Colección NE Nuevo Estado

Gobernabilidad, Derecho y Democracia

Gina Chávez
Juan Montaña

Constitución para servidores públicos

1

iaen Instituto de Altos Estudios Nacionales
La Universidad de postgrado del Estado

Carlos Arcos Cabrera
Rector del Instituto de Altos Estudios Nacionales - IAEN

Patricio Pazmiño Freire
Presidente Corte Constitucional

Arturo Villavicencio Vivar
Vicerrector del Instituto de Altos Estudios Nacionales - IAEN

Fernando López Parra
Decano General Académico

Carlos Marchán Romero
Decano General de Investigación

Guadalupe Soasti Toscano
Decana Centro de Educación Continua

Gobernabilidad, Derecho y Democracia

I

Constitución Para Servidores Públicos

Colección
Nuevo Estado

Primera Edición, 2011

651.1
C5125c

Chávez, Vallejo, Gina; Montaña, Juan

Constitución para servidores públicos/ Gina Chávez, Vallejo; Juan Montaña. 1ª. Ed. —Quito: Editorial IAEN, 2011.
64 p.; 21 x 29,7 cms; (Colección Nuevo Estado: Gobernabilidad, Derecho y Democracia, N.° 1)
ISBN: En trámite

1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 2. FUNCIÓN PÚBLICA
3. FUNCIONARIOS PÚBLICOS 4. DERECHOS DE LOS EMPLEADOS
5. ECUADOR I. Título

© De esta edición: IAEN

Instituto de Altos Estudios Nacionales
Av. Amazonas N37-271 y Villalengua esq.
Telf: (593) 02 2464201 / 02 2260008
www.iaen.edu.ec

Equipo Académico

Autores
Gina Chávez Vallejo
Juan Montaña

Validación de contenido
Alex Valle

Edición pedagógica
Dalia María Noboa C.

Equipo Editorial - IAEN

Coordinación editorial
Paquita Troya Fernández
(593) 02 2260011. Extensión 208
Correo electrónico: paquita.troya@iaen.edu.ec

Coordinador gráfico y de impresos
David Rivera Vargas

Diseño gráfico y diagramación
Henry Rengifo Fernández

Diseño de colección y portada
Allen Vallejo

ISBN: en trámite

Impresión:
Imprenta Mariscal
Quito - Ecuador, 2011

Prohibida la reproducción parcial o total sin autorización expresa del IAEN.

Debido a la naturaleza de Internet, las direcciones y/o los contenidos de los sitios web a los que se hace referencia en este texto pueden ser modificados o suprimidos.

Si vas a usar este libro, sé ético y cita la fuente. Trabajamos para ti

Presentación

La formación universitaria ecuatoriana y particularmente los estudios jurídicos, desde los orígenes de la República, están marcados por una tradición formalista y positivista. La memorización de códigos y normas legales, junto con la difusión de verdades jurídicas inmutables alimentaron tradiciones culturales de contenidos y conceptos vacíos que favorecieron interpretaciones hegemónicas del Derecho.

Como efecto de ello, en todos los espacios de aplicación del derecho y especialmente en el ámbito de la administración pública se instituyeron prácticas, hacia lo jurídico e institucional, marcadamente burocráticas, mecánicas y desconectadas de la realidad y de las necesidades de las personas.

La promulgación y aprobación de la Constitución de 2008 implica para el Ecuador una transformación normativa sustancial, tanto en lo que concierne a la institucionalidad como en lo que atañe a las posibilidades de la vida social y colectiva de todos cuantos vivimos en el Ecuador. Sin embargo, lo jurídico constitucional no tiene eficacia real si no va acompañado de un cambio cultural en las formas de pensar y de actuar de quienes estamos obligados por esa nueva realidad jurídica.

El Instituto de Altos Estudios Nacionales, en su calidad de Universidad de Posgrado del Estado ecuatoriano, conjuntamente con la Corte Constitucional, conscientes de esta urgencia de acercar lo normativo a la vida real, se han impuesto la tarea de diseñar este texto dirigido a las servidoras y servidores públicos del Estado, que les permita examinar su labor práctica a la luz de los nuevos contenidos constitucionales.

Es nuestra aspiración, que la servidora y el servidor público comprometido se involucre en un ejercicio analítico integral sobre el proceso de constitucionalización de la vida individual y colectiva; el importante papel asignado a ellos en la realización de los fines del Estado; y, en la lógica garantista de los derechos ciudadanos, sobre los que se asienta el Nuevo modelo constitucional ecuatoriano.

MSc. Carlos Arcos Cabrera
Rector del IAEN

Dr. Patricio Pazmiño Freire
Presidente Corte Constitucional

Índice

Introducción 9

Capítulo I

Cambios Constitucionales en el Ecuador: El Estado Constitucional de Derechos y Justicia 15

1.1 Del Estado legal al Estado constitucional de derecho 15
1.2 Supremacía y valor normativo de la Constitución 20
1.3 Los derechos como valores, principios y reglas 22

Capítulo II

Los derechos como fines del estado: las redefiniciones del estado 26

2.1 Los sujetos de los derechos constitucionalizados 26
2.2 Las responsabilidades del Estado frente a los derechos 31
2.3 Principio de aplicación de los derechos 34

Capítulo III

Garantías para la eficacia de los derechos: Garantías de los derechos 43

3.1 El régimen de las garantías en la Constitución del 2008 43
3.2 Tipo de garantías 49

Capítulo IV

Los derechos y la función pública: el rol de las servidoras y los servidores públicos frente a la eficacia de los derechos y garantías 53

4.1 La función pública estatal. Sustentos teóricos y normativos 53
4.2 Roles y funciones de las servidoras y los servidores públicos: los derechos ciudadanos como mandatos y obligaciones para el servicio público 56

Bibliografía 61

Introducción

Cambio Constitucional y el valor normativo de la Constitución[1]

Quiero expresar públicamente mis agradecimientos al doctor Carlos Arcos, Rector del Instituto de Altos Estudios Nacionales, por invitarme a participar como ponente en esta iniciativa académica tan importante que se inscribe en el necesario cambio de la cultura jurídica del Estado, sus funcionarios y de la ciudadanía en general, buscando la adaptación de personas e instituciones a los desafíos que nos impone una novedosa organización jurídica y constitucional de carácter normativo.

Entrando en materia, debo dirigirles unas palabras acerca de los elementos trascendentes que configuran el cambio constitucional aprobado en Montecristi, ratificado por una inmensa mayoría del pueblo ecuatoriano en referéndum, así como, debo destacar, en mi exposición, las principales características de nuevo papel de la Corte Constitucional en la garantía y vigencia de la Constitución del Estado constitucional de los derechos y justicia en el Ecuador.

Para ello quiero comenzar recordando el contenido del Art. 1 de la Constitución. Esta disposición proclama que *El Ecuador es un Estado Constitucional de los Derechos y Justicia.* En los últimos meses, a partir de la promulgación de la nueva carta, en los medios de comunicación, ha habido infinidad de artículos y reseñas en donde se critica esta disposición con el argumento de que es una "entelequia retórica que no tiene ningún sentido jurídico", en la medida en que solamente, existe un tipo de Estado que es el Estado de Derecho.

En los siguientes minutos, y con el fin de contextualizar la misión de la nueva Corte Constitucional, voy a intentar argumentar y debatir con ustedes, sobre la importancia sustancial de este cambio constitucional y sus consecuencias en la función y correlación de fuerzas entre los distintos poderes del Estado.

Para ello haré, en primer lugar, un recorrido teórico alrededor del concepto de Estado de Derecho y sus variantes, para a partir de allí probar una de las tesis centrales de mi intervención: que esta forma de Estado no es la superación, ni mucho menos la ruptura con el Estado de Derecho, sino que, al contrario, es la versión más avanzada y más democrática del Estado de Derecho, por ser la forma de Estado que permite la judicialización real y efectiva de los derechos de todas las personas en contextos democráticos no consolidados como los de América Latina; interpretación que por fortuna llegó al Ecuador de la mano de la Revolución constitucional promovida por la Asamblea Constituyente de Montecristi.

[1] Doctor Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional para el período de Transición (2010): Conferencia inaugural dictada en el curso "Constitución para servidores públicos."

Como ustedes saben, el Estado de Derecho en su formación clásica -que debemos a Montesquieu- es aquella forma de Estado en la que el ejercicio del poder es regido y limitado por el Derecho, y por tanto, en el que sus autoridades están sometidas y obedecen al Derecho vigente.

Esta forma de Estado -saben ustedes- aparece con las revoluciones liberales del siglo XVIII y se distingue de aquellos Estados bajo el régimen de fuerza, como el del Estado Absoluto de estirpe hobessiana.

Este concepto de Estado de derecho, tiene variantes y ha sufrido cambios a lo largo de la historia. Por razones expositivas, y simplificando, podemos decir que hay cuatro modelos estelares del Estado de Derecho: el primero, es el Estado de legalidad; el segundo, el Estado Social de Derecho; el tercero, muy conocido acá en el Ecuador, el Estado Social de Mercado y el cuarto, aquel que intentamos defender y promover desde la perspectiva de la nueva Constitución, el Estado Constitucional de los Derechos.

En relación con el Estado de legalidad, recordemos que es la primera forma concreta y conocida de Estado de derecho -aquella que aparece y se consolida en el siglo XIX- donde el poder es ejercido conforme a las disposiciones de la ley, es decir, *sub lege*, y a través de leyes, es decir, *per legem.*

Permítanme recordar además las principales características de este Estado de legalidad: el Estado de Legalidad es un Estado legislativo, lo cual implica la supremacía del Parlamento sobre los otros poderes del Estado porque es, precisamente, el Parlamento quien crea la ley; en este tipo de Estado, lo jurídico se identifica con lo legal, es decir que el derecho positivo se agota en la ley, no hay más Derecho que nos obligue que la ley; por esta misma razón, en esta forma de Estado hay una subordinación absoluta de los derechos de los ciudadanos a la ley, es decir, que los derechos de los ciudadanos sólo existen en tanto en la ley están consagrados. Respecto de la Constitución en el Estado de legalidad, ésta no se diferencia jerárquicamente del resto de las leyes; no es más que una ley de organización del poder; en cuanto a la función del jurista y particularmente, el juez, en esta primera forma de Estado de derecho, se reduce a una operación de subsunción lógica en el que queda excluida toda consideración histórica sociológica o ética.

Como ustedes saben, el Estado social de derecho es la segunda versión del Estado de derecho. Esta forma de Estado, asume directamente, la satisfacción de una serie de necesidades sociales de las clases trabajadoras que implican, en primer lugar, la organización de un gran aparato administrativo que actúa autónomamente y paralelamente a la ley, lo cual implica la puesta en entredicho del principio básico del Estado anterior, según el cual, la defensa de la economía social se hace espontáneamente a través de la *mano invisible* del mercado y se constituye sobre la admisión de que el orden social no es algo naturalmente dado sino que tiene que perfeccionarse a través de la actuación misma del Estado.

Pero, ¿cuáles son las características más importantes o relevantes de este tipo de Estado?

La ley pierde la centralidad frente al reglamento administrativo; el Estado social es un Estado intervencionista, en el Estado social el ejecutivo es el poder dominante del Estado; la realización de las tareas administrativas puede implicar, en ciertas circunstancias, la limitación de los derechos en función de llamado "interés público" o "interés general"; los derechos fundamentales y particularmente, los derechos sociales no son normas, y eso quisiera relievarlo, sino simplemente, mandatos de optimización, cuya realización depende de las condiciones económicas y presupuestarias; la constitución se transforma en una norma programática que expresa los objetivos del Estado; y el juez, es simplemente, un coadyuvante de la administración en la aplicación de ese programa político establecido en la Constitución.

Bien, como ustedes saben, a partir de los años 70, se produce una crisis profunda del Estado social en los países centrales del capitalismo, debido a la imposibilidad de mantener los niveles de gasto público necesarios para satisfacer la demanda creciente de servicios sociales.

Ante esa situación, los principales países donde este modelo se adoptó, comienzan a relativizar el principio de generalidad de los derechos sociales y a establecer criterios de productividad de corte neoliberal en la oferta de servicios públicos más importantes.

Este nuevo Estado, a pesar de que formalmente se le sigue llamando Estado social de derecho, ya no tiene nada que ver con el Estado social desarrollado en Europa a partir de la Segunda Posguerra y fue el que llegó a América Latina en los años 80 y 90 del siglo pasado, dentro de lo que el recientemente fallecido Samuel Huntington denominó "la tercera ola de democratización".

En estricto sentido técnico, este Estado no puede llamarse Estado social, debe denominarse Estado social de mercado. Y fue justamente este Estado el que se constitucionalizó en el Ecuador con la Constitución de 1998.

Pero, ¿cuáles son las características de este Estado social de mercado?

En esta forma de Estado se produce una privatización progresiva de lo público; hay una eliminación de la identidad entre lo público y lo estatal hay una sustitución de la ley por el contrato como principal instrumento de regulación social; hay una sustitución de la discusión parlamentaria por el lobby corporativo y, existe una incapacidad del Estado de garantizar jurídicamente los derechos, especialmente y particularmente, los derechos sociales; también se produce la invalidez de la ecuación Nación-Estado-Derecho e irrumpe con fuerza toda la teoría del pluralismo jurídico que produce un fuerte remesón a la teoría jurídica liberal clásica generado por el reconocimiento de otros derechos.

Recapitulando: a partir de los años 70 del siglo pasado en el mundo occidental hay una crisis muy profunda del Estado social. En América Latina esa crisis del Estado social se refleja en la instauración del Estado social de mercado, el cual no es capaz de resolver los problemas sociales de la población lo que genera su debacle y por lo tanto, se genera la necesidad de construir o de pensar un nuevo modelo estatal.

Ante esta crisis de pensamiento, en América Latina pero también en muchos lugares de Europa, se comienza a hablar de la necesidad de construir ese nuevo modelo estatal. Se utiliza para ello los postulados teóricos del garantismo y del neo constitucionalismo que dan como resultado la teoría y la práctica del Estado constitucional, que en la versión ecuatoriana de 2008 se denomina Estado constitucional de los derechos y justicia.

Ven ustedes cómo queda demostrado que la norma del Artículo 1 de la Constitución no es una declaración retórica que lo que intenta es encubrir un Estado autoritario que se está implantando en América Latina, sino que detrás del concepto de Estado Constitucional de los Derechos, hay toda una suerte de pensamiento crítico sobre el devenir de lo que ha sido el Estado de derecho y el Estado social de derecho en sociedades desiguales y marginales como las de América Latina.

Pero, ¿qué es realmente este Estado Constitucional de los Derechos y Justicia y cuál es el papel normativo de la Constitución en este nuevo paradigma?

Diremos entonces que es la forma de Estado de derecho, vinculada a la realización material de la dignidad humana a través de la existencia y aplicación de las garantías judiciales de los derechos.

