



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TÍTULO DE LA TESIS:

**“EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU APLICACIÓN
JURISPRUDENCIAL ”**

Previa a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho
Constitucional

ELABORADO POR:

DR. MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ TERÁN

Guayaquil, a los días del mes de marzo de 2015

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, institución a la que debo buena parte de mi formación, y a la cual entrego, permanentemente, mi vocación universitaria.

DEDICATORIA

A una nueva esperanza: mi chiquito, Miguel Martín Hernández Lemus

A mi amor de toda la vida: Amada Esther Terán de Hernández, por el regalo de su mirada siempre dulce, su infinito amor y su ejemplo de lucha antes de partir. Un día volveré a sus brazos.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **doctor Miguel Antonio Hernández Terán**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional

Guayaquil, a los días del mes de marzo del año dos mil quince

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Carlos Salmon Alvear

REVISORES:

Dr. Hernán Salgado Pesantes

Mgs María Verónica Peña

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dra. Teresa Núques Martínez



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

YO, DOCTOR MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ TERÁN

DECLARO QUE:

La Tesis “**EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL**” previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los días del mes de marzo del año dos mil quince

EL AUTOR

DR. MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ TERÁN



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

AUTORIZACIÓN

YO, DOCTOR MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ TERÁN

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada: **“EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los días del mes de marzo del año dos mil quince

EL AUTOR

DR. MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ TERÁN

INDICE

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

INTRODUCCIÓN.....	-1-
-------------------	-----

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I Antecedentes.....	-6-
II Justificación.....	-8-
III Problema.....	-9-
IV Preguntas de investigación	-9-
V Objetivos.....	-10-
V.1 General.....	-10-
V.II Específicos.....	-10-
VI Producto central de este trabajo	-10-

CAPÍTULO II

LEGISLACIÓN Y DERECHO.....	-11-
----------------------------	------

a) Los derechos y algunos principios que rigen su ejercicio en la Constitución del Ecuador.....	-11-
b) El ordenamiento jurídico y los derechos.....	-17-
b.1) Sujeción al ordenamiento jurídico.....	-21-
b.1.1 Sujeción al ordenamiento jurídico y principio de legalidad	-23-
b.2) Exigibilidad institucional de los derechos y tutela judicial efectiva.....	-28-
b.3) Garantía del ordenamiento jurídico y derechos humanos.....	-32-
c) Policía administrativa, poder de policía e interés general.....	-42-
d) Dos casos de ejercicio del poder de policía	-55-

CAPÍTULO III

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS.....	-63-
a) Explicaciones fundamentales	-63-
b) El Estado constitucional de derechos y justicia.....	-70-
1.- Doctrina.....	-70-
2.- Jurisprudencia.....	-78-

CAPÍTULO IV

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS. TEORÍA Y PRAXIS.....	-84-
a) Introducción.....	-84-
b) Ubicación del contenido esencial de los derechos.....	-87-
c) Algunas consideraciones sobre los derechos.....	-89-
c.1 En la Constitución vigente.....	-91-
c.2 En la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	-92-
c.3 En la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	-95-
c.4 En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	-95-
c.5 En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	-97-
c.6 En la Convención Sobre los Derechos del Niño.....	-99-
c.7 En la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.....	-101-
d) Los bienes jurídicos.....	-107-
e) ¿Por qué se protegen los derechos?	-114-
f) Caracteres de la protección de los derechos.....	-114-
g) ¿Límites a la protección de los derechos?	-116-
h) Lo más valioso de los derechos.....	-117-
i) Conceptos de contenido esencial, el Derecho como pretensión de corrección y caracterizaciones del contenido esencial de los derechos.....	-118-

i.1 Conceptos.....	-118-
i.2 Caracterizaciones.....	-121-
j) Irrelevancia de las fuentes del Derecho ante el contenido esencial de los derechos.....	-140-
k) Explicaciones, ejemplos y teorías sobre el contenido esencial de los derechos	-142-

CAPÍTULO V

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COLOMBIANA.....	-166-
--------------------------------------------------------	--------------

1.- EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	-166-
1.- Libertad de expresión	-167-
2.- Contenido esencial y libertad de expresión	-170-
3.- Derecho de huelga.....	-173-
4.- Derechos fundamentales.....	-182-
5.- Derechos del detenido.....	-183-
6.- Prohibición de la censura previa.....	-184-
7.- Derecho de asociación.....	-185-
8.- Derecho al sufragio.....	-186-
9.- Libertad sindical.....	-186-
10.- Objeción de conciencia al servicio militar.....	-189-
11.- Derecho a la propiedad privada.....	-189-

