

Pero lamentablemente Kant al dar este concepto no tomó en cuenta las situaciones de poder concretas que muchas veces tiene una de las partes en perjuicio de la otra, ejerciendo así una especie de poder ilegítimo que le

98 Carnelutti, Teoría general del derecho, p. 79, No 24. en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pag. 185.

99 Enmanuel Kant en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 187.

permite imponer su voluntad, mas siendo así el caso en donde queda la justicia.

La autonomía privada abarca a) libertad de contratar b) libertad del contenido contractual c) fuerza obligatoria del contrato.

Como características de una concepción moderna de la autonomía privada son:

a) constituye una fuente de derecho en las relaciones privadas.

b) que la convención es símil de la ley y en ella domina el respeto a cumplir lo pactado.

c) que esta no es infinita porque esta encuadrada en los límites que le da el ordenamiento jurídico positivo.

Nuevamente si tomamos en cuenta los elementos anteriormente nombrados, revelamos que la autonomía privada jamás puede estar por fuera del ordenamiento jurídico positivo en este caso, la Constitución y sus preceptos, los cuales en muchos casos actúan como límites de la autonomía privada.

Dentro de los postulados de la ideología liberal el contrato es la manifestación de la voluntad humana, siendo una de las libertades naturales.

El cambio es necesario y el contrato es el instrumento que permite y viabiliza ese cambio.

La autonomía se propone reducir al mínimo las exigencias superiores del estado, limitándolo así a solamente garantizar el funcionamiento de la autonomía; y ésta es la base del capitalismo ya que creó la libertad contractual.

“Dice Fouillé que si el contrato es un acto de libertad, no corresponde rendir cuentas al juez sobre los motivos que han impulsado a contratar, la voluntad vale por sí misma¹⁰⁰”.

Aquí se nos revela el mayor conflicto a bordo del derecho de admisión: ¿Debería primar la autonomía de la voluntad privada expresada en el momento

100 Fouillé, Weill-Terré, Droit civil, Les obligations, p.58, No 57. en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 193.

de contratar o el ordenamiento jurídico impuesto por el Estado? Es así como quien no desea admitir a un particular en un espacio determinado dirá que es su derecho admitir o no a las personas porque dicho espacio le pertenece y puede regular todo sobre él, y quien busque ser admitido aducirá que no se le debe restringir su derecho a ser admitido en ese lugar por que no es igual a los demás violando así su derecho a ser diferente.

Vemos que el problema actual de la autonomía privada es que también se presta en gran medida para el abuso de poder, en los contratos ,la concentración de grandes poderes económicos unidos a nuevos medios tecnológicos son oportunidades para que quien ostenta de ese poder siga obligando contractualmente a la contraparte que es más débil.

En la Filosofía del Derecho Francés, del siglo XIX, y particularmente en su Código Civil, encontramos plasmado que la obligación contractual extrae su fuerza de la voluntad de las partes y se constituye así a la voluntad humana como el elemento esencial del contrato.

“En el sistema de la voluntad, dice Demogue, el papel del juez consiste en investigar la intención presunta del autor del acto jurídico, solo investiga las voluntades de los particulares, las desarrolla en sus secuencias lógicas¹⁰¹”.

“Rieg dice que solo la voluntad tiene valor jurídico, y que la declaración no es sino el procedimiento utilizado para hacerla visible a los terceros¹⁰²”.

Se advierte así una diferencia entre voluntad y declaración.

“Weill y Terré dicen que si la voluntad debe encontrar su lugar, al lado de ella deben intervenir la equidad, la buena fe, y la seguridad jurídica¹⁰³”.

101 Demogue, Traite des obligations en général, t, I, p. 83, No 27. en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 196.

102 Rieg, Le role de la volonté, p. 7, III. en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pag. 196.

103 Weill y Terré, Droit civil. Les obligations, p.61, No 59. en Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pag. 197.

Es así que no solo las voluntades individuales importan, ya que afecta a toda la sociedad, por eso debe cumplir con principios sociales.

Por ejemplo, en nuestro país es prohibido que una clínica privada o centro de salud privado le niegue atención a una persona que por emergencia necesita ser atendido, aunque no se le exige que tenga que curarlo, solamente preservar la vida del sujeto.

“Art 8.- Todo paciente en estado de emergencia debe ser recibido inmediatamente en cualquier servicio de salud, público o privado, sin necesidad de pago previo¹⁰⁴(Reformado por el lit. b de la Disp. Gen. Cuarta de la Ley 2006-67, R.O. 423-S, 22-XII-2006)”.