Paso ahora a examinar cuáles son los rasgos básicos de ese Estado Constitucional de los Derechos:

- Habíamos dicho que en el Estado social de los derechos, la Constitución era en parte normativa. Eran consideradas normas jurídicas los derechos civiles y los derechos políticos, pero los DESC constituían, simplemente, máximas de optimización. La Constitución en este nuevo Estado social de los derechos es toda norma jurídica y la norma suprema del ordenamiento;
- Hay una transformación del principio de legalidad clásico por lo que se conoce como el principio de juridicidad o constitucional;
- Hay una nueva finalidad última del Estado que es la garantía de los derechos de las personas; y,
- Los jueces asumen un papel fundamental en la creación del derecho. Los jueces ya no son los operadores mudos de la ley o la boca muda de la ley, sino que son realmente, personas que se sientan, argumentan, interpretan y crean el Derecho.

- Existe, también una institución autónoma y especializada que realiza el control constitucional denominada Tribunal o Corte Constitucional, cuya responsabilidad principal, además de garantizar el carácter normativo de la Constitución, es garantizar el cumplimiento de la finalidad primordial del Estado que es, garantizar judicialmente los derechos establecidos en la Constitución.

Este es, justamente, el escenario donde se define el nuevo rol de la justicia constitucional y su cambio respecto de los anteriores sistemas de control constitucional existentes en el país.

La nueva Corte tiene que garantizar el carácter normativo y la supremacía de la Constitución y lo hace a través de la facultad de interpretar con carácter vinculante las normas constitucionales.

La Corte además tiene un rol fundamental en la construcción y aplicación de la teoría de los derechos fundamentales y lo hace a través de la facultad de emitir jurisprudencia vinculante en materia de garantías jurisdiccionales de los derechos.

La nueva Corte, además, tiene una función esencial en el desarrollo institucional del Estado mediante el ejercicio de su función de juez último y definitivo de la constitucionalidad de la ley y demás actos normativos.

Y tiene un rol esencial en la democratización del país a través del control de los estados de excepción.

Ahora bien, si los jueces constitucionales actuales y futuros, (y jueces constitucionales somos todos los jueces del país) fallamos en nuestra tarea y permitimos que la justicia constitucional pierda su rol de órgano jurisdiccional de máxima instancia, garante del tránsito hacia un régimen institucional de justicia y derechos y permitimos que sus decisiones y ámbito de acción dependa o sea influenciada directa o indirectamente por los poderes fácticos corporativos, sean estos del poder público, los sectores sociales o de la denominada opinión pública, este proyecto emblemático de democratización y constitucionalización de la vida de nuestro país, podría no llegar a feliz término. Y es en este punto, que el estudio del nuevo Orden jurídico-político del Estado se torna indispensable para la formación de aquellos nuevos actores sociales, las servidoras y servidores públicos entre ellos, que harán posible la vigencia material del nuevo constitucionalismo ecuatoriano.

Capítulo I

Cambios constitucionales en el Ecuador: El Estado constitucional de derechos y justicia

1.1 Del Estado legal al Estado constitucional de derecho

Desde una perspectiva histórica, resulta útil identificar cómo el Estado constitucional resuelve la problemática de la desigualdad material o estructural de sus ciudadanos revisando, fundamentalmente, algunas instituciones del Estado liberal y reformando los instrumentos que sostienen la igualdad formal (igualdad ante la ley).

¿Somos todos iguales?

El concepto de igualdad formal ha fallado al desconocer que existen verdaderas diferencias que no permiten a los individuos competir al mismo nivel. De manera alternativa, se opta por la implementación de una igualdad "sustantiva" como intento del Estado social de derecho establecido con mayor fuerza en Europa a comienzos del Siglo XX y, tímida, limitada y tardíamente, en el Ecuador, a partir de la revolución juliana[2] del 9 de julio de 1925.

[2] Se conoce como revolución "juliana" al golpe de estado sostenido por la joven oficialidad del ejército ecuatoriano de tendencia nacionalista liderado por el Mayor Ildelfonso Mendoza, en Guayaquil y el General Francisco Gómez De la Torre, en Quito, quienes conformaron una Junta de Gobierno integrada por el banquero e industrial Luis Napoleón Dillon. La revolución juliana, sin embargo, no solo representa un momento de inestabilidad y conflictividad política que duraría más de 20 años, hasta el inicio del gobierno de Galo Plaza. Más que nada, es el inicio de un importante proceso de modernización del Estado y de transformaciones económicas y sociales. Se creó el Ministerio de Previsión Social, la Caja de Pensiones; se implementaron medidas de estabilización monetaria, reforma tributaria, control de la inflación que terminan con la creación del Banco Central. Se creó el Banco Hipotecario, la Contraloría General del Estado, la Dirección General de Obras Públicas y la Superintendencia de Bancos. Como medidas sociales se adoptó el descanso semanal obligatorio, y la cédula de identidad, entre otras. Portal Educativo "educarecuador" www.educacion.gov.ec/educarecuador.

El Estado social de derecho se manifestó normativamente en Ecuador, en la Constitución de 1945.

El Estado social de derecho, aunque imprime significativos cambios en la estructura del Estado[3], en la relación entre Estado y sociedad[4], y en el carácter del desarrollo[5], no sale del cuadro jurídico liberal que tiene como referencia a la ley, que entiende a la Constitución en su dimensión política, no normativa, que tiene a los derechos sociales y culturales como metas programáticas del Estado, en fin, que tiene al legislador como el mediador entre Constitución y sociedad.

Del Estado liberal al Estado social

El Estado liberal tiene en la ley la fuente del Derecho al punto que puede hablarse de un Estado legislativo en el que derecho y ley son lo mismo[6]. En este modelo, los derechos fundamentales, entendidos como límites al ejercicio del poder estatal, solo pueden ser interpretados bajo el imperio del principio de legalidad y dentro de las escuelas positivistas clásicas de apego al texto legal.

De acuerdo con la tesis liberal, la aplicación de la ley, sumada al ejercicio libre de la autonomía individual y privada, garantizan las condiciones materiales de la vida, en tanto lo que el Estado liberal está obligado a resguardar son los derechos individuales, esto es, los derechos de libertad, igualdad, propiedad privada, seguridad jurídica y participación política.

Hechos históricos como la crisis del capitalismo industrial, el avance del comunismo y el fascismo, los dos grandes conflictos bélicos y las profundas crisis económicas que traen como consecuencia, llevaron a poner en cuestionamiento la idea de plenitud y perfección de la ley, para proclamar que la ley no es inmutable y, por tanto, es susceptible de modificación y ajuste, de acuerdo con la realidad, las costumbres y los valores de la comunidad a la cual se aplica. Esto trajo como consecuencia que su intérprete no podía hacer caso omiso de las circunstancias históricas concretas, sino que debía circunscribirse, no a ser la voz de la ley, a ser garante de la legalidad, sino a resguardar los principios superiores que la inspiraron, esto es, la regulación de la conducta humana satisfaciendo una mínima aspiración de justicia.

A esta corriente de pensamiento se la conoce como "antiformalismo", por su crítica a los principios del derecho natural formalista y positivista. Dentro de esta corriente se encuentra el sociologismo jurídico de L. Duguit que ve en el derecho un hecho social y la Escuela del Derecho Libre de Kantorowicz, entre otras, que plantea que el centro de atención del intérprete debe estar en los hechos sociales y en la realidad, más que en las normas.

---

[3] Especialmente porque asume como rol estatal la provisión de servicios públicos: seguridad, social, educación, salud, vivienda, servicios básicos, servicios públicos, etc., con lo que se agranda el Estado.

[4] Debido a que el Estado se transforma en un gran promotor de determinados tipos de organización social usuarias y beneficiarias de los servicios públicos: cooperativas, asociaciones, gremios, comunas, etc.

[5] El estado social es el estado desarrollista, esto es, que asume al desarrollo económico como fin del Estado, bajo la lógica de que sin desarrollo económico no es posible alcanzar el bienestar y la justicia social.

[6] LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos. *Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana.* Revista Dikaion, Año 23 – Núm. 18 – 247-267 – Chía, Colombia – Diciembre 2009.

Las críticas antiformalistas del derecho no alcanzaron, sin embargo, a poner en cuestionamiento al positivismo que considera a la Ley como máxima expresión del derecho y convierte a los derechos en lo que decía el legislador. Los resultados del Estado social son harto conocidos: se dieron avances en el reconocimiento constitucional de varios derechos sociales, aunque solo con un valor indicativo, programático, para el poder público.

Hasta ese momento, la Constitución era considerada, únicamente, como instrumento político, esto es, "pacto social" "acuerdo político", "carta política" o "decisión política fundamental" (K. Schmitt), sin que se dé una conexión directa entre interpretación constitucional y aplicación de la normatividad específica. El Estado social de derecho supuso la explosión de la normatividad secundaria destinada a resolver problemas concretos, específicos o especiales, que respondían a demandas de sectores de la población que podrían hacerse representar.

El fin de la Segunda Guerra Mundial y la derrota de los fascismos representó el punto de quiebre del absolutismo legislativo al asumirse, desde una comunidad internacional reconstruida, la idea de sometimiento de todos los poderes públicos a los valores y principios absolutos sin cuyo respeto, cualquier régimen político podría ser caracterizado como arbitrario e ilegítimo: estos son los Derechos Humanos. De ahí surgió la necesidad de control material de las normas expedidas por el legislador, lo que fue posible con el reconocimiento de la Constitución como norma de naturaleza especial, capaz de sujetar materialmente en sus decisiones a los órganos del poder público, el legislativo incluido y entregar a un tribunal independiente el papel de guardián de las normas constitucionales, esto es, a los valores, principios y reglas superiores.

Surge entonces, lo que la doctrina ha denominado el Estado Constitucional de derecho, esto es, un Estado que cuenta con un órgano especializado de justicia constitucional, que reconoce a la Constitución como norma jurídica vinculante, con eficacia directa y que consagra en los textos constitucionales un sistema de garantías que tienen como fin limitar objetivamente el poder del legislador. Con esto, el legislador ya no solo está en la obligación de respetar el procedimiento, sino, además, el contenido de los principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución, cuyo alcance es determinado, a su vez, por el respectivo órgano constitucional.

¿Qué desigualdades son tolerables y bajo qué circunstancias?

La jurisprudencia internacional ha asumido que cabe una aplicación diversa de la ley en los siguientes supuestos: 1) siempre que haya una justificación objetiva y razonable; 2) que no se pueda dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución; 3) que no vaya contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad.

La paradoja de la igualdad material: "quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad de iure ". (Robert Alexy)

Características del Estado Constitucional de derecho

Uno de los principales efectos de aceptar la idea de un Estado constitucional tiene que ver con la constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo que representa una permeabilización de los principios, reglas y derechos constitucionales en la vida social, política y jurídica del Estado.

De acuerdo a R. Guastini[7], al Estado Constitucional le caracteriza:

1) La existencia de una **constitución rígida** que consagre un catálogo de valores, principios y derechos fundamentales (procedimiento de modificación agravado). Esto representa una aceptación de la superioridad jerárquica de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico.

2) La existencia de una ***garantía jurisdiccional*** que permita mantener la supremacía constitucional y preservar su máximo nivel de jerarquía. Esta garantía puede ser: i) abstracta (sobre una norma) o concreta (sobre una caso concreto); ii) a priori (con anterioridad) o a posteriori (con posterioridad a la vigencia de una norma de menor jerarquía); iii) concentrada (control por un órgano especializado) o difusa (control de todos los jueces).

3) El reconocimiento de la **fuerza vinculante** de la Constitución, que coloca al catálogo de derechos como principios ordenadores del poder público y exigen una actuación estatal real a fin de garantizar su pleno goce. La aplicación directa de la Constitución, basado en un ejercicio de razonamiento o ponderación, es presupuesto de este poder vinculante.

4) La **interpretación extensiva** de la Constitución, es decir, la forma cómo es utilizada para llenar las lagunas de sus propias disposiciones y del ordenamiento jurídico en general.

[7] GUASTINI, Ricardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel CARBONELL (ed). *Neoconstitucionalismo(s),* Matrid, Trotta 2003. Pág. 50 y ss.

5) La **aplicación directa** de la Constitución, esto es, la extensión de los efectos de la Constitución a las relaciones entre ciudadanos y los poderes públicos y a las de los ciudadanos entre sí.

6) La **interpretación conforme** a la Constitución, que significa que no todas las interpretaciones son constitucionales y que únicamente las interpretaciones conformes a la Constitución pueden ser admitidas. Las interpretaciones contrarias a la Constitución serán declaradas inconstitucionales o inaplicadas por los diferentes operadores jurídicos. Para garantizar una interpretación conforme con la constitución resultan fundamentales los criterios de interpretación que se utilicen, lo que supone ir más allá de los métodos tradicionales de interpretación del Derecho, tales como el método exegético, histórico, sistemático o teleológico originados en el derecho privado, para optar por métodos de origen *jus públicos* como la interpretación normativa, interpretación tópica, examen del núcleo esencial de los derechos, la interpretación racional o la ponderación.

En suma, el Estado Constitucional o Estado Garantista, asume la garantía efectiva de los derechos de las personas –finalidad material-, la supremacía de la Constitución, la omnipresencia de la Constitución en todas las esferas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes. Asume, además, un reforzamiento del papel del juez frente al resto de funciones estatales y particularmente frente a la antigua autonomía legislativa, la coexistencia de valores tendencialmente contradictorios en lugar de una homogeneidad ideológica, un cambio sustancial en la forma de realizar los juicios de validez de las normas jurídicas asentados en la coherencia sustancial con la constitución y no solamente con los procedimientos de aprobación de la norma, y, la existencia de un órgano especializado, Tribunal o Corte Constitucional, para asegurar la supremacía de la Constitución a través de la interpretación constitucional.

El Estado Constitucional de derechos y justicia del Ecuador

La Constitución de Montecristi asume los postulados fundamentales del Estado Constitucional, reforzando algunos elementos sustanciales:

1. Desarrolla una **formulación extensiva** de los valores, principios y derechos constitucionales.

2. Caracteriza al Estado como **Constitucional de derechos y justicia**, haciendo de los derechos - los contemplados en la Constitución -, instrumentos internacionales de derechos humanos y otros que garanticen la dignidad humana-, y de la búsqueda de la justicia, el eje central de articulación del Estado con la sociedad.

3. Asume el carácter **plurinacional e intercultural** del Estado.

4. Pone a todos los **derechos en igualdad de jerarquía**, lo que significa que no hay derechos de primera, segunda o tercera generación, o que unos derechos son más importantes que otros. En este sentido, todos los derechos alcanzan la categoría de derechos fundamentales, esto es, son plenamente justiciables.

5. Refrenda el deber primordial del Estado de **garantizar sin discriminación** el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes (art. 3, núm.1 CPE).

6. Reconoce la **dimensión individual y colectiva de todos los derechos** (art. 11, núm. 2, CPE).

7. **Prohíbe a la ley restringir los derechos y garantías** constitucionales (art. 11, núm. 4 CPE).

8. Dispone a las servidoras y servidores públicos, administrativos y judiciales, aplicar la norma y la **interpretación que más favorezca la efectiva vigencia** de los derechos (art. 11, núm. 5, CPE).

9. Declara que los **principios y los derechos son inalienables**, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (art. 11, núm. 6, CPE).

10. Hace, no solo de las normas y la jurisprudencia, sino también de las **políticas públicas, mecanismos de progresividad** de los derechos, lo que abre el control constitucional a las políticas públicas (art. 11, núm. 8, CPE).