2.- EN LA JURISPRUDENCIA

COLOMBIANA.....	-191-
------------------------	--------------

1.- Contenido esencial del derecho a la honra.....	-191-
2.- Contenido esencial. Contenido esencial del derecho de petición.....	-192-
3.- Intervención del Estado y contenido esencial. Contenido esencial de la libertad de asociación.....	-195-
4.- Contenido esencial y derecho a la educación.....	-201-
5.- Efectividad y contenido esencial.....	-202-
6.- Contenido esencial del derecho a la educación.....	-203-

7.- Regulación y contenido esencial.....	-205-
8.- Estados de excepción y contenido esencial.....	-208-
9.- Contenido esencial y derecho de petición.....	-209-
10.- Contenido esencial y libertad de empresa.....	-213-

CAPÍTULO VI

METODOLOGÍA

I Metodología.....	-216-
II Etapas del trabajo.....	-219-

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

a) Documental.....	-220-
a.1 La muestra.....	-220-
a.2 Preguntas aplicadas a cada sentencia de la muestra.....	-221-
a.3 Síntesis de la muestra.....	-222-
b) El cuestionario a los jueces de la Corte Constitucional.....	-223-
b.1 Conclusiones basadas en el cuestionario a los jueces.....	-223-
b.2 Análisis de las entrevistas a los jueces de la Corte Constitucional.....	-226-
b.3 Muestra de 30 sentencias.....	-229-
CONCLUSIONES.....	-245-

PROYECTO DE LEY SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO

ESENCIAL DE LOS DERECHOS.....	-263-
BIBLIOGRAFÍA	-289-
ANEXO.....	-292-

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Dr. Miguel Hernández Terán

INTRODUCCIÓN

- a) La elección del *contenido esencial de los derechos y su aplicación jurisprudencial* como tema de nuestro trabajo obedece a una doble razón: de un lado, trátase de un concepto legislativamente nacido en un país de enorme tradición jurídica, y en el cual la administración de justicia constitucional ocupa un papel mercedamente estelar. Nos referimos a Alemania. El Tribunal Constitucional alemán es un símbolo de seriedad en el mundo de la justicia constitucional europea. De otro lado, fundada en que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, al amparo del artículo 1 de la Constitución vigente, nuestra Corte Constitucional para el periodo de Transición ha insistido notablemente en la trascendencia jurídica de la jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho, al punto que la considera *fuentes primaria*.

La doctrina nacional le ha dado también a la jurisprudencia constitucional un rol de mucha relevancia. Luego, nos pareció muy importante la conexión entre el contenido esencial de los derechos y el pensamiento de nuestros jueces constitucionales.

- b) La idea de que todo derecho tiene una parte irreductible so pena de la pérdida de su identidad y hasta de su misión ante el respectivo bien jurídico nos pareció y nos es muy atractiva. A esta particularidad agréguese lo interesante que resulta conocer su tratamiento por parte de la administración de justicia constitucional a nivel concentrado, máxime en una época en que la jurisprudencia constitucional ha estremecido el sistema de fuentes del Derecho, al proclamarse como fuente primaria por la Corte Constitucional. Este “estremecimiento” tiene especial

trascendencia porque la Constitución ecuatoriana en el artículo 425 no define un rango o estatus para la jurisprudencia constitucional dentro del ordenamiento jurídico del Estado.

- c) Habíamos concebido originalmente “evaluar” las sentencias de autoría de los jueces constitucionales a nivel concentrado, en la materia que nos ocupa, pero semejante proyección era bastante audaz; primero, porque solamente somos unos estudiosos del Derecho Constitucional y suena muy pretensioso que nosotros *evaluemos* la producción jurídica del máximo órgano de administración de justicia constitucional; y segundo, porque *para evaluar se debe comparar*, y más bien nuestro propósito es, en parte, *descubrir* una realidad jurisprudencial sobre la base de la investigación, analizarla, interpretarla y en función de ello plantear un proyecto de intervención a través de un anteproyecto de Ley.
- d) Producto de nuestro entusiasmo por el contenido esencial de los derechos proyectamos originalmente una muestra exagerada de cincuenta sentencias del máximo órgano de administración de justicia constitucional. Nuestra directora metodológica nos sugirió reducir la muestra, con lo cual concordamos; incluso podían ser menos de treinta si las sentencias no proveen elementos nuevos o ratifican una situación, se nos explicó. La experiencia nos demostró que 50 era una cantidad muy alta *considerando que las acciones constitucionales en las que típicamente corresponde abordar el contenido esencial de los derechos son las acciones de inconstitucionalidad de normas jurídicas, que son realmente minoritarias respecto del universo de todas las acciones de competencia del máximo órgano de administración de justicia constitucional.*

Treinta sentencias es una muestra suficientemente representativa para dimensionar la familiaridad o no del máximo órgano de administración de justicia constitucional respecto de la teoría del contenido esencial de los

derechos *como límite a la capacidad de limitar los derechos por parte del legislador, así como su aplicación.*

- e) En cuanto a la estructura de este trabajo, el mismo se encuentra descompuesto en ocho capítulos, los cuales dan paso a las conclusiones, y éstas a un PROYECTO DE LEY SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS.