“Art 9.- Se prohíbe a los servicios de salud públicos y privados exigir al paciente en estado de emergencia y a las personas relacionadas con él, que presenten cheques, tarjetas de crédito, pagarés a la orden, letras de cambio u otro tipo de documento de pago, como condición previa a ser recibido, atendido y estabilizado en su salud(Reformado por el lit. b de la Disp. Gen. Cuarta de la Ley 2006-67, R.O. 423-S, 22-XII-2006).

Tan pronto como el paciente haya superado la emergencia y se encuentre estabilizado en sus condiciones físicas, el servicio de salud tendrá derecho para exigir al paciente o a terceras personas relacionadas con él, el pago de los servicios de salud que recibió¹⁰⁵”.

“Art 12.- Bajo ningún motivo un servicio de salud podrá negar la atención de un paciente en estado de emergencia¹⁰⁶(Reformado por el lit. b de la Disp. Gen. Cuarta de la Ley 2006-67, R.O. 423-S, 22-XII-2006)”.

Entonces aquí podemos ver que el legislador ha resuelto que el derecho a la vida y el derecho de admisión que tiene una persona que se encuentra en estado de emergencia prevalece ante cualquier otro derecho que podría ser el derecho a la propiedad privada del dueño de la clínica, o el derecho de admitir

104 Ley de Derechos y Amparo al paciente, Ley 77 (Suplemento del Registro Oficial 626, 3-II-1995).

105 Ídem

106 Ídem

o no a un paciente en una clínica privada. Pero la interrogante viene al pensar si se aplica de la misma manera si una persona desea acceder al mismo lugar pero sin encontrarse en estado de emergencia, y el acceso le es negado por cualquier motivo sin fundamento.

El bien jurídico protegido, en este caso *la vida*, prevalece ante cualquier otro derecho, ésto se debe a que la vida es un interés legítimamente protegido superior a cualquier otro, ya que sin la vida no hay derecho a nada más; en cambio en el segundo caso, la vida del individuo ya no está en riesgo, sino que solamente una parte de su organismo se encuentra afectada y ésta no acarrea poner en peligro la *vida* del sujeto.

Respecto a lo anterior, entendemos que en la primera situación el bien jurídico que primará siempre será el de la vida, de quién busca ser atendido con inmediatez, pero en el segundo caso como la vida ya no está en riesgo, el bien jurídico protegido que prima es el derecho a obtener un lucro por el servicio que presta la clínica privada.

El principio de autonomía privada significa que los particulares disponen en su vida de relación con otros, en busca del mejor desarrollo de sus necesidades, bajo el presupuesto de una normal autodeterminación, es decir sin influencia externa, y con el poder de regular por sí mismos sus intereses creando para ello un precepto de autonomía privada que da satisfacción y seguridad a sus intereses, pero siendo a la vez reconocible exteriormente y ,por tanto, susceptible de valoración por los demás.

Para que el principio de autonomía resulte eficaz, supone que todos los hombres deben ser libres e iguales, que se encuentran en igualdad de condiciones, que no se corra el riesgo de interferencias injustas que puedan alterar la voluntad de autodeterminación de una de las partes¹⁰⁷.

El ordenamiento jurídico está sobre la autonomía privada, ésta solo puede actuar respecto de lo que la ley le permite, y en caso de estar en contra, prima

107 David Held, *Modelos de democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pp. 338-339.

la ley, para efectos del presente caso entiéndase *ley* como la norma constitucional.

2.2 Derecho a la Propiedad Privada

“los hombres han arriesgado y efectivamente perdido sus vidas por la libertad y por la propiedad”¹⁰⁸

El **derecho a la propiedad privada**, es uno de los derechos más antiguos reconocidos y respetados por la humanidad entera, aunque en algunos momentos de la historia, ha sido conceptualizado de distintas maneras, dependiendo de los matices que las circunstancias políticas, sociales o ideológicas han establecido.

Probablemente no existe un momento exacto en la historia de la humanidad en el que podamos precisar que se reconoció el derecho de propiedad privada. Desde sus inicios, probablemente el hombre cazador tenía el poder de disponer, usar y gozar de las herramientas que le eran útiles para sobrevivir, cuestiones como las pieles que usaba para vestir, piedras para hacer fuego, o cualquier cosa que le pudiera servir para llegar a un fin; así mismo, las cavernas que usaban para refugio o el agua de un manantial, son cosas por las que probablemente los hombres habrían estado dispuestos a matar, ya que de la posesión de ellos podría depender su sobrevivencia.

“Un hombre perdona más que maten a su hermano a que le despojen de sus bienes”¹⁰⁹

El derecho a la propiedad privada es una derivación de la misma libertad del hombre, un hombre no es libre si no tiene en vigencia éste derecho.