11. Refrenda el respeto de los **derechos como el más alto deber** del Estado (art. 11, núm. 9, CPE).

12. Garantiza la soberanía del pueblo no solo mediante la vigencia de un sistema de gobierno democrático, electivo y representativo, sino también, a través de **formas de participación directa** en la construcción de la decisión pública (art. 1, ins. 2 CPE).

1.2 Supremacía y valor normativo de la Constitución

Hablar de la fuerza o el valor normativo de la Constitución es considerar tanto el lugar que ocupan las normas constitucionales dentro del sistema de fuentes del derecho, como abordar la problemática de su eficiencia, esto es, tomar conocimiento de las garantías que hacen de la Constitución, la norma *normarum.*

Desde la Teoría General del Derecho, la fuerza normativa de la Constitución, determinante de la validez de las leyes, descansa más que en las demás normas o en el poder coercitivo del Estado, en el consentimiento de la sociedad, esto es, en la aceptación y el reconocimiento[8] por parte de ésta, de que es el instrumento de ordenamiento jurídico-político.

Aunque no existe un solo concepto de Constitución, desde una perspectiva racional-normativa, el jurista español García Pelayo la entiende como un complejo normativo

[8] Los conceptos de "norma fundamental" formulado por Kelsen, o de "regla de reconocimiento" formulado por Hart, responden a la necesidad de justificación y legitimación del Derecho a partir de la pregunta ¿porqué debemos cumplir con los postulados de la Constitución?.

establecido de una sola vez y en el que de manera total, exhaustiva y sistemática se señalan las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos[9]. Desde esta concepción, la Constitución deja de ser entendida como un sistema político para ser entendida como un *sistema de normas* con algunas características: es más que la suma de decisiones parciales o desconectadas; es fruto de la conjunción entre razón (decisión racional de todo acto público) y voluntad (soberanía del pueblo concretada en las acciones de sus representantes); somete de manera preponderante al poder político; coloca a los derechos fundamentales como fines primordiales del Estado.

La opción racionalista del Derecho se puso en juego ya en el proceso constituyente norteamericano de finales del siglo XVIII, en la Constitución de Filadelfia, al señalarse que lo que en ese momento importaba era la cuestión de si las sociedades humanas son realmente capaces de establecer un gobierno a partir de la reflexión y la opción racional, o si están destinadas para siempre a depender en sus organizaciones políticas del azar y de la fuerza. La ordenación racional-normativa del Estado quedó expresada en el constitucionalismo revolucionario francés que creó los Estados-Nación como forma política de la nueva sociedad, en ruptura con el antiguo régimen.

No obstante, el constitucionalismo del siglo XIX asumió una visión liberal-conservadora que entendía a la Constitución no como una cuestión jurídica sino una cuestión de poder, de fuerza, o una "hoja de papel", como la entendería Ferdinand Lassalle[10], por lo que, inclusive, no tenía que estar escrita, pues las constituciones existen en la realidad de un país (constitución material) como resultado de su evolución histórica. La fórmula liberal-conservadora optó por el desarrollo de constituciones escuetas, esto es, constituciones limitadas, casi exclusivamente, a institucionalizar a los agentes del proceso político (en base al postulado de división de poderes), dejando a la ley la regulación de cualquier asunto que surja de la dicha división de poderes.

Luego de la Primera Guerra Mundial, surge la necesidad de reconstruir el Orden Jurídico y se lo hace reafirmando el principio de soberanía popular como fundamento indiscutible del concepto de Constitución[11]. Desde esta perspectiva, una re-legitimación del constitucionalismo solo podía surgir de una afirmación de que todo el poder procede del pueblo, y de la idea de que el derecho empieza en la Constitución y no en la ley.

---

[9] García Pelayo, Manuel. Pág. 34

[10] Conferencia *Ûber Verfassungswesen* dictada en Berlín, 1862, en donde sostuvo la tesis de que la constitución escrita es una "hoja de papel" y que la constitución verdadera de un país es la relación real de fuerzas que existen en la sociedad, los factores reales de poder. Sostuvo que si la constitución escrita no es el reflejo de esas fuerzas de poder no sirve para nada. Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es la Constitución?*, Madrid, Hispánica, 1998.

[11] La re-composición del campo constitucional tuvo como sustento la labor del Tribunal Supremo norteamericano, en la sentencia Marbury vs. Madison, del juez Marshall, que estableció de manera expresa que a diferencia del sistema inglés, donde la autoridad del Parlamento no tiene límites, en Norteamérica, la Constitución, fijada por escrito, contiene la voluntad del pueblo, y su valor normativo no sólo es directo, sino también superior al de las normas que emanan del poder legislativo.

A este proceso de re-afianzamiento de la dimensión racional-normativa de lo constitucional se conoce como Constitucionalismo democrático, esto es, la incorporación de *garantías constitucionales* frente a la ley y frente a la soberanía parlamentaria. Las constituciones democráticas se tornan rígidas[12], asumiendo el control de constitucionalidad sobre los actos del legislador[13] y del resto de poderes estatales.

En este modelo constitucional los problemas jurídicos relacionados con el poder normativo de la constitución tienen que ver con las siguientes cuestiones, a saber: ¿quién tiene autoridad para hacer la Constitución?, discusión entre poder constituyente y poder constituido; ¿quién debe ser el intérprete de la Constitución?, el legislativo o un órgano especializado; ¿cuál es el procedimiento para su reforma?, procedimiento regular de reforma de las leyes o procedimiento agravado; ¿cómo se garantiza su supremacía?, referente al control de constitucionalidad.

1.3 Los derechos como valores, principios y reglas

Derechos constitucionales, Derechos fundamentales

Desde una concepción liberal del derecho, son fundamentales los derechos de libertad, igualdad, debido proceso y propiedad. Desde una concepción gradualista de los derechos (como la española, la italiana, la alemana o la boliviana, p.e.), son fundamentales los derechos que expresamente reconoce la Constitución como tales. Desde una concepción garantista de derechos, son fundamentales todos los derechos que hacen parte del catálogo constitucional, siendo éste el caso ecuatoriano.

Los derechos constitucionales, desde una concepción de derechos fundamentales, son presupuestos éticos con componentes jurídicos. El componente ético tiene relación con la dignidad humana y la autonomía moral, y el componente jurídico convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento. A partir de esto, se entiende que los derechos expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica[14].

Partiendo de una interpretación *jus pública* de los derechos humanos, la expresión derechos fundamentales hace referencia al reconocimiento constitucional, a diferencia del término derechos humanos que se formula sin tener en cuenta su dimensión jurídica positiva[15].

Para R. Alexy, la posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico se caracteriza por cuatro extremos, regulan: con rango máximo, con máxima fuerza jurídica, de la máxima

[12] Únicamente reformables a través de un procedimiento distinto del procedimiento legislativo ordinario y agravado con respecto a éste (mayorías calificadas).

[13] El control de constitucionalidad de los actos legislativos transforma a las constituciones de instrumentos políticos a normas a las que han de sujetarse todos los poderes del Estado.

[14] PECES-BARBA, Gregorio *Curso de Derechos Fundamentales* (I) Teoría General. EUDEMA UNIVERSIDAD, Manuales. Madrid, España. 1991. Pág. 33

[15] Lo que significa que toda norma que los infrinja es inconstitucional y en consecuencia nula por regla general. ALEXY Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997. Pág.33

importancia del objeto y el máximo grado de indeterminación[16].

El Ecuador, de un modelo clasificatorio[17] y gradualista que asignaba la calidad de fundamentales solo a ciertos derechos, pasó a un modelo garantista abierto en donde todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos inherentes a la dignidad humana, son fundamentales.

Las constituciones se formulan en términos de valores, principios y reglas

La Constitución ecuatoriana, dentro de una corriente que puede denominarse de "nuevo constitucionalismo latinoamericano", concibe a los derechos constitucionales, también entendidos como derechos fundamentales, en su dimensión de valores y principios básicos del sistema jurídico-político y no únicamente en su dimensión de normas o reglas, lo que condiciona el método de su interpretación[18].

Un derecho fundamental puede expresarse indistintamente como valor, como principio, o como regla. Ejemplo: El derecho al buen vivir, sumak kawsay, se encuentra a lo largo de la Constitución sea como valor (inciso 6 del Preámbulo de la CPE), como principio (art. 83. Núm. 7 CPE) y como norma específica (art. 341 CPE).

Mientras la norma legal establece disposiciones que mandan, prohíben o permiten, las normas constitucionales están enunciadas en términos más generales y amplios a fin de conseguir la máxima fuerza expansiva y flexibilidad. Dentro de la generalidad de las normas constitucionales, éstas son positivizadas ya sea como cláusulas generales o como cláusulas especiales o casuística.

Las cláusulas generales se consagran en forma de valores o principios, mientras que las reglas especiales o casuístico se positivizan como normas específicas que concretan y pormenorizan el alcance de los derechos. Lo que distingue a los valores, principios y reglas es su grado de generalidad.

¿Qué son los valores?

De acuerdo con R. Alexy, los valores constitucionales representan la base misma del ordenamiento, que da un sentido propio y orienta toda su interpretación y aplicación.

---

[16] Rango máximo porque el control jurisdiccional se extiende sobre todos los poderes. Con máxima fuerza jurídica, en el sentido de que si antes valía decir: derechos fundamentales solo en el marco de las leyes, ahora se quiere decir: leyes solo en el marco de los derechos fundamentes. Máxima importancia del objeto, que significa que lo formulado como derecho fundamental reviste la mayor importancia para el sistema jurídico, no se trata de cuestiones específicas sin importancia. Máximo grado de indeterminación, porque, al contrario del modo sucinto, lapidario y vacío de los textos constitucionales tradicionales, los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación, esto es, la jurisprudencia de los jueces. R. Alexis. Ibid., pág. 33.

[17] La Constitución de 1998 clasificaba a los derechos en: civiles; políticos; económicos, sociales y culturales; y, colectivos de pueblos indígenas, ambientales y de consumidores.

[18] PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. TECNOS, Madrid, 1986. Pág. 252

La fórmula de los valores habla de algo que trasciende el cuadro político-institucional y del mismo orden formal del derecho: indica aspiraciones superiores a las que el ordenamiento jurídico debe tender: el DEBER SER que estipula que "RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos…Decidimos construir… Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay…" (Preámbulo de la C.P.E.)

Los valores constitucionales suponen el contexto axiológico fundamentador básico del ordenamiento jurídico. Son los criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines. Suponen un sistema de preferencias expresado en el proceso constituyente como prioritario y fundamental de la convivencia colectiva.

Un valor se distingue de un principio por su grado de concreción: los valores no contienen especificaciones respecto a los supuestos en que deben ser aplicados, ni sobre las consecuencias jurídicas. Constituyen ideas directivas generales.

¿Qué son los principios?

Siguiendo a R. Alexy, los principios entrañan un grado mayor de concreción y especificación respecto de las situaciones y consecuencias jurídicas de su aplicación.

Los principios tienen un sentido hermenéutico (metodológico), ya que actúan como fuentes del derecho (ontológico) o como determinaciones de valor (axiológico).

Los principios se formulan en disposiciones específicas o casuística, en las que los supuestos de aplicación y las consecuencias jurídicas están tipificados con mayor precisión. El principio del interés superior del niño, p.e., establece un supuesto de aplicación y una consecuencia jurídica específica.

Un principio es un estándar o prescripción genérica que entraña un imperativo de justicia o de imparcialidad. No tipifican comportamientos concretos o específicos sino que establecen estándares de conducta dirigidos a la consecución de fines de interés general.

Los valores y los principios son considerados como normas *finales* (que señalan y promueven las metas a alcanzar) y *permanentes* (que definen la estructura básica de un sistema y gozan de una garantía reforzada en caso de reforma constitucional).

Los principios son entendidos como mandatos de un determinado tipo, esto es, mandato de optimización que ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, lo que significa que no contienen *mandatos definitivos* sino solo *prima facie*. Los principios se reconocen cuando se habla de objetivos, esto es, de fórmulas abreviadas.

Un principio difiere de un valor en tanto el primero debe ser ubicado en el ámbito deontológico (el ámbito del deber ser) y el segundo en el ámbito axiológico (el ámbito de lo bueno). Esto hace que lo que en el modelo de valores es *prima facie* lo mejor, en el modelo

de principios, la *prima facie* es lo debido[19]. Otra diferencia es evidenciada por Hernández Gil[20], cuando sostiene que mientras el valor no es en sí mismo una norma susceptible de aplicación directa, los principios desempeñan por sí mismos una función normativa.

Los principios pueden verse como meta normas, es decir, como reglas orientadoras para el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas jurídicas. Pueden entenderse, también, como fuentes normativas, es decir, en un sentido ontológico al que tiene que remitirse el ordenamiento jurídico. En una dimensión axiológica, son axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el ordenamiento jurídico[21].

¿Qué son las reglas?

A diferencia de los principios, las reglas son disposiciones específicas que tipifican supuestos o conductas concretas y determinadas a las que se atribuyen consecuencias jurídicas precisas. A este tipo pertenecen las normas que, por ejemplo, establecen inhabilidades para ser candidato a elección popular (art. 113 CPE).

Las normas tienen carácter taxativo y se aplican en forma de un "todo o nada", es decir, se aplican en su integralidad. Por su parte, los principios requieren de una interpretación que pondere su respectiva importancia.

Los enfoques actuales sobre constitucionalismo ponen énfasis en la capacidad normativa de las normas constitucionales fortaleciendo su fuerza vinculante para ordenar el Estado, orientar el ejercicio del poder y garantizar los derechos ciudadanos. Estas concepciones superan las viejas comprensiones que entienden a los derechos humanos como derechos naturales, como derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos individuales, o derechos del ciudadano[22].

[19] Alexy. Ob. Cit. Pág. 82, 99 y 147.

[20] Referencia hecha por Pérez Luño. Ob. Cit., pág. 287

[21] Pérez Luño. Ob.,cit., pág. 289

[22] Una amplia discusión sobre este tema se encuentra en el texto citado de Peces-Barba y en Robert ALEXY *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997)

Capítulo II

Los derechos como fines del Estado: las redefiniciones del Estado

2.1 Los sujetos de los derechos constitucionalizados

El artículo 6 de la Constitución del Ecuador establece que "Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.

La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional."

El artículo 10, por su parte, estipula: "Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución."

Por otro lado, el primer inciso del artículo 426 (CPE) determina que: "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución."

Los sujetos de los derechos

La categoría "sujeto de derecho" fue, por mucho tiempo, punto de controversia en el Derecho entre quienes afirman la existencia de derechos subjetivos y quienes la niegan. Para los defensores, (Gény, Ross, Thon y los realistas) el término tiene una utilidad práctica, sea porque no existe otro término más eficiente que lo reemplace o porque representa una facultad para hacer posible la protección de intereses jurídicos; se asume, además, como un elemento unificador entre individuos o entre situaciones jurídicas. Para quienes niegan los derechos subjetivos (Duguit, Kelsen y los funcionalistas), es admisible únicamente la existencia de obligaciones jurídicas y no de derechos; se reconoce el derecho subjetivo solo en función del Derecho objetivo, o se aboga por la eliminación de términos vacíos.