A continuación una síntesis del desarrollo.

En el primer capítulo, denominado “LEGISLACIÓN Y DERECHO”, a efectos de contextualizar este trabajo académico y dimensionar la trascendencia de algunas instituciones jurídicas relevantes en relación con los derechos, nos ocupamos de representar varios de los principios que rigen el ejercicio de los mismos en el Ecuador según la Constitución vigente. Así también nos ocupamos de poner en alto el ordenamiento jurídico del Estado tanto como estructura jurídica básica y necesaria para la sociedad, como también, en cuanto a su garantía, como deber primordial del Estado. Llegamos a desarrollar el *alcance* de dicha garantía. En este capítulo vinculamos la exigibilidad de los derechos y la tutela judicial efectiva.

La doctrina jurídica al igual que la jurisprudencia constitucional destacan la importancia de la exigencia de adecuar la legislación secundaria a los derechos, gracias al mandato del artículo 84 de la Constitución. Nosotros también lo hacemos. Es un verdadero ícono conceptual el que la legislación se deba ajustar a los derechos, y no los derechos a la legislación. Se entiende que este deber es una de las expresiones del Estado constitucional de derechos y justicia que nos rige. El primer capítulo se cierra con la síntesis de dos casos sobre el ejercicio del llamado poder de policía.

En el segundo capítulo, “LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS” explicamos el vínculo entre estos dos elementos. Nos detenemos a representar el contenido del Estado constitucional de derechos y justicia que instaura el artículo 1 de la Ley suprema del Ecuador, y que indudablemente constituye el telón de fondo de la vida jurídica, y por supuesto una rica materia prima para el desarrollo jurisprudencial.

En el tercer capítulo, llamado “EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS. TEORÍA Y PRAXIS” encuéntrase las exposiciones más orientadoras en cuanto a la especificidad del tema central de este trabajo. En efecto, en esta parte de nuestra obra, luego de poner énfasis en la importancia de los derechos en la sociedad, ubicamos la teoría del contenido esencial. En este sentido decimos:

“La teoría del contenido esencial de los derechos corresponde ser estudiada desde dos ámbitos: como límite al poder jurídico que tiene el legislador y en general toda autoridad con poder normativo para limitar el ejercicio de los derechos; y como punto de partida para definir en las respectivas decisiones judiciales, e incluso administrativas, si un derecho ha sido o no vulnerado, pues, en definitiva, y para decirlo con las palabras más sencillas posibles: para poder establecer si hay violación de un derecho es imprescindible primero saber en qué consiste ese derecho, cuál es su núcleo, su contenido esencial, cuál es su misión...”

En este capítulo destacamos que efectivamente los derechos pueden ser limitados, y en tal sentido citamos normas específicas tanto de la Constitución como de diversos instrumentos internacionales. El reconocimiento de esta posibilidad de limitación es importante particularmente por cuanto nuestra Ley suprema dice en el artículo 11 numeral 4º que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”; prohibición que al menos sobre los derechos está claramente desvirtuada por la

propia Constitución. Así lo corroboramos con las pertinentes normas reproducidas.

Nos ocupamos también de los bienes jurídicos como el eje de todo derecho. Explicamos por qué se protegen los derechos. Caracterizamos la protección de los mismos; abordamos los límites a la tutela de los derechos. Exponemos algunos conceptos sobre el contenido esencial de los derechos y nos dedicamos a caracterizarlo. En este sentido emitimos 42 particularidades, varias de ellas con respaldo doctrinario. Hacemos hincapié en que para el contenido esencial de los derechos es irrelevante el nivel o categoría jurídica en que se encuentre el derecho, o lo que es lo mismo, existe intrascendencia de las fuentes del Derecho ante el contenido esencial.

Luego, en el mismo capítulo, volcamos nuestros esfuerzos trasladando explicaciones, ejemplos y teorías sobre nuestro tema central. Con ello culmina dicha parte.