108 César Quintero y Sebastián Rodríguez, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer-Stiftung A..C. CILEDLA , Buenos Aires, 1998, p. 415.

109 Cf. Maquiavelo Nicolás, *El Príncipe, 4a de.*, Espasa-Calpe Argentina S.A., Buenos Aires, 1943 en *Íbidem*, p. 416.

El derecho romano, padre de todo nuestro derecho, ya reconoció el uso, el goce, y la disposición de las cosas(*res*), los cuáles son elementos esenciales del derecho a la propiedad privada, elementos que hasta el día de hoy se mantienen en nuestras legislaciones.

“La propiedad es el derecho de gozar de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”¹¹⁰

En las viejas concepciones del derecho a la propiedad privada no existía más elementos que los que nacían de la propia facultad de disponer como a bien tuviere quien era legítimo poseedor del bien.

Los distintos episodios de la humanidad han hecho que la evolución del concepto del derecho a la propiedad privada ya no sea una facultad individualista y sin límites, sino que ha traído a colación un nuevo elemento que transformaría la manera de entender y aplicar el derecho a la propiedad privada, me refiero a la *función social*.

La Constitución de Weimar de 1919, ya habla de la función social de la propiedad:

“Art. 153.- La propiedad obliga y que su uso, además de al particular, debe dirigirse al bien común”¹¹¹ Implica la superación de la concepción de la propiedad privada como libertad absoluta de realización de cualquier interés individual.

Su ejercicio debe ser al mismo tiempo un servicio prestado a la comunidad¹¹²”.

110 Código Civil de Napoleón, Art 544, en César Quintero y Sebastián Rodríguez, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer-Stiftung A..C. CIIEDLA , Buenos Aires, 1998, p. 418.

111 Santiago Sánchez, *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 47.

112 César Quintero y Sebastián Rodríguez, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer-Stiftung A..C. CIIEDLA , Buenos Aires, 1998, p. 419.

Otra vez se ve el carácter limitable de los derechos, no en su contenido pero sí en su *alcance*. Es decir de cualquier forma el **derecho de propiedad** está limitado por otros derechos de otras personas, que bien puede ser el colectivo o puede ser un particular. En definitiva no es un derecho fundamental ilimitado.

Uno de los principales límites del derecho a la propiedad privada es la función social que debe cumplir.

“La función social no debe entenderse como límite externo, sino como parte integrante del propio derecho a la propiedad¹¹³”.

“el derecho sin moral sería restrictivo y la moral sin derecho sería inaplicable¹¹⁴”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la propiedad privada así:

“Art. 17.-

- 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.*
- 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.*

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos “*Pacto de San José*”, reconoce éste derecho así:

“Art. 21.- Derecho a la propiedad privada:

- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. **La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.***
- 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

113 Juan Manuel Goig, *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 421.

114 Ramiro Ávila, *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito 2008, p. 35.

3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley¹¹⁵.*

Todos tenemos derecho a la propiedad, pero así mismo todos estamos obligados a respetar los derechos de los demás, a no pretender que nuestros derechos sean ilimitados y hacerlos prevalecer ante los derechos de los demás sin responsabilidad ni consciencia.

Nuestra Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada de la siguiente forma:

Dentro de los derechos de libertad:

*“Art 66.26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con **función y responsabilidad social y ambiental**. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas¹¹⁶”.*

En este precepto constitucional podemos observar que no solo se encuentra recogida la teoría de la *función social* de la propiedad, sino que también se hace un *adendum* positivo más, la responsabilidad ambiental.

“La propiedad privada deja de ser un derecho del individuo para convertirse en una función social¹¹⁷”.

*“La propiedad **no es un derecho sino una función social**, el propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene por el hecho de tener ésta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple ésta misión sus actos de propiedad son protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, por ejemplo tiene tierra pero no la cultiva o deja arruinarse su casa la intervención de los gobernantes es legítima para obligarse a cumplir su función social de propietario¹¹⁸”*

115 Publicado en Registro Oficial 801, 6-VIII-1984

116 Constitución de la República del Ecuador(2008), R.O. No. 449, 20-X-2008

117 Duguit en César Quintero y Sebastián Rodríguez, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer-Stiftung A..C. CIIEDLA , Buenos Aires, 1998, p. 420.

118 Ibidem, p. 421.

"Para este autor, propietario es una especie de administrador de la riqueza que, al explotarla, cumple una misión social en beneficio del bienestar colectivo"¹¹⁹.

La propiedad no puede entenderse solo como el derecho de cada persona de mantener en su poder lo que ha adquirido, sin importar ningún otro elemento, es así que, por ejemplo, una persona por más dinero que tenga, no puede tener en su posesión armas nucleares, porque atentaría contra la seguridad de los Estados, la paz mundial, etcétera; así mismo, una persona no puede acceder a comprar los bienes públicos, no puede comprar las plazas públicas, las playas, etcétera, porque el acto jurídico sería nulo por ilicitud de causa y objeto.