Este debate sufre un giro en la segunda mitad del siglo XX, cuando se toma distancia del debate de si es o no el derecho subjetivo parte del Derecho para proclamar a la dignidad humana como centro del Derecho. Es, desde entonces, que la noción de Derechos Humanos adquiere una dimensión de derecho fundamental con bases históricas, morales y jurídicas, que tiene como eje y como fin la protección y la realización de los derechos de las personas.

El concepto de derechos humanos que opera en el ámbito espacial de los Estados reconoce, además, una dimensión internacional, en una suerte de protección reforzada de su núcleo esencial.

Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, dice German Bidart Campos[23], el hombre es un sujeto investido de personalidad internacional que opera dentro de los Estado, superando la noción de que solo el Estado y algunas entidades *sui generis*, como el Vaticano, podían ser sujeto de derecho internacional.

El respeto de los derechos humanos es ante todo responsabilidad de los Estados. La tarea de protegerlos derechos humanos representa para el Estado la exigencia de proveer y mantener las condiciones necesarias para que las personas puedan gozar realmente de todos sus derechos.

En la actualidad, como resultado de los procesos de globalización, el desarrollo de la ciencia y la tecnología, la reestructuración del papel de los Estados, existen condiciones sociales, políticas, económicas y culturales paradójicas y trasformadoras que abren nuevos problemas y grandes desafíos.

Con el desarrollo de la biotecnología, la robótica y la nanotecnología, por ejemplo, la idea de ser humano, que únicamente admitía una legítima diferencia entre géneros, edades y situaciones jurídicas, estaría poniéndose en entredicho, frente a la dificultad de distinguir a las personas de las cosas, los sexos, el hombre del animal, el hombre de las máquinas[24], lo que podría tener repercusiones en la idea de "ser humano" como objeto y fin del Derecho.

Más allá de estas nuevas y complejas realidades, como puede observarse en los artículos antes citados, para la Constitución vigente, son titulares de derechos cuatro tipos de sujetos: 1) las personas; 2) las comunidades, pueblos y nacionalidades; 3) los colectivos; y, 4) la naturaleza. Como principio general, todos los derechos pueden ser ejercidos de manera individual y colectiva, por parte de los sujetos de derechos.

Las personas

El concepto persona física (o persona natural) se discute desde los griegos y es el derecho romano que lo formula como concepto jurídico. En términos generales, es todo miembro de la *especie humana* susceptible de adquirir *derechos* y contraer *obligaciones*. En algunos casos se puede hacer referencia a éstas como personas de existencia visible, de existencia real, física o natural.

---

[23] BIDART CAMPOS German *Constitución y Derechos Humanos*. Su reciprocidad simétrica. (EDIAR, Buenos Aires, Argentina. 1991). Pág. 95

[24] GARCÍA DOS SANTOS, Laymer, citando a Catherine Labrusse-Riou en su artículo "Tecnociencia y Pérdida de los Humano: de la crisis del sujeto de derecho a la necesidad de derechos colectivos", en *Diversidad Biológica y Cultural. Retos y propuestas desde América Latina*. Grupo ad-hoc sobre Diversidad Biológica. Ilsa, 1998. Pág. 24

Desde un punto de vista jurídico, todo ser con capacidad, razón y voluntad es persona, y por tanto, titular de derechos apto para contraer obligaciones. El concepto de persona, quedó, de esta manera, desde el derecho romano, atado a tres elementos básicos: razón, voluntad y capacidad.

Por tanto, el concepto de persona es una categoría que crea el Derecho para poner en funcionamiento el sistema de derechos y obligaciones y que se refiere tanto al ser humano como a las personas ficticias o personas jurídicas colectivas.

Partiendo de esto, y luego de transcurrir etapas históricas en las que se negaba tal calidad a determinados seres humanos[25], o se otorgaban dicha calidad a ciertos animales o cosas[26], nos encontramos en un momento en que se asume que toda persona es sujeto de derecho, o lo que es lo mismo, se cuenta con un mecanismo jurídico, los derechos subjetivos, para operar el Derecho.

Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades

Otra categoría de sujeto de derechos reconocido en la Carta Constitucional son las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. En esta categoría de sujetos entran las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, los pueblos afroecuatorianos asentados en distintas regiones del país, y el pueblo montubio y las comunas como forma organizativa tradicional de este pueblo.

Los derechos de los pueblos y nacionalidades del Ecuador son reconocidos por la Constitución vigente de una manera integral, transversal y multidimensional.

Los derechos de los pueblos y nacionalidades no solo son de naturaleza individual o colectiva: hacen parte de la estructura del Estado (arts. 1,4,6 y 57 CPE), representan principios de optimización de las políticas públicas (arts. 85, 416 y 423 CPE), del régimen de desarrollo (arts. 275, 286, 277, 283, 340, 281, 282, 284 CPE), del manejo de recursos naturales (arts. 57: 6 y8, 71, 74, 317, 318, 395, 403, 405, 407 CPE), del desarrollo intelectual y cultural de la nación (arts, 57: 12, 281:6, 322, 385, 387, 388, 402). En este sentido, son dispositivos constitucionales para superar la histórica segregación, marginación y exclusión vivida por los pueblos y nacionalidades dentro de las fronteras del Estado ecuatoriano, desde la época colonial.

Un fuerte componente de los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador es su naturaleza colectiva. Los derechos colectivos se apartan del paradigma político liberal de acuerdo al cual los derechos son prerrogativas de los individuos y solo de los individuos y en donde los derechos humanos colectivos son considerados absurdos y los colectivos son vistos como amenazas al principio de soberanía, a la supervivencia del Estado nacional, y como combustible de las tensiones domésticas.

[25] A los esclavos y a los extranjeros en el Derecho Romano, p.e., en donde fueron considerados objetos del derecho.

[26] En otras épocas se dio calidad de sujetos a algunos objetos (la campana de Florencia), a los cadáveres (en la Edad Media), a los animales (dioses y semidioses).

Considerar el ejercicio colectivo de los derechos implicó el desarrollo de las denominadas "políticas de la diferenciación", que asumen la existencia de desigualdades económicas, pero, además, ponen en evidencia el hecho de que entre las personas efectivamente hay diferencias. En vista de estas diferencias se justifica que el Estado trate de manera diferente a los distintos, si es el caso, adoptando medidas de protección especiales que no toma respecto de otros grupos de la población.

A partir de esto se entiende que, mientras la igualdad formal es herramienta para que el Estado ejerza su poder de manera imparcial y neutra, la igualdad proporcional o igualdad diferenciada, es herramienta para un Estado interventor[27], no indiferente a las diferencias existentes.

Los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades, al decir del ex Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Ciro Angarita, "no pueden equipararse con simples organizaciones, pues son una realidad histórica y dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen simplemente a un ámbito de asociación. Se nace indígena y se pertenece a una cultura. Esto conlleva a que la comunidad, como sujeto, puede ser titular de derechos humanos".

En este sentido, es posible identificar ciertas características de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades: 1) su titular es un sujeto colectivo autónomo, no una sumatoria de intereses y voluntades individuales; 2) los derechos colectivos dotan a la colectividad de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía tanto en relación con otros individuos y colectividades ajenos al grupo, como también respecto de sus propios miembros.

En el ejercicio de derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, existen dos modalidades básicas de ejercicio de los derechos: la primera, mediante la cual solo pueden ser reivindicados por el grupo (derechos de autonomía, autogobierno, defensa territorial,…); la segunda, que pueden ser reivindicados por miembros individuales del grupo (derechos que comprometen prácticas de subsistencia, actividades religiosas o culturales, lengua propia,…).

Las colectividades

Otra categoría de sujetos de derechos reconoce la Constitución cuando menciona de manera expresa a las colectividades. A partir de esto, se entiende la existencia de dos tipos de sujetos colectivos: las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades o entidades colectivas de carácter étnico-históricas; y, los colectivos o agregados de intereses individuales, grupos asociativos, colectividades difusas y organizaciones de tipo general.

El reconocimiento de derechos colectivos implica una transformación y reformulación del concepto clásico de igualdad. En el Ecuador, la Constitución de 1998 ya asumió un concepto

[27] SOTELO, Luis Carlos. "Derechos Humanos en una república multicultural. La supervivencia cultural de lo diferente", en *Pensamiento Jurídico*. Revista de Teoría del Derecho y análisis jurídico. N. 9 Universidad Nacional de Colombia. S/f.

de igualdad amplio que abarcaba por lo menos, tres niveles: a) la igualdad como generalidad, o igualdad ante la ley para efectos de los derechos, deberes y procedimientos; b) la igualdad como equiparación o igualdad entre hombres y mujeres o igualdad de derechos y deberes de la pareja; c) la igualdad como diferencia o igualdad proporcional, que representa trato diferente para los distintos.

Para impulsar la igualdad proporcional, la Constitución del 98, estableció principios y normas que sustentaron tratos diferentes para los grupos vulnerables (niños, discapacitados, tercera edad, mujeres embarazadas) y para los pueblos indígenas. Ciertamente que el trato diferente que se daba en uno y otro caso era distinto.

La diferenciación en el primer caso tenía que ver con lo que se denomina política de discriminación positiva, mientras que la diferenciación en el segundo caso tenía que ver con el otorgamiento de facultades autonómicas como medio para garantizar la diferencia cultural y étnica.

Esta noción de igualdad proporcional no solo queda refrendada y fortalecida en la Constitución vigente, sino que, adicionalmente, reconoce derechos a la naturaleza.

La naturaleza como sujeto de derecho

> ¿Y la naturaleza? En cierto modo, se podría decir, los derechos humanos abarcan a la naturaleza, porque ella no es una tarjeta postal para ser mirada desde afuera; pero bien sabe la naturaleza que hasta las mejores leyes humanas la tratan como objeto de propiedad y nunca como sujeto de derecho.
>
> **Eduardo Galeano "La naturaleza no es muda", 2008**

Aunque aún no se encuentra delimitado (mediante jurisprudencia), ni desarrollado (mediante norma secundaria), la Constitución ecuatoriana es claramente innovadora al concebir a la naturaleza como sujeto de derechos.

> En 1886, la Suprema Corte de Estados Unidos, modelo de la justicia universal, extendió los derechos humanos a las corporaciones privadas. La ley les reconoció los mismos derechos que a las personas, derecho a la vida, a la libre expresión, a la privacidad y a todo lo demás, como si las empresas respiraran. Más de ciento veinte años han pasado y así sigue siendo. A nadie le llama la atención.
>
> **Eduardo Galeano, "La naturaleza no es muda, 2008**

La legislación nacional e internacional del derecho ambiental configuró, desde sus inicios, un derecho de tipo subjetivo, esto es, un derecho atinente a las personas a vivir en un ambiente sano y libre de contaminación. Este modelo de protección ambiental acaba de ser superado en la Constitución de Montecristi al reconocer derechos intrínsecos a la naturaleza, transformando al derecho subjetivo en un derecho objetivo para ser garantizado por el Estado, esto es, por la sociedad entera.

De acuerdo con la Constitución, los derechos de la naturaleza constituyen: 1) un deber primordial del Estado (art. 3:7 CPE); 2) un principio de aplicación de los derechos (art. 10, segundo inciso CPE); 3) un conjunto de reglas para garantizar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, las preservación, prevención y recuperación de espacios naturales degradados, el uso de tecnologías ambientalmente limpias, y la prohibición del uso de tecnologías riesgosas (arts. 14 y 15 CPE); principios de optimización de las políticas públicas para garantizar su integridad, su restauración, la adopción de medidas de precaución y restricción de actividades, y las condiciones de aprovechamiento (arts. 71 al 74 CPE).

Los derechos de la naturaleza, por su titularidad, pueden ser ejercidos de manera individual o colectiva; y, por su finalidad, pueden favorecer a un colectivo determinable, a una colectividad difusa, esto es, no determinable o a la naturaleza, de manera intrínseca.

Los derechos colectivos se caracterizan porque frente a un daño, todos son titulares de derechos, no como individuos aislados sino como miembros de una colectividad. Este tipo de derechos colectivos también se conocen como derechos difusos, cuando se trata de una colectividad difícil de identificar o individualizar.

Los sujetos legitimados para accionar los derechos de la naturaleza son las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos. Por su parte, el Estado asume tanto la capacidad reguladora de las actividades que pueden causar daño ambiental o a la naturaleza, como la facultad de protección, defensa, supervisión y control.

Con esta base constitucional, la naturaleza es sujeto de derechos en tanto cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo la ponga en acción mediante actos de defensa que involucren o no, un interés directo. Por su parte, al Estado le corresponde la protección de la naturaleza a través de cualquier mecanismo garantista previsto en la Carta Constitucional o mediante la acción patrocinadora que pudiera llevar la Defensoría del Pueblo o cualquier órgano de control social, en su defensa.

2.2 Las responsabilidades del Estado frente a los derechos

El concepto de responsabilidad del Estado ha evolucionado a lo largo del tiempo. En la antigüedad, la organización estatal, entendida como el aparato por medio del cual el rey gobernaba, era totalmente irresponsable de los perjuicios que causara a las personas en razón de su actividad.

En el Imperio Romano, surgió por primera vez la institución del Fisco, que era una especie de persona moral, diferente al Estado y al gobernante, integrada por los bienes públicos,

contra la que se podían ejercer acciones indemnizatorias por los perjuicios causados a las personas. Esta figura, aunque importante, no prosperó históricamente[28].

Ya en el siglo XV, y como consecuencia del Estado absolutista, todo el poder estatal se radicó en cabeza del rey o soberano.

En el marco de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, la soberanía pasó de estar en cabeza del rey hacia el pueblo, con lo que se entendía la organización estatal como un aparato puesto al servicio de la Nación, quedándole prohibido causar daño a los particulares.

En este momento, el funcionario pasaba a ser responsable por los actos ilegales que cometiera en ejercicio de sus funciones, por lo que un particular podía ejercer una acción contra el funcionario responsable.

A finales del siglo XIX, las altas cortes francesas, identificando que era función esencial del Estado prestar a la comunidad los servicios públicos que requería para la satisfacción de las necesidades más importantes, fijaron la responsabilidad directa del Estado frente a cualquier daño causado por irregularidades o deficiencias en la prestación de esos servicios. A partir de la teoría de la falla en el servicio, las cortes francesas asumieron que es el Estado el directamente responsable y no sus agentes, el que estaba llamado a reparar los daños causados.

En la actualidad, por efectos de las obligaciones asumidas ante la comunidad internacional respecto de la protección de los derechos humanos, el concepto de responsabilidad del Estado pasa por el establecimiento de fines estatales, esto es, por la obligación que asume el Estado de ser el garante de los derechos fundamentales. Por esta vía, el Estado asume la responsabilidad directa por las violaciones que se comentan dentro de su territorio, más aún, los derechos fundamentales tienen eficacia hasta entre particulares.

Como se puede observar, de ser representante de la Nación, el Estado pasa a asumir como fin primordial el resguardo y la garantía de los derechos humanos; con lo que, de un tipo de responsabilidad estatal por defectos en la provisión de servicios públicos, el Estado adopta la responsabilidad frente a cualquier tipo de violación de los derechos humanos.

La Constitución ecuatoriana, asume como deber primordial del Estado, garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes (art. 3:1 CPE).

Complementariamente, estableciendo que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, asume la responsabilidad de reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o por las acciones u omisiones de sus funcionarias/os y empleadas/os públicos en el desempeño de sus cargos. Se adjudica también responsabilidades por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de

[28] http://www.colectivodeabogados.org/Historia-de-la-responsabilidad

justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. En cualquier caso, el Estado ejerce el derecho de repetición contra el funcionario o servidor público responsable (art. 11:9 CPE).