En el capítulo cuarto, “EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COLOMBIANA” reseñamos varias sentencias sobre el tema central de nuestra obra, básicamente en cuanto a específicos derechos. Así, sobre la libertad de expresión, los derechos de huelga, de asociación, de petición.

El capítulo quinto está enfocado en el desarrollo metodológico de esta tesis, y el sexto al análisis e interpretación de los datos obtenidos.

Finalmente, y sustentados en lo expuesto, desarrollamos nuestras conclusiones y proponemos el PROYECTO DE LEY SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS.

Cabe observar que ante la exigencia académica de tener al menos **treinta respaldos**, esta tesis es rica en apoyo doctrinario.

Capítulo I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I.- Antecedentes

El Derecho es una rama del conocimiento que privilegia el razonamiento como fuente de solución a los diversos problemas que deben abordarse en la convivencia social. Las sociedades son exitosas en la medida en que logran desenvolverse en un medio de armonía, en un contexto en el cual los conflictos que puedan surgir entre los actores sociales lleguen a feliz término porque esos actores han sopesado las ventajas de la convivencia pacífica como escenario ideal para la realización de sus derechos e intereses.

La realización de los derechos de las personas puede cumplirse en forma voluntaria o imperativa. En el primer caso es evidente que se logra en función de la convicción de los ciudadanos sobre la necesidad de respetar los derechos. En el segundo, el cumplimiento efectivo proviene de las exigencias impuestas por las autoridades públicas. Esas exigencias se manifiestan en resoluciones, sentencias, actos administrativos. En cualquier caso *todo derecho exige una determinada concepción sobre su contenido. De otra manera se aplicaría un derecho sin saber en qué consiste.*

Parte de los conflictos que pueden producirse en la sociedad en una época determinada puede provenir de lo que los miembros de la misma entiendan por derecho, es decir, de la configuración o contenido de los mismos. Esa atribución de contenido pudiera diferir entre los ciudadanos aun cuando exista de por medio una determinada conceptualización de tal o cual derecho en una norma jurídica. La distinta atribución de contenido de un derecho pudiera llegar a ser dramática cuando proviene de quien ejerce el control de constitucionalidad. *Para resolver constitucionalmente sobre un derecho se debe partir de conocer cuál es su contenido.* De no ser así los casos constitucionales se resolverían sin saber cuál es la configuración del derecho.

Siendo la Corte Constitucional el máximo órgano de administración de justicia en materia constitucional adquiere notable relevancia dimensionar el vínculo de ella con la teoría del contenido esencial de los derechos. Esta relevancia es tal porque las sentencias y autos de dicha Corte, al tenor del artículo 440 de la Ley suprema, tienen el carácter de *definitivos e inapelables*. Como se sabe, uno de los aspectos más importantes de la seguridad jurídica es la aplicación uniforme del derecho. La seguridad jurídica es un principio y un derecho ciudadano del más alto rango: tiene categoría constitucional desde la Constitución Política de la República de agosto de 1998.

En la actual Ley suprema su contenido está estructurado en el artículo 82: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Según el criterio jurisprudencial sentado por la indicada Corte una de las características del Estado constitucional de derechos y justicia que define el artículo 1 de nuestra Ley suprema, es que la jurisprudencia constitucional constituye *fuerza primaria del Derecho*.

Como fuente del Derecho, las sentencias y autos de la Corte deben partir de una noción clara sobre el contenido esencial del respectivo derecho. Recuérdese, además, que según el artículo 11 numeral 8 de nuestra Constitución “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas...”

Las sentencias y autos de la Corte Constitucional marcan el rumbo de la aplicación del Derecho en el ámbito de su competencia, pues después de las decisiones de dicho órgano no hay ningún tribunal que pueda revisarlas. *Los resultados de esta investigación- y el estudio mismo del núcleo esencial de los derechos - nos llevarán a estructurar una propuesta legislativa.*

II.- Justificación

Los resultados de esta investigación pueden constituir una valiosa herramienta para estructurar una política pública orientada a mejorar la calidad de la administración de justicia a nivel constitucional, considerando que en el actual sistema jurídico los jueces de primer nivel y las Cortes Provinciales de Justicia ejercen jurisdicción constitucional, y en el ejercicio de la misma deben considerar como sustento las decisiones de la Corte Constitucional. En otras palabras, *las decisiones de la Corte Constitucional son determinantes del contenido de fondo de las decisiones de los jueces de primera instancia y de las Cortes Provinciales cuando actúan como jueces de garantías constitucionales*, de acuerdo con el ordenamiento jurídico de la República. Luego, la calidad de las sentencias de la Corte Constitucional interesan al conglomerado social en su conjunto y al sistema de justicia, particularmente al constitucional.