Todas estas limitaciones al derecho de la propiedad privada, no son restricciones al ejercicio mismo del derecho, sino que, la necesidad de tutelar adecuadamente los otros bienes jurídicos protegidos que tiene la sociedad, al ser de una categoría superior a éste derecho, es que se ve en la necesidad de limitarlo.

Las personas no pueden comprar todo lo que podrían desear y tampoco por el derecho a tener la propiedad de algo, podrían abusar del derecho transgrediendo el derecho de terceros (derechos subjetivos) ni la ley (derechos objetivos).

Es así como por ejemplo, una persona no porque compre un carro, que en teoría pertenece a su patrimonio y podría hacer con este lo que se le ocurra, realmente podría hacerlo, ejemplo: Juan compra un vehículo; él decide que le gusta hacer obscenidades dentro de él; probablemente la gente se queje con la policía porque esta persona afecta a la moral pública y a las buenas costumbres; o en otro caso por el hecho de tener un terreno como propiedad, uno no puede hacer lo que se le ocurra en él, por ejemplo quemar cosas, matar animales, manejar materiales explosivos, etc.....

119 Ibidem, p. 422.

En conclusión, podemos decir que el derecho a la propiedad privada, es un derecho fundamental de los seres humanos, que se encuentra limitado por otros derechos, que no puede estar por encima del ordenamiento jurídico del Estado y que debe cumplir una función social, la cual no debe entenderse como un límite que el Estado puede imponer sin una legítima justificación, sino que al contrario, tiene que propender a la maximización de los derechos y velar por el bienestar común.

2.2.1 Tipos de Propiedad reconocidos por la República.

En este capítulo no voy a mencionar doctrinas referentes a los tantos tipos de propiedades que existen y que han existido, ya que el fin de este capítulo solamente es dar a conocer el reconocimiento que hace nuestra Constitución, respecto a los diferentes tipos de derecho a la propiedad que hay; el objetivo es indicar cuál de todos es el derecho a la propiedad al que nos referimos en la presente, ya que existen varios, como el derecho a la propiedad privada de un solo individuo, de un colectivo, el derecho de propiedad que tiene el Estado, la propiedad mixta, etcétera.

Nuestra Constitución reconoce los siguientes tipos de propiedad:

“Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”.

El desarrollo evolutivo de nuestra especie ha hecho que con el pasar del tiempo se vayan creando nuevos tipos de propiedad, y con él, el derecho a la propiedad también ha ido variando sustancialmente, incluso de las cosas sujetas de apropiación.

Es así como se ha reconocido un nuevo derecho a la propiedad:

“Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad”.

“Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

“Art. 324.- El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal”.

El **derecho de propiedad privada** al que nos referimos en el presente capítulo, es específicamente el *derecho a la propiedad privada de las personas*, es decir, el derecho que tiene cada ser humano como individuo que forma parte de una sociedad, y que le ha sido previamente reconocido y garantizado por el Estado.

CAPÍTULO III

3.- Métodos y Garantías Jurisdiccionales de Protección de Derechos

3.1 Garantías

“Las garantías adecuadas son aquellas que están diseñadas para todos los derechos reconocidos y que son eficaces porque producen el resultado previsto, que es reparar la violación de derechos”¹²⁰

De conformidad con el Art. 11.3 de la Constitución, el juez ya no puede escudarse en la falta de normativa para hacer justicia en un caso determinado. Así pues, la nueva Constitución requiere que los jueces y tribunales o quienes aplican la norma, deban imaginar y crear la hipótesis de hecho de dicho caso y en consecuencia la obligación que emana del principio a aplicarse al caso concreto.

Ahora en la nueva teoría constitucional no se toma como seguridad jurídica netamente el **principio de legalidad**, si no que la seguridad jurídica radica en que no se pueda dejar sin justicia a las personas, es decir que ya no se pueda argumentar falta de normativa para hacer justicia, ni tampoco que en aplicación del principio de legalidad se cometan tamañas injusticias.

Las garantías ya no se restringen solo a la instancia judicial, sino que están dentro de las políticas públicas integralmente.

Las garantías están dadas por políticas públicas, expresadas de manera normativa y en última instancia por la sede judicial.

120 Ramiro Ávila, *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, p. 90.

Respecto de las garantías de la Constitución Ecuatoriana del 2008, tenemos dos tipos de garantías, unas **primarias** que como bien las define Wilhelmi¹²¹ son:

“las que establece mandatos y habilita a los poderes públicos, tanto legislativo como ejecutivo, para la puesta en marcha de las políticas que deben generar las condiciones jurídicas y materiales de realización de los derechos”.