Una característica de los derechos humanos es que la responsabilidad estatal, centrada en las obligaciones de promover, proteger, garantizar y reparar los derechos no se agota en sus fronteras sino que es la comunidad internacional la que también asume el compromiso de preservar la autonomía y la integridad de las personas con respecto de acciones u omisiones del Estado en materia de respeto y garantía de los derechos inalienables.

Las violaciones más dramáticas a los derechos humanos son calificadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como crímenes de lesa humanidad. Dentro del listado de este tipo de violaciones de los derechos humanos, tenemos: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de población, la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; la tortura, la violación, la persecución, la ejecución extrajudicial, la desaparición forzada de personas y el apartheid.

Las violaciones de los derechos humanos no considerados como delitos de lesa humanidad, aunque no alcanzan el dramatismo de estos para el conjunto de la sociedad, implican también graves responsabilidades para quien las comete. En este sentido, la discriminación en cualquiera de sus formas, distintas manifestaciones de racismo o sexismo, la violencia intrafamiliar, las deficiencias graves en el ofrecimiento de los servicios públicos, las violaciones al debido proceso, entre otros, acarrean serias responsabilidades constitucionales.

Tanto el derecho público internacional como el derecho público interno establecen dos obligaciones básicas con respecto a los derechos humanos: la de respetarlos y la de garantizarlos. La obligación de respetar los derechos humanos es obligación de todos. Respetar el derecho a la vida es abstenerse de privar de ella, arbitrariamente. Respetar el derecho a la integridad personal es abstenerse de torturar, de inferir tratos crueles, inhumanos o degradantes o de causar daño en el cuerpo o en la salud. Respetar el derecho a la libertad individual es abstenerse de incurrir en detenciones ilegales o arbitrarias, en desapariciones forzadas, en secuestros y en toma de rehenes.

Por su lado, la obligación de garantizar los derechos humanos —esto es, de protegerlos en todo tiempo para asegurar su plena vigencia— atañe exclusivamente a la estructura institucionalizada del poder estatal. Es, en consecuencia, una obligación privativa de las personas físicas que ejercen los poderes públicos. Para la doctrina de los Derechos Humanos, el Estado es el garante único de los derechos humanos porque solo la institución estatal —en virtud de la autonomía y de la exclusividad de su competencia—ejerce "el monopolio de la coerción material".

2.3 Principios de aplicación de los derechos

La Constitución declara un extenso catálogo de derechos destinados a proteger la dignidad de las personas, la integridad de las distintas colectividades titulares de derechos y de la naturaleza. Para dotarles a los derechos de efectividad, por una parte, establece un vínculo directo entre los derechos y la organización del Estado y, por otra, diseña un sistema amplio de garantías genéricas como la supremacía de la Constitución, la reserva de ley, el procedimiento agravado para su reforma, etc., y garantías específicas como las garantías normativas, las garantías institucionales o de políticas públicas y las garantías jurisdiccionales. Para reforzar el sistema garantista, establece un conjunto de principios de aplicación de los derechos, que vincula a todo el Estado, sus instituciones, órganos de poder público, instancias, así como a los particulares.

El artículo 11 de la Constitución, define este conjunto de principios, los mismos que representan medidas de efectividad y estándares de cumplimiento de los derechos. Estos principios son:

PRINCIPIO DE APLICACIÓN	ANÁLISIS
1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.	Para la Constitución, no solo que todos los derechos consagrados tienen igual jerarquía, sino que pueden ser ejercidos de manera individual o colectiva, con lo que sitúa al conjunto de titulares de los derechos, esto es, a las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y otras colectividades, como auténtica razón de ser del Estado. Esta disposición se ve reforzada con la obligación de garantizar el cumplimiento de los derechos por parte de las autoridades públicas.

	A partir de la expedición de la Constitución de 1830 quedó establecido el derecho de igualdad, solo que en aquel entonces se concebía en una sola dimensión: la igualdad ante la ley, esto es, la igualdad formal. La Constitución de 1869 estableció que nadie nacía esclavo en la República, ni podía entrar en ella en tal condición, sin quedar libre. La igualdad material ha debido construirse, en nuestro país a lo largo de la vida republicana, fruto de luchas y aspiraciones sociales.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad 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 promovieren la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encontraren en situación de desigualdad.	Como consecuencia del proceso de la revolución alfarista, las Constituciones de 1906 y 1929 instauraron el derecho al trabajo (libre contratación, eliminación de trabajo precario, prohibición de prisión por deudas), sumándose éste a los derechos de libertad, igualdad ante la ley, de propiedad y seguridad jurídica que contemplaban las Constituciones anteriores. La Constitución de 1929, además, reconoció, por primera vez la obligación del Estado de dispensar a la mujer atención preferente, tendiendo a su liberación económica (Art. 168, Disposiciones Generales). La Constitución de 1945, declaró por primera vez punible toda discriminación lesiva a la dignidad humana, por motivos de clase, sexo, raza u otro cualquiera (art. 141:2) La Constitución de 1967 incorporó por primera vez una disposición referente a la protección de los derechos humanos (art. 23), y consolidó el derecho de igualdad a partir de la exclusión de todo tipo de discriminación, disposición que se reprodujo en las siguientes constituciones, casi bajo la misma fórmula. Es la Constitución del 2008 la que rompe la tradicional formulación del derecho a la no discriminación, para desarrollar una que contempla un listado más detallado de situaciones de discriminación que deben ser impedidas por todos los poderes, instancias y organismos del Estado.

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 estuvieren establecidos en la Constitución o la ley. 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.	Este principio plantea las siguientes cuestiones: **1)** que los derechos y garantías son aquellos que están establecidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos; **2)** que tales derechos son de directa aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte; **3)** que para garantizarlos no se requiere o exige formalidad alguna, salvo las contempladas en la Constitución y en la ley; y, **4)** que por ser los derechos plenamente justiciables, no podrá alegarse falta de norma para su violación, desconocimiento o desechar acciones de protección de los derechos. La aplicación directa, implicará además, que no podrá invocarse falta de claridad de la norma constitucional para negar la existencia, impedir su vigencia o menoscabar los derechos. Por tanto, cabrá la aplicación directa de la Constitución, por lo menos en dos supuestos básicos: 1) a falta de ley secundaria; y, 2) cuando una norma legal fuere contraria a la Constitución;

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.	Mediante este precepto: el legislador, la Asamblea Nacional, el Presidente de la República o el Órgano Seccional correspondiente, se encuentra en la obligación no solo de garantizar el procedimiento democrático de aprobación de los cuerpos normativos (leyes, decretos ejecutivos u ordenanzas), sino que, fundamentalmente, garantizará que el contenido de las normas no se encuentre en contradicción con la Constitución. Por este precepto, los derechos constituirán mínimos jurídicos a los que el legislador deberá someterse, siéndole vetado restringir o limitar su contenido esencial.
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 favorecieren su efectiva vigencia.	Una característica del garantismo de derechos establecido en la Constitución es que libera el ejercicio de interpretación de los derechos de su tradicional intérprete, el legislador, para trasladarlo, por un lado, al órgano especializado del control de constitucionalidad, la Corte Constitucional; y, por otro lado, para ponerlo bajo responsabilidad de las servidoras y servidores públicos que, en el ejercicio de sus funciones y competencias apliquen la norma y la interpretación que más favorezca la vigencia de los derechos. Por esta vía, también les queda vetado a las servidoras y servidores públicos restringir o limitar el contenido esencial de los derechos.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.	Este numeral perfila las características esenciales de los derechos: **a)** Inalienabilidad, la que representa que los derechos no pueden ser sustraídos o suspendidos sino en virtud de las propias previsiones constitucionales. **b)** Irrenunciabilidad, que determina la imposibilidad de renuncia por parte de sus titulares, de modo que en ninguna relación jurídica se puede pretender que una de las parte renuncie a sus derechos. **c)** Indivisibilidad, por el que se manda a que su cumplimiento se haga de manera total, entendiéndose que cada uno de los derechos forma parte de un cuerpo integral de derechos. **d)** Interdependencia, representa que cada derecho se encuentra en relación con el resto de derechos, por lo que el menoscabo o realización de uno repercute en la integridad de los demás. **e)** Igualdad de jerarquía, que excluye cualquier intento de jerarquización de los derechos. Por este principio, en caso de conflicto entre derechos de igual jerarquía, se requiere aplicar un ejercicio de ponderación respecto de los intereses o bienes jurídicos que están en juego a fin de ubicar en qué derecho se encuentran los mayores valores constitucionales.

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.	Este principio hace alusión a tres fuentes fundamentales del derecho: **1)** El catálogo de derechos que se encuentran consagrados en la Constitución. **2)** Los instrumentos internacionales de derechos humanos, conocido como el derecho internacional de los derechos humanos. Hay que anotar que éste se distingue del derecho internacional general o clásico, en el sentido de que son tratados destinados a obligar a los estados parte a cumplirlos dentro de sus respectivas jurisdicciones internas. Por esta fuerza obligatoria, los derechos humanos constituyen derechos ius cogens o derechos inderogables, imperativos e indisponibles. De la misma manera, forman parte de los principios generales del derecho internacional público. **3)** Los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Por este medio, la Constitución configura un garantismo total que supone que en donde haya un derecho, debe éste ser protegido, inclusive si no se encuentra positivizado en algún instrumento nacional o internacional, pero que se derive de la dignidad humana. Asume la Constitución, de esta manera, una noción histórica de los derechos humanos.
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.	Este principio plantea las siguientes cuestiones: **1)** El carácter progresivo de los derechos, que, lejos de representar un medio de postergación o dilación al cumplimiento de los derechos, manda que los poderes públicos adopten medidas conducentes para lograr la efectividad progresiva, no regresiva, de los derechos. **2)** La progresividad de los derechos debe operar a través del desarrollo normativo, el establecimiento de jurisprudencia y la definición de políticas públicas.

	En este principio se concreta el vínculo del poder público con los derechos, con lo cual, el legislativo, el ejecutivo y el jurisdiccional (constitucional y ordinario), están en la obligación de garantizar la progresividad de los derechos. **3)** La obligación del Estado de generar y garantizar las condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos. Lo que representa que todas las funciones estatales, instituciones públicas o privadas que manejen recursos u ofrezcan servicios públicos, servidoras y servidores públicos, otros agentes estatales y los particulares tienen mediante sus acciones u omisiones, la posibilidad de ser factores de realización de los derechos. **4)** Las medidas regresivas son inconstitucionales, con lo que, ni vía normas, jurisprudencia o política pública se podrán menoscabar los derechos.
9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.	Este principio es el corolario de la fuerza normativa y vinculante de los derechos frente a los poderes públicos y las personas. Es un mandato de acción para respetar y hacer respetar los derechos que define de manera taxativa cuál es el fin primordial del Estado. Establece la obligación estatal de reparar las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia, o por acciones u omisiones. Concibe la corresponsabilidad en caso de violación a los derechos obligándose a ejercer el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado asume responsabilidades por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.	Tiene responsabilidad, además, en caso de reforma o revocación de sentencia condenatoria, reparando a la persona afectada, y aplicando repetición.

Además del marco de principios referidos en el cuadro anterior, debemos considerar la importancia de los instrumentos internacionales con contenidos en materia de derechos humanos, los cuales están directamente relacionados con los fundamentos constitucionales en materia de derechos y cuya jerarquía se encuentra al mismo nivel normativo.

En ese sentido, Luis Pásara afirma que en la mayor parte de América Latina, predomina la corriente monista del derecho internacional, cuya tesis configura al orden normativo interno e internacional como un solo orden jurídico, dejando de lado al tradicional pensamiento dualista, «denominado así, debido a su caracterización del orden interno y del orden internacional como ordenamientos jurídicos distintos y no conectados cuando un Estado suscribía y ratificaba un acuerdo internacional en materia de Derechos Humanos no hacía otra que comprometerse a incorporar posteriormente tales contenidos en su legislación interna»[29].

Por lo mencionado podemos afirmar que nuestra Constitución, se adscribe en la corriente monista, por ello los abogados en libre ejercicio, los operadores de justicia y en fin; todos/as los/ las involucradas en procesos de administración de justicia, debemos entender que las normas de origen internacional no deben ser vistas como ajenas, más aún si éstas han sido aprobadas y ratificadas por el proceso constitucionalmente señalado en los artículos 418, 419, 420 de nuestra Carta Política. En consecuencia, y en virtud del mandato constitucional expreso, podemos afirmar que dichas normas han pasado a formar parte del derecho interno ecuatoriano y por ende, pueden ser invocadas ante los tribunales nacionales sin que el operador de justicia se excuse por pretexto alguno, a su debida aplicación.

Al ser estas normas aplicables en el derecho interno de manera obligatoria, es necesario aclarar que las mismas tienen una jerarquía especial, pues el artículo 425 de la Constitución de la República, establece el orden jerárquico de aplicación de las normas y lista, primero, a la Constitución, luego a los tratados y convenios internacionales y enseguida a las leyes orgánicas y las leyes ordinarias. No obstante, esta jerarquía reconoce como excepción a los contenidos de los tratados de derechos humanos, que aparece en el artículo 424, y que dice:

[29] Pásara, Luis, "El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia".
Quito, Ministerio de Justicia, 2008, p. 31.

"La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".

Luis Pásara concluye en dos premisas: «La primera es que, la Constitución de 2008 da a los derechos humanos de origen internacional el mismo rango que a los derechos establecidos expresamente en el texto constitucional, tomando en cuenta el principio Pro Ser Humano. La segunda es que debe interpretarse que cada vez que en el texto se dispone normativamente algo respecto de los derechos constitucionales debe entenderse que el mismo mandato se halla establecido para los derechos humanos de fuente internacional»[30].

Según dicha reflexión, en materia de garantías jurisdiccionales, se aplicarán independientemente de las fuentes nacionales o internacionales de derechos humanos; lo importante es la vigencia y el respeto de los derechos consagrados en estos cuerpos normativos.

Por lo mencionado, podemos concluir que el nuevo marco constitucional ecuatoriano, asume un criterio favorable a la aplicación y ejercicio de los Derechos Humanos contenidos en tratados y convenios internacionales, pues es coherente con los postulados del neoconstitucionalismo, en los cuales el Ser Humano ocupa el centro de todo su accionar.

[30] Pásara, Luis, Ob. Cit. p.p. 33-34.

Capítulo III

Garantías para la eficacia de los derechos: Garantías de los derechos

3.1 El régimen de las garantías en la Constitución del 2008

Previo el análisis de las garantías, es necesario aclarar que la relación entre el concepto de garantía y derecho origina con frecuencia confusión, debido a su amplitud conceptual. Los derechos generalmente aparecen como garantías normativas en los cuerpos constitucionales, mientras que las garantías propiamente dichas aparecen como mecanismo de ejercicio de los derechos, en textos legales y constitucionales. Por ello, Ricardo Guastini[31] asegura que "la garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que la confiere…", porque una cosa es atribuir un derecho y otra garantizarlo.