Garantías **secundarias** o mejor conocidas como jurisdiccionales, tanto en la función judicial como para ante la Corte Constitucional, sin contar con todo el resto de controles sociales como el Consejo de Participación Ciudadana.

El objetivo principal de todas estas garantías es asegurar la inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, la forma interdependiente de unos derechos con otros y la igualdad jerárquica de todos los derechos.

Una división más precisa de las garantías recogidas en el derecho constitucional ecuatoriano nos la da Ramiro Ávila, de la siguiente manera:

“Existen dos clasificaciones de las garantías, una en función de los poderes del Estado y la otra en relación a los derechos y al rol de la justicia constitucional.

En relación a la primera: son normativas, políticas públicas y jurisdiccionales.

Las normativas son todas aquellas decisiones de órgano legislativo, presidente, municipio o ministros que emiten una normativa que debe estar acorde a la normativa constitucional¹²².

La Constitución actual recoge las garantías así:

121 Marco Aparicio Wilhelmi, *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, p. 20.

122 Ramiro Ávila, *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, p. 92.

“Garantías normativas

*Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para **garantizar la dignidad del ser humano** o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución¹²³”.*

Las políticas públicas son todos aquellos proyectos, programas o decisiones que deben buscar el desarrollo de los derechos y los principios constitucionales.

Políticas Públicas

“Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control, de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

- 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.*
- 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.*
- 3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.*

123 Constitución de la República del Ecuador(2008), R.O. No. 449, 20-X-2008.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades¹²⁴.

Y por las garantías jurisdiccionales entendemos todos aquellos mecanismos que las leyes prevén, para que cada persona que sienta afectado sus derechos, pueda reclamarlos ante juez competente.

La finalidad de estas garantías, nos dice la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, son:

“Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.

Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo¹²⁵”.

“Garantías jurisdiccionales

Disposiciones comunes

Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

124 Ídem.

125 Publicado en R.O. 52, 22-X-2009.

1. *Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.*

2. *Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:*

a) *El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. (.....)*

Art. 87.- Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho¹²⁶.

Tenemos así las acciones de protección de derechos, las acciones de cumplimiento, las acciones extraordinarias de protección y además las medidas cautelares que se pueden solicitar dentro de las otras acciones.

Las garantías prevén que las acciones se puedan presentar de forma particular o colectiva dependiendo si la afectación ha sido a una persona en especial o a un grupo.

“La acción de protección si procede contra particulares, no cuando están en igualdad es decir cuando la relación es horizontal, pero sí cuando están en relación de poder, uno puede discriminar o el otro estar en situación de subordinación o indefensión¹²⁷”.

Acción de protección

“Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas

126 Constitución de la República del Ecuador(2008), R.O. No. 449, 20-X-2008.

127 Ramiro Ávila, *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, p. 98.

públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación¹²⁸”.

Acción de hábeas corpus

“Art. 89.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.(.....)¹²⁹”.

Acción de acceso a la información pública

“Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley¹³⁰”.

Acción de hábeas data

“Art. 92.- Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el

128 Constitución de la República del Ecuador(2008), R.O. No. 449, 20-X-2008.

129 Ídem

130 Ídem

origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.(.....)¹³¹”.

Acción por incumplimiento

“Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional¹³²”.

Acción extraordinaria de protección

“Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.

El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado¹³³”.

La corte constitucional es el garante último de los derechos constitucionalmente protegidos, de ahí la relevancia de la probidad de los integrantes de la misma y de la necesidad de excelencia y transparencia de sus fallos.

3.2 Ponderación

En la ponderación juega un papel fundamental, el criterio bien formado que debe tener el juez. **La racionalidad** será un principio básico para realizar una

131 Ídem

132 Ídem

133 Ídem

correcta apreciación de los valores en juego y proceder a una correcta ponderación de los mismos.

“El principio de proporcionalidad está ligado a la ponderación, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pretende la máxima realización de los principios, relativo tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas, este es el campo de la ponderación¹³⁴”.

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera:

“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro¹³⁵”

Esta ley se divide en tres pasos:

“En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”.

Según la ley de la ponderación, el grado de la no satisfacción de o de la intervención en un principio y la importancia de la satisfacción del otro son

134 Robert Alexy en Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, p. 15.

135 Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., p. 146 en Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008. p. 21.

objeto de valoración como leve, medio y grave¹³⁶. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve.

Así, la intensidad de la intervención será leve, y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención será grave”.

En la ponderación el orden de preferencia de uno de los derechos o principios en conflicto, siempre será proporcional y relativo al caso concreto.

Lo que se pondera no es, ni la ley, ni los actos o conductas de las personas, sino los principios constitucionales que militan en favor o en contra de los mismos¹³⁷.

En el diario El Comercio se publicó una nota en la que se indica que el concejal de Guayaquil, Gino Molinari, “*logró que se retiren los letreros de la reserva de admisión en los parques públicos¹³⁸*”.

Estos letreros fueron colocados por la fundación que está a cargo de la administración de los parques. En este caso, el acceso al espacio público ha sido restringido debido al criterio discriminatorio (no juzgo que sea positivo o negativo), pero que ha aplicado dicha fundación, en nombre de la seguridad ciudadana o de la moral pública, etcétera.

El problema es, que se ha utilizado estos criterios justificativos, para no permitir el ingreso de personas con diferente orientación sexual, transexuales, gays, prostitutas, personas que por su apariencia podrían parecer peligrosas, mendigos, vendedores ambulantes, o simplemente porque su imagen no es la adecuada según algún criterio.

136 Robert Alexy en Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008, p. 22.

137 Luis Prieto Sanchís, *El Juicio de Ponderación, Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 195.

138 Diario El Comercio, 7 de febrero de 2010, pág. 3. y corroborado en conversación vía telefónica con Gino Molinari el día 9 de febrero a las 16: 30.

En este caso, casi toda la población está de acuerdo en que, no se puede restringir el acceso a las personas a los espacios públicos, pero ¿que pasaría en el caso de, que en una discoteca(espacio privado con fines públicos), se susciten estos problemas?, ¿es constitucional o no, es justo o no, que el dueño o quién tenga el poder de admitir o no a las personas que deseen entrar a éste lugar, lo hagan justificándose en las mismas razones que se han dado en el caso anterior?.

En este caso, lo que debemos observar primero, es si se trata de un conflicto de principios, valores o derechos que están constitucionalmente reconocidos y garantizados.

Como hemos dicho a lo largo del trabajo, este es un caso donde incurren varios derechos y principios que podrían resultar en conflicto, lo importante es definir cuáles son los principales. Entonces analicemos: De un lado tenemos al propietario del local, quien como consecuencia del derecho a la propiedad privada del que goza, tiene por el principio de la autonomía de la voluntad, el derecho a admitir o no a las personas en su local; y, del otro lado, tenemos a una persona que goza del derecho a la igualdad y a no ser discriminado en primera instancia por ser un derecho humano, que, en facultad de su principio de autonomía de la voluntad desea ingresar a la discoteca, y que por lo tanto tiene el derecho a ser admitido sin más restricciones que las que prevea la ley o la Constitución.

Entonces, los principios que tenemos en conflicto directo, son: el ***principio de autonomía de la voluntad privada*** que nace del derecho a la propiedad privada del que goza el dueño del local; y el ***principio de igualdad y no discriminación*** del que goza el usuario.

Como dije en el capítulo anterior, la autonomía de la voluntad no puede estar en contra del ordenamiento jurídico, es decir, si hacemos una interpretación del ordenamiento jurídico, desde un punto de vista taxativo, entenderíamos que, en este caso, ya hubiera perdido la autonomía de la voluntad privada del dueño

del local, ya que constitucionalmente no se permite ningún tipo de discriminación.

“Art 66. literal 4.- Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

“Art 11. numeral 2.- Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, 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 o 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”.

Recordemos que, la Constitución reconoce que cualquier derecho que nazca de la dignidad del ser humano, se entiende constitucionalmente reconocido y protegido.

Ahora, veamos qué pasaría si aplicamos el método de *ponderación*.

Focalizando los principios que se encuentran en conflicto: por un lado el principio de autonomía de la voluntad privada y por otro el principio de igualdad.

“Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”

“Un trato desigual no vulnera el principio de igualdad si se demuestra que es:

a) Adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido

b) Necesario, es decir que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin.

c) *Proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un peso mayor que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato*¹³⁹.

Es decir, en el caso de que a una persona no le hayan permitido el ingreso a la discoteca, porque quien es dueño argumenta que la vestimenta que está usando el usuario, no es adecuada para el tipo de gente que se encuentra ahí y podría causarle un desprestigio al local, entonces tenemos que analizar en base a los anteriores literales, si el trato que le ha dado el dueño del local ha sido igual o desigual a los demás, y en caso de ser desigual, cuáles son las razones para hacerlo.

Veamos entonces si existe razón suficiente o no, para que el dueño pueda hacer un trato desigual respecto al vestuario.