Por su parte, Luigi Ferrajoli[32] acertadamente confronta la tesis de Hans Kelsen y Prieto Sanchís[33], que afirman que los derechos desprovistos de garantías no serían verdaderos derechos o simplemente no existen. Ferrajoli asegura que los derechos existen independientemente de las garantías, caso contrario, afirma, que los derechos escritos en las cartas internacionales no serían derechos y tampoco lo serían los derechos sociales desprovistos de garantías. La falta de garantías es simplemente una laguna jurídica y las lagunas existentes en la legislación no pueden negar la existencia del derecho, por eso hace un llamado al legislador como competente, en la creación de mecanismos que doten de eficacia a un derecho[34].

Entre la multiplicidad de conceptos desarrollados por los diversos autores, citaremos la concepción de garantías formulada por Gerardo Pisarello, quien dice que son "los mecanismos o técnicas predispuestos para garantizar los derechos"[35].

De otra parte los derechos son concebidos por Gustavo Zagrebelski como "pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley[36]."

---

[31] Ricardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, Ed. Fontamara, 2001. p. 220.

[32] Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantías, en la Ley del más débil, Madrid, Ed. Trotta, 2006. p. 59

[33] Prieto Sanchís, El sistema de protección de los derechos fundamentales, p.370, citado por Gregorio Peces Barba, "Las Garantías de los derechos", Madrid, Universidad Carlos III, 1999, p.501.

[34] Alex Valle, *El Recurso de Amparo en el Ecuador y los derechos Fundamentales*, Repositorio de la Universidad Andina Simón Bolívar, tesis de grado previa la obtención de la maestría en Derechos Humanos y Democracia en América Latina, 2009. P.11-13.

[35] Gerardo Pisarello, *Los Derechos Sociales y sus Garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 111.

[36] Gustavo Sagrebelski, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 47.

Las mencionadas pretensiones son aquellas denominados por Luigi Ferrajoli[37] como derechos fundamentales que son inherentes al ser humano en cuanto persona.

La idoneidad de las garantías debe responder entonces a la necesidad del derecho a protegerse[38]; por ello, un solo mecanismo de protección no puede tutelar la amplia diversidad de derechos existentes. En dicho sentido se hace necesaria la diferenciación del tipo de garantías, la cual se expone más adelante. Como afirma Ricardo Guastini, una cosa es atribuir un derecho y otra cosa es garantizarlo[39]. El constitucionalismo persigue el fin de limitar al poder a través de los derechos[40]; y por tanto, el papel de la garantía en el constitucionalismo actual, es el de reducir al máximo la arbitrariedad del poder.

El garantismo

Si consultamos un diccionario, por ejemplo el de la Real Academia de la Lengua, la expresión **garantizar** se relaciona con la acción de dar garantía o lo que es lo mismo, con la acción de afianzar, proteger o tutelar algo.

Cuando pasamos del lenguaje común al jurídico, ese "algo" que se quiere garantizar se transforma en un algo especializado en el que lo que se desea proteger, tutelar o afianzar es el conjunto de los derechos de las personas y colectividades.

Una expresión relacionada con la garantía de los derechos es justamente *Garantismo*, que de acuerdo con el léxico jurídico desarrollado en los últimos veinte años, es el modelo teórico, político y jurídico que se orienta a garantizar o proteger los derechos;[41] de tal manera que una doctrina garantista del derecho sería aquella en la que el derecho está constituido por los mecanismo e instrumentos que permiten la defensa de los derechos de las personas frente a la amenaza de agresión del Estado o de otras personas.

Ahora bien, de acuerdo con el tipo de derechos que se quiere proteger o garantizar, aparecen distintos significados o tipos de garantismo: hay garantismo penal, garantismo patrimonial, garantismo social y finalmente garantismo constitucional.

El garantismo penal es el primero y más conocido de los garantismos, hasta el punto de que sigue siendo hoy día su campo emblemático de aplicación. Consiste en aquella teoría encaminada a defender la libertad personal de las personas frente al poder arbitrario del Estado y particularmente a su poder punitivo, por ser éste el que más claramente restringe o amenaza la libertad personal.

---

[37] Luigi Ferrajoli, Derechos fundamentales y derechos patrimoniales, en "*Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*", España, Ed. Trotta, 2001, p. 29-35.

[38] Norberto Bobbio, *La Era de los Derechos, en el Tercero ausente*, Milán, Ediciones Cátedra, 1997, p. 154-173.

[39] R. Guastini, Fontamara, 220 - 235.

[40] Carolina Silva, "Las Garantías de los Derechos ¿Invención o Reconstrucción?", en Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalimo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia Derechos Humanos, 2008, p. 65.

[41] Ferrajolli, L. Garantías y Derecho Penal, En: Ferrajolli L. *Democracia y Garantismo*, Editorial Trotta, Madrid 2008. pp. 192

El garantismo penal que representa la base de la filosofía jurídica liberal que arranca en la ilustración y que expresa la necesidad de minimizar al máximo la violencia ejercida desde "el terrible poder punitivo del Estado"[42] de que habla Montesquieu[43], mediante su estricto sometimiento a la ley del poder penal de los jueces y mediante el sometimiento a la constitución del poder penal legislativo.

Existe igualmente, como se mencionó arriba, un garantismo patrimonial entendido como aquel sistema de garantías jurídicas que permiten tutelar efectiva y eficazmente el derecho de propiedad y el resto de los derechos patrimoniales de las personas; y, también un garantismo social, con el cual se designa al conjunto de instituciones encaminadas a satisfacer materialmente las necesidades sociales de la población y particularmente sus requerimientos de salud, saneamiento básico, educación, vivienda y trabajo.

Como se sabe, a pesar de la lucha centenaria de muchos por la justiciabilidad de los DESC, en el derecho liberal, estas garantías sociales, desde la óptica jurídica, continúan siendo aún hoy, las más escasas, discutidas e ineficaces, al punto que no son consideradas "derechos" en sentido estricto y buena parte de las políticas públicas que han intentado satisfacerlas han terminado excluyendo o subordinando a muchos sectores sociales que adquieren la condición de *lumpenciudadanía*[44] a favor de sus destinatarios privilegiados.

Sin embargo, a partir de finales de los años 80, en distintos países de la periferia y semiperiferia y concretamente en los países latinoamericanos, aprobaron constituciones que asumen el ideal normativo de toda la Constitución y consagran avanzadas técnicas de tutela de los derechos sociales y de otros derechos tradicionalmente olvidados por la doctrina jurídica oficial de los países centrales del capitalismo[45].

Finalmente aparece un garantismo constitucional, como teoría general del garantismo[46] que pretende rematerializar la Constitución convirtiéndola en una verdadera norma suprema y a partir de allí disciplinar y vincular a todos los poderes públicos y privados y a los particulares a los valores, principios y reglas establecidos en la Carta fundamental.

El garantismo constitucional es una teoría política y filosófica basada en la creencia de que ni el derecho ni el Estado son por sí mismos éticamente valiosos, sino que para

[42] Garantismo y derecho penal mínimo son, en ese sentido, sinónimos, pues designan un modelo normativo encaminado a controlar esa potestad punitiva del Estado y la minimización de la violencia estatal a través de su sometimiento a estrictos límites que permiten tutelar los derechos de las personas.

[43] Gascón M. Voz Garantismo en: Carbonell. M (Coord.) Diccionario De Derecho Constitucional, Editorial Porrua, México, 2005.

[44] En los modelos estatales desarrollados a partir de la posguerra en Europa la garantía de las políticas públicas que garantizaban derechos sociales a las clases trabajadoras de los países centrales del capitalismo implicó de hecho y de derecho la exclusión y subordinación de pueblos, regiones, grupos y personas que no estaban cobijados en esa categoría social, desde las mujeres, pasando por los trabajadores precarizados, siguiendo por los extranjeros y terminando por los pueblos y comunidades indígenas. Sobre el particular ver: Pisarello, G. *Los Derechos Sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 29.

[45] Se pueden citar como ejemplo de este movimiento constitucional garantista la Constitución brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la sudafricana de 1996, la venezolana de 1999 o la ecuatoriana de 2008.

[46] Ferrajolli, L. *derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid 2009, pp.

serlo requieren una justificación externa a partir de la vinculación del quehacer estatal a la realización efectiva y material de los derechos.

El garantismo constitucional también está vinculado a la noción de democracia sustancial que es una forma de leer la democracia en la que lo importante ya no es tan solo quién decide (la mayoría), sino que se preocupa fundamentalmente por lo que se decide o lo que está prohibido decidir a pesar de que la mayoría sea aplastante[47].

Algunas características del Estado garantista ecuatoriano

En el caso ecuatoriano la llegada al país del Estado garantista no es el resultado de la aplicación de una moda. Es la respuesta lógica para paliar las consecuencias de la crisis del modelo neoliberal que imperó en el país durante los últimos veinticinco años.

No hay que olvidar que el Estado neoliberal que se estructuró en el Ecuador a partir de los años 90 se caracterizó por: una privatización progresiva de lo público; la eliminación de la identidad entre lo público y lo estatal; el reemplazo de la ley por el contrato como principal instrumento de regulación social; la sustitución del debate parlamentario que es reemplazado por el lobby corporativo; la incapacidad creciente del Estado de garantizar jurídicamente los derechos y especialmente los derechos sociales[48], lo que trajo como resultado la total desestructuración política, social y económica del país.

Ante esta crisis en ciertos círculos académicos y políticos se comenzó a plantear la necesidad de construir un nuevo modelo estatal que saque al país de la postración profunda en la que se encontraba. El modelo encontrado y que fue desarrollado ampliamente en la nueva Constitución conjugó los principales postulados del garantismo constitucional, con los avances constitucionales más significativos de las últimas constituciones latinoamericanas.

En ese sentido, el modelo constitucional ecuatoriano participa de los elementos del modelo constitucional garantista con otros propios de la realidad constitucional local. Algunos de ellos pasamos a revisarlos a continuación:

Democracia participativa

El primer rasgo relevante del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano es el reemplazo del esquema de democracia inorgánica propio de la tradición clásica liberal, por un modelo de democracia participativa que sin renunciar a los instrumentos de participación de la democracia representativa, los complementa y los profundiza con mecanismos de democracia directa; entendiendo por democracia directa aquel sistema político en el que el ciudadano participa directamente de las decisiones políticas que se toman en la sociedad, sin que exista la mediación de ningún otro agente.

[47] Ferrajolli, L. *El derecho como sistema de garantías*¸ En: Derechos y Garantías la ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid 2001. pp. 23 a 25.

[48] Montaña J. *supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitucón ecuatoriana de 2008*; En: Corte Constitucional, Jornadas de capacitación en justicia constitucional, Quito, Diciembre de 2008. pp. 109 a 123.

Como es sabido, la crisis de la concepción del Estado neoliberal no solo trajo importantes consecuencias económicas sino que además implicó una modificación sustantiva del aparato institucional de los Estados contemporáneos, cuyo funcionamiento a pesar del presidencialismo imperante, giraba en torno al Parlamento y a los Partidos Políticos. Efectivamente, mientras el primero ha dejado de ser una institución apta para encauzar eficazmente los procesos sociales y los intereses que en ellos se manifiestan, los partidos han ido perdiendo su hegemonía y su protagonismo como intermediarios en las relaciones de los particulares con el Estado, no ya por las razones a las que apelaba la crítica elitista a los partidos, sino porque se advertía su radical inadaptación a las nuevas condiciones de la democracia ecuatoriana.

Efectivamente, la cultura política basada en la militancia partidista tiende a convertirse en una cultura cívica organizada en pautas y jerarquizada en valores pluralistas, transformando el concepto mismo de democracia, que pasa de ser una frágil democracia de partidos, a ser una democracia que puede denominarse, como multidimensional.

Todo este conjunto de transformaciones sociales e institucionales produce la redefinición del papel de la ciudadanía en una nueva teoría democrática que aporta elementos importantes para sacar a la Democracia del estado de agotamiento teórico en que se encuentra, redefinición que lleva a algunos a hablar del fin de la equivalencia entre función pública y función estatal.

De ahí que como formas de expresión de la democracia participativa, la Constitución de 2008 establece mecanismos como el voto programático, el referéndum, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa popular, la demanda popular de rendición de cuentas e incluso, la revocatoria del mandato de autoridades elegidas democráticamente.

El papel del derecho internacional de los Derechos Humanos en la nueva estructura constitucional

El segundo elemento que permite diferenciar el modelo constitucional ecuatoriano, respecto de los paradigmas clásicos del constitucionalismo, es la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los Derechos Humanos, proceso que ha conllevado importantes cambios tanto en la parte orgánica como sobre todo, en la parte dogmática de la Constitución.

En el plano de las transformaciones dogmáticas, encontramos en el nuevo texto constitucional dos importantes avances respecto del constitucionalismo anterior: en primer lugar, el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los Derechos Humanos frente a las normas internas, cuando contempla derechos más favorables que la Constitución; en segundo término, la ampliación del catalogo de derechos, independientemente de su consagración formal.

En desarrollo de este principio, la Constitución ecuatoriana vigente establece el carácter no taxativo de la declaración de derechos establecida en el título II de la Constitución. La Carta fundamental de 2008 incorpora una cláusula abierta que permite dar una protección

reforzada a situaciones jurídicamente relevantes, presentes o futuras, que no obstante haber sido excluidas de la enumeración constitucional de los derechos, debido a su conexidad con la dignidad de la persona, merecen ser garantizadas a través de su reconocimiento como derechos subjetivos, disposición que además de facilitar la adaptación de la Constitución a los nuevos tiempos, otorga a los jueces una inmensa capacidad de transformación de la sociedad a través de la creación de nuevo derecho, función que a pesar de la reticencia de algunos juristas excesivamente tradicionales, aleja a los jueces de esa imagen de aplicadores mudos de la ley que la doctrina liberal clásica les había impuesto.

Pero desde una óptica orgánica la nueva Constitución también ha introducido significativas innovaciones que afectan la Estructura del Estado. La principal transformación en este sentido ha sido la creación de la Corte Constitucional como principal órgano de interpretación y control de la Constitucionalidad.

El nuevo rol de los jueces en el modelo constitucional

Otro elemento que permite considerar al paradigma constitucional ecuatoriano como un aporte novedoso al constitucionalismo es el fortalecimiento del papel de la rama judicial dentro de la arquitectura constitucional.

En efecto, el rechazo al presidencialismo hipertrofiado que caracteriza a los sistemas políticos latinoamericanos a causa de su incapacidad de resolver adecuadamente las demandas ciudadanas, unido a la profunda crisis que sufre el modelo parlamentario, produce un redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, la cual tiene, en la nueva Constitución, un papel protagónico hasta ahora desconocido en la impulsión y efectivización del conjunto de las tareas estatales.

En ese sentido, la asunción por parte de los constituyentes en Montecristi del carácter normativo de la totalidad de las normas constitucionales y la centralidad que asume la parte dogmática de las constituciones, lleva a la aplicación directa, (sin mediación del legislador), de los preceptos constitucionales, con lo cual la jurisdicción ya no puede entenderse como la simple sujeción del juez a la ley, sino que es fundamentalmente la interpretación de su significado, y en ese sentido la ciencia jurídica deja de ser mera descripción normativa para convertirse en análisis crítico del derecho vigente, es decir, interpretación del sistema normativo a la luz de los principios y valores constitucionales.