Según el literal a: En este caso no habría un fin constitucionalmente válido para justificar el trato desigual, ya que, la constitución no prevé en ningún articulado, ni en su contexto, ni en sus principios, que las personas puedan tratar con desigualdad a los iguales, por razones de estética de un comercio, o de imagen exterior.

Según el literal b: No existe la más mínima necesidad del dueño del local de prohibir el ingreso de un usuario porque usa una ropa determinada, ya que según la Constitución, nadie puede tratar con discrimen a una persona que por su identidad usa una ropa específica, *vb. gr.* un sombrero¹⁴⁰. Por lo tanto, no existe necesidad de hacer un trato diferenciado, inclusive porque muchos otros lugares de atención al público no hacen esta clase de diferencias y no por eso pierden prestigio.

139 Carlos Bernal Pulido, *El Principio de Igualdad, El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 257.

140 En algunas comunidades indígenas, p.e. Salasacas, tisaleos, el sombrero forma parte irrenunciable de su indumentaria, pues, simboliza que sobre su "ser" existe un "ser" que omnímodamente lo predetermina todo, incluido el "actuar" individual de quien forma parte de la colectividad comunitaria.

Según el literal c: De ninguna manera es proporcionado, ya que el trato que se le está dando al usuario con sombrero, sacrifica valores mucho más importantes que el de la estética del lugar, valores como la dignidad de la persona, derecho a la propia imagen del usuario, derecho a la diversidad, derecho a un trato igualitario, etcétera.

Aun cuando el dueño del local podría justificar la medida por el derecho al lucro que tiene por gozar de los frutos que le puede dar la propiedad privada, esto no significaría que la medida es proporcional con respecto al fin que se pretende, a menos que se demostrara que el local quebraría si no toman esta clase de medidas, ahí tal vez se podría justificar una intervención de esta naturaleza. A pesar de aquello, en el caso concreto, que bien puede suceder realmente, si es que no ha sucedido ya, la justificación emitida por quien ejerce el derecho a admitir, no sería más que la simple estética del lugar.

Una vez que se ha detectado que el tratamiento desigual en este caso corresponde a una flagrante violación del principio de igualdad, entonces ahora ya podemos poner en una balanza y analizar, que principio debe primar en el caso concreto que hemos planteado, aclarando que no se habla de que un principio vaya a ser superior a otro, sino que solamente al caso concreto hay que encontrar, cuál principio se está excediendo en su alcance y cuál está siendo menoscabado en su aplicación.

Ahora que ya se ha demostrado que el principio de igualdad sí ha sido vulnerado por la aplicación del principio de autonomía de la voluntad del que goza el propietario del local, entonces veamos como procedería la ponderación.

Según la ley de la ponderación:

Primer paso.- *“grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios”*. En este primer paso le daremos un valor de grave a la intervención que ha sufrido

el principio de igualdad; ¿Por qué? Porque la afectación no es a bienes materiales, ni es pecuniaria, sino que afecta directamente a la dignidad de la persona, al respeto que merece la persona, a su personalidad.

Segundo paso.- *“importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario”*; ¿Por qué? Es importantísima la satisfacción del principio de igualdad, porque ahí radica uno de los valores máximos de un **Estado Constitucional de derechos y justicia**; recordemos: El Estado debe velar por la maximización de los derechos y el principio de igualdad es un pilar supremo de él.

Tercer paso.- *“si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”*, ¿Es justificable? Pienso que la respuesta para cualquier persona, será que la intervención leve que sufre el principio de la autonomía de la voluntad de quien ejerce el derecho a la propiedad privada con fines públicos, es totalmente justificable por la intervención grave que ha sufrido el principio de igualdad de quien ha sido discriminado al momento que deseó ser admitido.

Conclusiones

En primer lugar, tomando en cuenta que la ciencia jurídica se ve obligada no solo a describir el significado de una ley, sino a tener que analizarla dentro del marco jurídico descrito por los principios constitucionales, se ha vislumbrado la existencia y el reconocimiento del derecho de admisión como parte integral de los derechos fundamentales, ya que la nueva teoría constitucional y en especial la Constitución Ecuatoriana del 2008, reconoce expresamente a cualquier derecho que nazca de la dignidad del ser humano o que esté reconocido en tratados internacionales de Derechos Humanos. Este derecho se constituye como un derecho relacional que debe ser invocado de tal manera que, siempre que se lo haga habrá otro derecho que resulte afectado, como podría ser el derecho a no ser discriminado.

Segundo, que la autonomía de la voluntad no puede estar por encima del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir que nadie se puede acoger al principio de autonomía para poder discriminar a otra persona.