Sin duda, la asunción de esas responsabilidades y competencias es posible gracias a que la Constitución en lugar de regresar al modelo clásico de división de poderes, que otorgaba la preponderancia al poder legislativo a través de su papel central en la creación del derecho positivo, flexibiliza de forma significativa su interpretación, de tal suerte que en nuestro país, a partir del 20 de octubre pasado, existe la tendencia a que sean los Jueces y no el Parlamento o el Gobierno, los que asuman el rol fundamental en la creación del derecho a través de su función de intérpretes de la Constitución.

El reconocimiento del carácter multinacional y pluricultural del Estado ecuatoriano

El último rasgo relevante del Nuevo modelo constitucional ecuatoriano de 2008, es el reconocimiento al carácter plurinacional e intercultural de nuestro país con el consecuente reconocimiento de mecanismos jurídicos para preservar y potenciar las diferencias culturales, sociales y políticas de los pueblos y nacionalidades del Ecuador.

En toda América Latina vienen ocurriendo profundas transformaciones constitucionales relativas a la garantía de derechos especiales para los pueblos originarios y grupos étnicos que implican un importante esfuerzo de adecuación no solo en el plano institucional, sino especialmente en relación con la propia dogmática de la Constitución que centra sus esfuerzos en el diseño e implementación de una nueva teoría de la interpretación constitucional. Sin perder su propia naturaleza, da respuestas adecuadas a los retos que el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural presenta frente a la concepción tradicional del derecho a la igualdad, base de la noción clásica del Estado Nación y especialmente de juristas positivistas que reducen la noción de ordenamiento jurídico al derecho positivo estatal.

La principal consecuencia jurídico – constitucional de este reconocimiento lo encontramos en la modificación sustancial del sistema de fuentes, transformación que implica hacer visibles y dotar de pleno valor jurídico a los distintos sistemas de derecho que coexisten y se yuxtaponen al interior de estos ordenamientos jurídicos. Así por ejemplo, en el caso ecuatoriano, el pluralismo jurídico reconocido en beneficio de los pueblos indígenas implica la vigencia de dos órdenes normativos o sistemas de derecho que tienen como característica el ser diferentes y complementarios: 1) la legislación general, aplicable a todos los habitantes del Ecuador, y en tal virtud a los pueblos indígenas, que en su calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones de los demás nacionales, es decir, hablamos de la aplicación del derecho general con un relativo grado de adecuación cultural; y, 2) los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas, que como lo hemos dicho, en el caso ecuatoriano constituyen sistemas de derecho reconocidos constitucionalmente y en esa medida, válidamente aplicables en los territorios indígenas, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada una de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

3.2. Tipos de garantías

La noción de garantía

Las garantías constitucionales son los mecanismos que permiten prevenir, mitigar o reparar la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin las garantías los derechos no serían más que declaraciones retóricas[49].

[49] Pisarello, G. *Los derechos sociales y sus Garantías Elementos para su reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid 2007

La garantía efectiva de los derechos es la característica central de los Estados garantistas[50], incluyendo el Estado ecuatoriano creado por la Constitución de 2008, y es el rasgo que los diferencia de los anteriores modelos de Estado históricamente existentes: en los Estados de derecho originarios, (Estados de legalidad) los derechos fueron establecidos sin garantías constitucionales, de tal suerte que tan solo se podían exigir aquellos regulados por el derecho ordinario[51]; en las constituciones de los Estados sociales clásicos[52] se amplía enormemente el catálogo de derechos reconocidos incluyendo derechos económicos, sociales y culturales, pero en la mayoría de los casos la garantía es totalmente deficiente producto de no reconocerles el carácter normativo vinculante a este tipo de derechos; y, finalmente, en las Constituciones de los estados constitucionales de derechos,

como la ecuatoriana actual o la sudafricana, se puede hablar de la existencia de garantías adecuadas cuando existen mecanismos que protegen y tutelan TODOS los derechos produciendo la reparación integral del daño causado al derecho.

Tipos de garantía en la nueva Constitución

En la Constitución de 1998 las garantías se limitaban a ciertas garantías jurisdiccionales, específicamente a la existencia de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data, estableciéndose un mecanismo de garantía realmente restrictivo, por cuanto no cobijaba realmente a todos los derechos ni tampoco a todos los sujetos. A diferencia de ello, la Constitución de 2008 le da al tema de las garantías un tratamiento integral a partir de la división de las garantías en dos parámetros de valoración:

Los distintos tipos de garantías en función de la división de funciones del Estado

Las garantáis desde la óptica de los derechos protegidos

Veamos cada una de ellas:

Garantías en función de los poderes del Estado

En relación con los poderes del Estado, la Constitución establece cuatro tipos de garantías: a) garantías jurisdiccionales, b) garantías institucionales, c) garantías normativas y d) garantías en relación con las políticas públicas, constituyendo todas un sistema relacionado e interdependiente.

---

[50] Ferrajolli, L. *Derechos Fundamentales y Garantía* En: *Los Fundamentos de los derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid 2001, pp. 36.

[51] *Ávila R. Las Garantías herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos: En: VVAA. Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva, pp. 90 y 91, Ministerio de Justicia, Quito 2008.*

[52] A pesar de que el Ecuador nunca fue un estado social en el sentido clásico del término, para efectos pedagógicos y descriptivos aquí se pueden incluir las constituciones sociales del Ecuador como la Constitución de 1929, la de 1945 o la de 1979.

Garantías jurisdiccionales o garantías en relación con los derechos

Una comprensión tradicional de las garantías las liga a la acción judicial de defensa de los derechos. En ese sentido, la Constitución de 1998 enumeraba en el capítulo IV de esa norma fundamental, tres garantías vinculadas a los derechos: el Habeas Corpus para el derecho a la libertad, el Habeas Data para la protección del uso y manejo de la información personal y el Amparo para la tutela del resto de los derechos.

En la Constitución vigente el desarrollo es:

La acción de Protección

La acción extraordinaria de Protección

El Habeas Corpus

El Habeas Data

La acción de acceso a la información

Garantías institucionales

En la doctrina se encuentran dos distintas definiciones de garantías institucionales, una proveniente del derecho constitucional y otra del derecho internacional.

En el contexto de la teoría constitucional, la categoría de garantía institucional se debe a Carl Schmitt, para quien se trataría de los mecanismos de salvaguardia que la Constitución misma establece y que permiten asegurar la existencia y pervivencia de ciertas instituciones y organizaciones valiosas constitucionalmente. Se trataría de un límite frente al legislador que permite impedir la supresión o limitación de una institución respecto de la voluntad de la mayoría política.

En este sentido, las garantías institucionales se diferencian de los derechos fundamentales que son esencialmente los resguardos básicos de la libertad y seguridad de las personas frente al *Estado*[53].

Entre las garantías institucionales más importantes establecidas en la Constitución de 2008 está la existencia del control constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, que impide al legislador irse en contra de la Constitución y la labor de promoción y defensa de los derechos por parte de la defensoría del pueblo que imposibilita a la mayoría política desconocer los derechos constitucionales de las personas, el carácter laico del Estado que frena las tentaciones confesionales de ciertas mayorías parlamentarias o la autonomía que la Constitución reconoce a ciertos órganos del Estado como los municipios o las universidades que impiden a través de la garantía de los presupuestos la centralización absoluta del poder.

[53] Baño J.M. *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional*, En: REDC No.24 Sept. – Dic. 1988, pp. 155 a 179.

Pero también hay una definición de garantía institucional que proviene del derecho internacional y que la Constitución ecuatoriana recoge. De acuerdo con esta segunda visión las garantías institucionales no jurisdiccionales son aquellas garantías asumidas por órganos internacionales de naturaleza no jurisdiccional dentro del marco institucional de las Naciones Unidas.

Entre las más importantes garantías institucionales que desarrolla el derecho internacional tenemos las Declaraciones y recomendaciones de la Asamblea General y las recomendaciones e informes de la Comisión de Derechos Humanos que si bien no son directamente vinculantes para el Ecuador sí hacen parte de lo que se conoce como *Soft law*. Documento sin carácter vinculante que se redacta a raíz de las conclusiones de alguna reunión y que formula consejos para alcanzar los objetivos acordados en ésta.

Garantías normativas

Las garantías normativas, son el desarrollo constitucional del antiguo principio de legalidad. En clave constitucional el principio de legalidad implica que todas las actuaciones del Estado y particularmente de aquellos órganos que tienen potestad normativa tienen la obligación primordial de adecuar sus actuaciones a las disposiciones constitucionales.

En el caso ecuatoriano, las garantías normativas están establecidas en el artículo 84 constitucional que determina que todos los órganos estatales con potestad normativa y particularmente la Asamblea Nacional, deberán adecuar formal y materialmente las normas que expidan a las disposiciones de los derechos constitucionales y de aquellos derechos reconocidos por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

El resultado práctico de esta garantía normativa es que todo acto normativo del poder, incluyendo al poder constituyente, está limitado por el contenido y eficacia de los Derechos Humanos.

Garantías frente a las políticas públicas

La Constitución ecuatoriana de 2008, a través de la institución de las garantías respecto de las políticas públicas incorpora uno de los más importantes avances teóricos del constitucionalismo desde el sur, respecto de los constitucionalismos clásicos europeos y norteamericanos, en cuanto hace por primera vez en la historia constitucional, la necesaria vinculación entre derecho y política pública, entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución.

De acuerdo con el texto del artículo 85 de la Constitución, la formulación, ejecución y evaluación de las políticas y servicios públicos se orientarán hacia la garantía de la eficacia de los derechos y particularmente de los derechos del buen vivir, a tal punto que si la ejecución de cualquier política pública vulnera o amenaza con vulnerar un derecho, existe la obligación de la autoridad de cambiar la política pública y adecuarla a la efectiva vigencia del derecho.

Y, finalmente, las garantías políticas implican la obligación del Estado de garantizar presupuestariamente la vigencia y eficacia de los derechos.

Capítulo IV

Los derechos y la función pública: el rol de las servidoras y los servidores públicos frente a la eficacia de los derechos y garantías

4.1 La función pública estatal. Sustentos teóricos y normativos

El encuadre filosófico constitucional de la función pública, la administración pública y el servicio público se encuentran definidos en el artículo 1, 2do inciso, artículo 3 numerales 4 y 8, y artículo 227 de la Constitución.

Para la Constitución ecuatoriana, la soberanía popular, en tanto fundamento de la autoridad, se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. El Estado asume como deberes primordiales, entre otros, garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico y garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. Complementariamente, concibe a la administración pública como un servicio a la colectividad regida por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación[54].

Hablar de la función pública es hablar del poder y de las teorías del poder, en las distintas etapas históricas.

La teoría clásica de la separación de poderes[55] que inspiró la formación del Estado-Nación en el siglo XVIII, devino, a partir de la formulación hecha por Montesquieu en su obra "El Espíritu de las Leyes", en la teoría moderna de separación de funciones y de órganos, lo que permitió asumir la unidad del poder estatal como premisa fundamental del Estado y facultó a los órganos del poder estatal a asumir actos de diferente contenido sustancial: legislativo, administrativo, jurisdiccional, contralor y electoral, entre otros.

---

[54] En la democracia ateniense, siglo V a.C., los funcionarios eran considerados empleados de la gente y no sus representantes. Nuestra Constitución, aunque no retira el principio de representación democrática que ostentan los funcionarios públicos, sí ajusta su labor hacia el servicio de la ciudadanía, asumida en tanto delegatario del poder ciudadano.

[55] La teoría clásica de la división de poderes hace alusión a los planteamientos de diversos pensadores clásicos como Aristóteles y Platón, y a los pensadores de la Ilustración, en el siglo XVIII, como Alexander Hamilton, John Locke, Rousseau y Montesquieu. Según el pensamiento ilustrado, el Estado existe con la finalidad de proteger al hombre de otros hombres. Este objetivo se alcanza mediante la limitación de su libertad para favorecer la seguridad. Las funciones básicas del Estado, en esta concepción, son la expedición normativa, su aplicación para resolver conflictos y la administración del aparato de gobierno.

El telos, o finalidad del Estado se fijó en el cumplimiento de funciones públicas, el ofrecimiento de servicios públicos, la realización de obras públicas y de actividades económicas residuales[56].

Por esta vía, se concibe que las relaciones entre poderes -teoría de los pesos y contrapesos[57]- generen la voluntad única del Estado, concretando así la idea de la unidad del poder estatal.

Los principios del pensamiento ilustrado fueron adoptados por las corrientes del liberalismo político para impulsar la conformación del Estado Liberal.

Hay que anotar que el principio de separación de poderes se plasmó de modo diferente en las diversas fases del constitucionalismo moderno. En el Estado Liberal, el parlamento tenía el poder central, lo que comenzó a modificarse a partir de la tesis de Sieyès acerca de la separación entre poder constituyente y poder constituido, que buscaba limitar el gran protagonismo que había alcanzado el legislativo frente a los demás poderes.

Una siguiente modificación ocurre cuando el Estado deja de ser abstencionista para pasar a intervenir en la sociedad, en la economía y en el desarrollo nacional, constituyendo de esta manera el Estado Social en el que la acción del Ejecutivo cobra protagonismo y determinación en el balance de poderes.

En la actualidad, hay una tendencia a reformular el constitucionalismo clásico entendido como una ideología dirigida a limitar los poderes y a defender una esfera de libertades fundamentales, para favorecer una perspectiva que pone en segundo plano la división del poder estatal para priorizar el garantismo de los derechos fundamentales. De esta manera, se fortalece la distinción de Sieyès entre poder constituyente y poder constituido, para someter a todos los poderes constituidos a los principios y reglas fundamentales de la Constitución; así lo demuestran, tanto el neoconstitucionalismo[58] europeo, como los últimos

[56] FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. "Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado". Revista Jurídica de Derecho Comparado, Boletín Mexicano No. 99. http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/99/art/art1.htm. Consultado: 25.03.10

[57] La teoría de pesos y contrapesos, *Checks and Balances*, de origen anglosajón, se refiere a las reglas de procedimiento que permiten limitarse mutuamente a las distintas ramas del poder público, por ejemplo, mediante veto presidencial se limita los posibles excesos del legislativo en la aprobación de las leyes. De acuerdo con esta teoría, mientras más se aproxime un país al sistema presidencial, más checks existirán entre las distintas ramas del poder y más iguales serán en sus poderes relativos. Vásquez, E., Aguilera, C., y Olmeda, C., «Checks and balances» en el "Diccionario Histórico y Artístico" en *La expansión de Gran Bretaña*, Sarpe, 1985. ISBN 84-7291-890-4

[58] Varios autores (Carbonell, Guastini, Comanducci) conciben al neoconstitucionalismo como una nueva forma de entender, analizar y realizar en la práctica el paradigma del Estado Constitucional. Sustancialmente, representa un proceso de constitucionalización del derecho que tiene como característica condicionar la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Para Comanducci, el neoconstitucionalismo no es más que el positivismo jurídico de nuestros tiempos. Históricamente, se identifica el neoconstitucionalismo a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1951 al que se le confirió competencias antes no concebidas como interpretar vinculantemente la constitución, garantizar la acción conjunta de los distintos órganos del Estado de acuerdo con la Constitución, velar por la observancia de los límites del poder del Estado frente a los ciudadanos, defender las bases del orden jurídico. Sus decisiones comenzaron a marcar cambios sustantivos en el constitucionalismo clásico, configurando el neoconstitucionalismo. Entre algunas decisiones importantes tenemos: en 1953 declaró extinguidas las relaciones funcionariales del Tercer *Reich* que afectó a un grupo especial de funcionarios de carrera; en 1956 declaró la interdicción del Partido Comunista Alemán; en 1958 dictó la "Sentencia Luth", que determinaba que el derecho fundamental a la libertad de expresión representa un factor constitutivo por antonomasia del orden político democrático-liberal, declarando

procesos constituyentes latinoamericanos (Colombia, Ecuador, Venezuela, Bolivia).

En esta tendencia se inscribe la Constitución ecuatoriana vigente al asumir como elementos estructurales del Estado los siguientes:

1) La división del Estado en cinco funciones: Función Ejecutiva, Función Legislativa, Función Judicial, Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social, basada en la concepción de división de funciones y órganos y fortaleciendo el sistema de pesos y contrapesos.

2) La sujeción de todas las funciones, órganos e instituciones del Estado y de los particulares a la Constitución, concretando, de esta manera, la distinción entre poder constituyente y poder constituido.

3) La determinación de la protección y garantía de los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos como fin primordial del Estado.

4) Consecuentemente, la obligación de los órganos estatales de garantista de los derechos ciudadanos en el cumplimiento de funciones, en el ofrecimiento de servicios y la ejecución de obras públicas.

5) La determinación de que la administración pública es un servicio público, reformulando el papel de las servidoras y servidores públicos para colocar como fundamento del servicio público la protección y garantía de los derechos ciudadanos y, de esta manera, dotar de un nuevo sentido al cumplimiento de funciones públicas. En este sentido, las funciones públicas se cumplen cuando se garantizan y protegen los derechos ciudadanos.

Tradicionalmente, la función pública fue considerada, tal como sostiene R. Carré de Malberg, como el conjunto de las diversas actividades del Estado que conllevan el ejercicio de su potestad, mientras la Administración Pública era concebida como la "organización que el Estado utiliza para canalizar adecuadamente demandas sociales y satisfacerlas, a través de la transformación de recursos públicos en acciones modificadoras de la realidad, mediante la producción de bienes, servicios y regulaciones"[59].

Bajo estas concepciones, función, administración y servicio público se reducían a actividades realizadas por la voluntad, casi filantrópica, del Estado frente a las demandas sociales, aun cuando se hacía una clara distinción entre el carácter intransferible e indelegable de las funciones públicas frente a la potestad delegataria de los servicios públicos y el carácter operativo-procedimental de los servicios públicos.

---

que la Ley Fundamental no es un orden valorativo neutral, esto es, que existe subyacente una moral objetiva así expresada mediante el refuerzo de la capacidad normativa de los derechos fundamentales, el mismo que debe valer como decisión constitucional fundamental para todos los sectores del Derecho, incluyendo al ámbito civil. En el mismo año, dicta la "Sentencia de las Farmacias", que garantizó la libertad de elección y ejercicio de la profesión frente a intervenciones exorbitantes de los poderes públicos. El trabajo del Tribunal Constitucional configuró los principios generales de la jurisprudencia en el campo de la interpretación de los derechos fundamentales, concibiéndolos no solo como derechos de rechazo frente al Estado, sino también como garantías institucionales y como decisiones valorativas de la Ley Fundamental, vinculantes para todos los órganos del Estado.

[59] MURLARZ, Jordán. "Teoría de la Administración I: Paradigmas y debates en torno a la Reforma Administrativa". http://www.monografias.com/trabajos13/parde/parde.shtml Consultado: 25.03.10

Con la actual formulación constitucional, función, administración y servicio público es algo más que un conjunto de acciones que sirven de canal de procesamiento de demandas sociales en tanto medios de transformación de la sociedad o de cumplimiento de potestades difusas, muchas veces manipuladas por el capricho del gobernante de turno. Es, ante todo, y más que nada, una herramienta de garantía de los derechos ciudadanos que se hace efectiva mediante el diseño y aplicación de políticas públicas elaboradas y ejecutadas de conformidad con la Carta constitucional.

La naturaleza programática de muchos de los derechos, en especial los sociales y culturales, quedó superada al dotarles a todos los derechos reconocidos en la constitución su carácter Fundamental[60].

4.2. Roles y funciones de las servidoras y los servidores públicos: los derechos ciudadanos como mandatos y obligaciones para el servicio público

Respecto del servicio público han circulado numerosas teorías y definiciones, las mismas que podemos agruparlas en cuatro grandes vertientes de formulación cada una de las cuales le asigna desigual dimensión y distinto peso. Éstas son:

a) La que considera al servicio público como toda actividad que deba ser asegurada, reglada y controlada por los gobernantes, sostenida por León Dugüit.

b) La que sostiene que el servicio público viene a ser toda actividad de la administración pública, planteada por Gastón Jèze.

c) La que entiende al servicio público como una parte de la actividad de la administración pública, sostenida por Maurice Hauriou.

d) Las que conceden escasa o ninguna importancia a la noción de servicio público, entre las que figura la sustentada por Henri Berthélemy, para quien la noción de servicio público carece de importancia por considerar un cajón de sastre donde se reúnen instituciones tan disímiles como una corte de apelación, una institución de beneficencia, una caja de ahorro, un ferrocarril metropolitano, la imprenta nacional, etc[61].

Tradicionalmente se ha mantenido la concepción de que para que el servicio público lo sea, debe estar investido de ciertos caracteres jurídicos esenciales, sin los cuales quedaría desnaturalizado, siendo éstos: la intervención estatal orientada a la satisfacción de necesidades colectivas y el carácter residual de dicha intervención estatal frente a la iniciativa privada. De acuerdo con Marcel Waline: "El servicio público es el más enérgico de los procedimientos de intervención administrativa, última ratio del Estado para asegurar la satisfacción de una

[60] Hablamos de que un derecho es fundamental, cuando está dotado de garantías que otros derechos no lo tienen, garantías como su aplicación inmediata, la reserva de ley, un procedimiento agravado para su reforma, etc.

[61] FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. "Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado". Revista Jurídica de Derecho Comparado, Boletín Mexicano No. 99. Pág. 10 http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/99/art/art1.htm. Consultado: 25.03.10

necesidad colectiva cuando la iniciativa privada, por una razón cualquiera, no es suficiente para asegurarla"[62].

La doctrina reconoce como caracteres jurídicos esenciales del servicio público a: 1) la generalidad, o posibilidad de accesibilidad para toda persona, previa satisfacción de los requisitos respectivos, sin más límite que la capacidad del propio servicio; 2) la igualdad, que estriba en el trato uniforme que debe darse a todos los usuarios, sin que ello impida establecer diversas clases o categorías de usuario, siempre y cuando, dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma: igualdad ante la ley; 3) la regularidad, en cuya virtud el servicio público se debe prestar conforme a la normativa jurídica que lo regula; y, 4) la continuidad, de acuerdo con la cual dicho servicio no debe interrumpirse dentro del calendario, horarios y circunstancias previstos en su propia regulación.

Estas concepciones sobre la función, administración y servicio público acaban de renovarse y reformularse con los cambios constitucionales de la Constitución de Montecristi.

En los artículos 11:5 y 426, el constituyente configura el carácter ontológico de las servidoras y los servidores públicos que establece que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. En lo sustantivo, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos tienen la obligación *prima facie* de aplicar de manera directa la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a los derechos establecidos en la Constitución y aunque las partes no las invoquen expresamente. En lo procedimental, no podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos. Para garantizar la eficacia de los derechos y garantías constitucionales, se establece que las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

Pero, no solo que se indica la manera cómo ha de garantizarse la vigencia de los derechos por parte de las servidoras y servidores públicos, sino que, adicionalmente, se establece que la función, administración y servicio público están atravesados por un elemento nuevo, antes no contemplado ni concebido en el marco de una democracia representativa y delegativa como la que estuvo en vigencia antes del cambio constitucional, nos referimos a la participación ciudadana en los actos de la función pública.

En efecto, el artículo 95 establece que las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

---

[62] WALINE, Marcel. *Manual Básico de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Tratado*, París, ed. Sirey, 1936 à 1970 Sirey, 1936 a 1970. El francés Waline es conocido como padre de la teoría de las libertades civiles en la época de entreguerras y por ser defensor de la teoría del poder judicial como garante de las libertades individuales.

Sustancialmente, establece que la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

De esta manera, desde la teoría de pesos y contrapesos, la participación ciudadana sería un contrapeso que hace balance frente a las demás funciones del Estado; mientras que desde una teoría del Estado sería un límite al poder público, ejercido en razón de haberse asumido una democracia representativo-participativa, que garantiza una participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos, no necesariamente cuando esté involucrado un interés directo, sino cuando el interés de la colectividad así lo amerite.

La Constitución también se preocupa de definir a las servidoras y servidores públicos y de dejar en claro el marco de sus derechos.

El artículo 229 establece que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier titulo trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

En cuanto a sus derechos, estos son irrenunciables y se garantizarán mediante el régimen legal de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público, mediante el cual se regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Complementariamente, determina que las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo y que la remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

Para hacer efectiva la disposición arriba mencionada, el Estado asume garantizar la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado (artículo 234)

Un siguiente aspecto que la Constitución atiende respecto de las servidoras y servidores públicos es el establecimiento de los límites en el ejercicio del servicio público, desarrollados en los artículo del 230 al 233 de la Constitución.

El artículo 230 establece las prohibiciones sustanciales en el desempeño del servicio público, que son:

1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita.

2. El nepotismo

3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo.

El artículo 231 determina los requisitos para el ingreso y finalización del servicio público, que se resumen en la obligación de presentar declaración patrimonial jurada, so pena de sanciones de destitución, y facultando la indagación de familiares y otras personas cuando exista sospechas de testaferrismo. En el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional dicha declaración se hará, además, en forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.

Otras limitaciones las establece el artículo 232 cuando prohíbe que quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan, sean funcionarias o funcionarios o miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación. Se exige, además, que las servidoras y servidores públicos se abstengan de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.

Se completa el cuadro de responsabilidades de las servidoras y servidores públicos con el artículo 233 que establece sus responsabilidades frente a acciones u omisiones catalogadas por el derecho penal como delitos contra la administración pública, así como el carácter imprescriptible de estos delitos que, adicionalmente, se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades de servidora o servidor público.

Aunque podría entenderse que existe un desbalance entre los derechos y las responsabilidades de las servidoras y los servidores públicos, esta formulación constitucional responde a dos circunstancias, fundamentalmente: 1) a la vigencia de un sistema democrático que establece mecanismos de participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos; y, 2) a la ubicación que hace el constituyente del lugar en donde se encuentra ubicado, objetivamente, la mayor carga de poder entre el ciudadano y la servidora o servidor público.

En este punto, aun reformulada la democracia ecuatoriana, la servidora o servidor público ejercen, en los hechos, un poder del que no cuenta la ciudadanía usuaria de los servicios y obras públicas, que es la facultad de tomar decisiones que afectan al ciudadano. Hablamos de acciones u omisiones que representan una toma de decisión que, en los casos más dramáticos, implican la vida o la muerte. De ahí que la servidora o servidor público, como delegatario de la ciudadanía, asume la obligación primaria de garantizar en su labor, esto es, en el ejercicio de la facultad de tomar decisiones, la vigencia y efectividad de los derechos ciudadanos.

Uno de los retos fundamentales de las y los servidores públicos en el actual paradigma constitucional se traduce al final en el cumplimiento del Estado con las obligaciones internacionales y en el respeto a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Dicho proceso se denomina actualmente como el deber de "debida diligencia de los servidores".

Se debe recordar que las obligaciones de las y los servidores públicos están estrechamente vinculadas con las obligaciones estatales, de tal forma que si se quiere garantizar un contenido mínimo esencial de respeto a los derechos humanos, es necesario que se fomenten políticas públicas a favor de las personas que reciben bienes y servicios públicos estatales; pues

si dicha prestación causa daño en los derechos subjetivos del administrado por falta de diligencia, la o el afectado cuentan ahora con herramientas normativas que le permiten una reparación integral de sus derechos, el inicio de las respectivas demandas civiles, penales o administrativas y adicionalmente el hecho de que el Estado repita el pago contra el funcionario responsable de la irrogación de erarios nacionales[63].

Por lo mencionado, y en pro del cumplimiento del deber de la debida diligencia de los funcionarios públicos, consideremos la importancia de la solidaridad como fundante de los derechos humanos y de las relaciones interpersonales, que según Peces Barba, es necesaria para la democracia porque incide también en los principios de libertad e igualdad, ya que los vivifica y los completa. Además la solidaridad como valor superior incide en la organización jurídica de la sociedad.

[63] El derecho de repetición estipulado en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República de 2008, que literalmente dice: […] El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas […]

Bibliografía

ALEXY, Robert. T*eoría de los Derechos Fundamentale*s. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

ÁVILA, R. "Las Garantías herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos", en VVAA. *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia, Quito 2008.

BAÑO, J.M. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional", en: REDC No.24 Sept. – Dic. 1988.

BIDART CAMPOS, Germán *Constitución y Derechos Humanos. Su reciprocidad simétrica.* EDIAR, Buenos Aires, Argentina. 1991.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. "*Apuntes para una teoría jurídica de las actividades del Estado".* Revista Jurídica de Derecho Comparado, Boletín Mexicano No. 99.

FERRAJOLLI, L. "Garantías y Derecho Penal", en: Ferrajolli L. *Democracia y Garantismo,* Editorial trotta, Madrid 2008.

Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid 2009.

"El derecho como sistema de garantías", ¸ En: *Derechos y Garantías la ley del más débil,* Editorial Trotta, Madrid 2001.

"Derechos Fundamentales y Garantía" En: *Los Fundamentos de los derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid 2001.

GARCÍA DOS SANTOS, Laymer, citando a Catherine Labrusse-Riou en su artículo "Tecnociencia y Pérdida de los Humano: de la crisis del sujeto de derecho a la necesidad de derechos colectivos", en *Diversidad Biológica y Cultural. Retos y propuestas desde América Latina.* Grupo ad-hoc sobre Diversidad Biológica. Ilsa, 1998.

GUASTINI, Ricardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel CARBONELL (ed). *Neoconstitucionalismo*(s), Matrid, Trotta 2003.

LANCHEROS-GÁMEZ, Juan Carlos. "Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana". Revista *Dikaion*, Año 23 – Núm. 18 – 247-267 – Chía, Colombia – Diciembre 2009.

MONTAÑA, J. "Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008"; En: *Corte Constitucional, Jornadas de capacitación en justicia constitucional,* Quito, Diciembre de 2008.

MURLARZ, Jordán. "Teoría de la Administración I: Paradigmas y debates en torno a la Reforma Administrativa". http://www.monografias.com/trabajos13/parde/parde.shtml.

PECES-BARBA, Gregorio *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General.* EUDEMA UNIVERSIDAD, Manuales. Madrid, España. 1991.

PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. TECNOS, Madrid, 1986.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus Garantías Elementos para su reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid 2007.

WALINE, *Marcel. Manual Básico de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Tratado*, París, ed. Sirey, 1936 à 1970 Sirey, 1936 a 1970.