Que, la propiedad privada tiene como un elemento esencial de reconocimiento por parte del Estado, la *“función social”*, y que en el caso de los espacios que son de derecho privado, pero que tienen como finalidad el entretenimiento del público en general, no pueden aplicar políticas restrictivas o atentatorias a los derechos humanos. Y que la mal llamada *“reserva del derecho de admisión”* no es más que una violación flagrante a los derechos humanos, y que en base a ella, se cometen a diario múltiples discriminaciones étnicas, económicas, sociales, y de cualquier otro tipo.

Y en tercer lugar, revisadas las garantías jurisdiccionales, se concluye que cualquier persona natural que se encuentre en circunstancias similares, podría anteponer una acción de protección en contra de incluso, las personas particulares que fueren dueñas de los establecimientos destinados al público en general y que les han negado injustificadamente e ilegalmente el acceso.

Aunque no debería hacer falta, ya que más del 80% de la población de nuestro país, aprobó el texto de la nueva Constitución y por ende se obligó a su respeto y cumplimiento.

En todo caso, sería prudente que la Corte Constitucional declare como inconstitucional a la “*reserva de derecho de admisión*”, la cual se utiliza como justificativo discrecional de quien ejerce el derecho a admitir, o al menos que regule y limite esta “*reserva*” para casos en que el bien jurídico protegido sea bastante más importante.

Como finalización del presente trabajo quiero pernotar, que si bien es cierto que jurídicamente podemos anteponer acciones en contra de quienes nos hacen daño con sus acciones discriminatorias o degradantes, esto no significa que la sociedad en la que vivimos, sea una en la que la gente busque tratar como igual a sus desiguales, reconozca al débil sus fortalezas, solidaria con quien no tuvo las oportunidades, ni que busque llegar algún día al concepto de *ciudadanía universal*, sino que más bien es una sociedad donde prima la discriminación, donde la gente acepta que hay superiores e inferiores, donde el color de la piel es determinante, en la que la imagen de las personas marca la percepción de valores y principios que le rigen a una persona o grupo.

Y, mientras en la consciencia de las personas siga primando el ánimo de diferenciación entre pobres y ricos, lindos y feos, buenos y malos, negros y blancos, etcétera, los principios constitucionales no serán más que una hipócrita declaración del “*deber ser*” de una sociedad en la que el “*ser*” de ella, radica en personas que relativamente y circunstancialmente disfrutaban sintiéndose superiores y ven por encima del hombro a otro, que a su vez aspira un día también poder estar en los pies de él, para hacer lo mismo con otros.

Nadie es humanista porque un papel así lo diga, solo la consciencia de las necesidades del mundo que nos rodea, puede hacernos más, o menos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Constitución de la República del Ecuador(2008), R.O. No. 449, 20-X-2008.

Constitución Política de la República del Ecuador (1998), R.O. 1, 11-VIII-98.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", Registro Oficial 801, 6-VIII-1984

Ley de Derechos y Amparo al paciente, Ley 77 (Suplemento del Registro Oficial 626, 3-II-1995).

Libros

Ávila Santamaría, Ramiro, editor. *Constitución 2008 en el contexto Andino*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.

Ávila Santamaría, Ramiro, editor. *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.

Bernal Pulido, Carlos. *El Principio de Igualdad, El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia, 2005.

Carbonell, Miguel, editor. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.

Carbonell, Miguel, editor. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Held, David. *Modelos de democracia*. Madrid, Alianza Editorial, 1996.

Locke, John. *Ensayo sobre el Gobierno civil*. Madrid, Aguilar, 1969.

Maquiavelo, Nicolás. *El Príncipe*. Buenos Aires, 4a de., Argentina, Espasa-Calpe, 1943.

Prieto Sanchís, Luis. *El Juicio de Ponderación, Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

Quintero, César y Sebastián Rodríguez, compiladores. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires, Konrad Adenauer-Stiftung A..C. CIIEDLA , 1998.

Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social*. Buenos Aires, Longseller, 2005.

Rabinovich, Ricardo. *Recorriendo la Historia del Derecho*. Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003.

Rodriguez Armas, Lorenzo M. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el Art 53 de la Constitución Española*. Granada, Editorial Comares, 1996.

Rezzónico, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999.

Sánchez, Santiago. *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*. Valencia, Tirant lo blanch, 2006.

Revistas

Ferrajoli, Luigi. *La democracia Constitucional*. Publicado en Vulpiani Pietro, *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversita*, Milan, Alisei Armando Editore, 1997.

Páginas Web

<http://www.wikipedia.org>

<http://www.bibliojuridica.org>

<http://www.fao.org>

<http://www.elperiodicodemexico.com>

<http://www.ejournal.unam.mx>

<http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx>

<http://www.un.org>

Diarios

Diario El Comercio, 7 de febrero de 2010, pág. 3.