Aún más, el poder vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional alcanza a todo el sistema de justicia. Por lo mismo, *la concepción del contenido esencial de los derechos va mucho más allá del interés de los litigantes en el caso concreto*. Una realidad jurídica y social de esta dimensión indudablemente amerita el desarrollo de una tesis de maestría sobre el contenido esencial de los derechos. Piénsese que la Corte Constitucional debe partir de determinada concepción de un derecho para luego decidir sobre el mismo.

Al realizarse la investigación respecto de la actuación de un órgano tan representativo para la administración de justicia constitucional *por su rol determinante a nivel nacional*, la perspectiva de utilidad de los resultados es realmente sólida. No conocemos que se haya realizado una investigación semejante, luego de haber examinado la bibliografía ecuatoriana, máxime si se considera que estudiamos sentencias del Tribunal Constitucional, de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y de la Corte Constitucional. El Tribunal se estructuró basado en la Constitución Política de agosto de 1998, cuando no éramos aún un Estado constitucional de derechos y justicia (fuimos Estado social de Derecho).

La Corte de Transición y la actual se basan en la Constitución vigente de octubre de 2008, creadora del Estado constitucional indicado. Los magistrados de la Corte Constitucional del Ecuador, que reemplazan a los de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, se posesionaron el 6 de noviembre de 2012. El Tribunal Constitucional se proclamó Corte Constitucional para el Periodo de Transición mediante una interesante sentencia interpretativa publicada en el suplemento del Registro Oficial No 451 del 22 de octubre de 2008.

Para la comunidad jurídica esta investigación permitirá reflejar una realidad objetiva que, además, sustentará una propuesta de innovación contenida en un anteproyecto de Ley. Por ende la utilidad derivada de la propuesta, que se nutre de la investigación, puede ser general.

III.- Problema

La falta o insuficiente aplicación de la teoría del contenido esencial de los derechos por parte del máximo órgano de administración de justicia constitucional del Ecuador.

IV.- Preguntas de investigación

- a) ¿Conocen cabalmente los magistrados de la Corte Constitucional la teoría del contenido esencial de los derechos?
- b) ¿Ese conocimiento se refleja en sus sentencias?
- c) ¿Los jueces de dicha Corte han realizado un análisis profundo de lo que comprende el contenido esencial de los derechos?
- d) ¿Contribuiría a un más ágil despacho de las causas constitucionales, en función de la uniformidad de criterio, el que a través de una Ley se disponga el deber de la Corte Constitucional de, previo a resolver, precisar cuál es el contenido esencial del derecho acusado de ser violado o del derecho objeto del proceso?

V.- OBJETIVOS

V.1 General

Diagnosticar si la Corte Constitucional dimensiona la trascendencia de la teoría del contenido esencial de los derechos, y si la aplica efectivamente;

V.2 Específicos

- a) **Verificar**, partiendo de la realidad de la muestra, si la administración de justicia constitucional ha invocado y desarrollado doctrinariamente la teoría del contenido esencial de los derechos en sus sentencias.
- b) **Interpretar** por qué el desarrollo o no desarrollo doctrinario de tal teoría.
- c) **Proponer** la delimitación del contenido esencial de los derechos por medio de un anteproyecto de Ley, que establecerá también la necesidad de que en toda sentencia de la Corte Constitucional se deba definir el contenido esencial de los derechos objeto del respectivo proceso; y contribuir así a mejorar la calidad del servicio público de administración de justicia constitucional.

VI.- Producto central de este trabajo

De lo expuesto hasta aquí se colige con claridad que el producto central de esta tesis es el desarrollo de un ANTEPROYECTO DE LEY QUE DELIMITE EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y ESTABLEZCA LA NECESIDAD DE DEFINIR, EN TODA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, PREVIO A RESOLVER LO DE FONDO, CUÁL ES EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO ACUSADO DE SER VIOLADO O DEL DERECHO OBJETO DEL RESPECTIVO PROCESO.

Capítulo II

LEGISLACIÓN Y DERECHO

a) Los derechos y algunos principios que rigen su ejercicio en la Constitución del Ecuador

La vida del Derecho son los derechos. Éstos se conquistan, se reconocen, se amplían cuantitativa y cualitativamente; son objeto de interpretación favorable sobre su efectiva vigencia. Modernamente, particularmente en el caso del Ecuador, constituyen el gran referente del ajuste de la legislación¹. Es decir, ésta depende de ellos según el artículo 84 de la Constitución ecuatoriana. Se convierten, pues, los derechos, en el corazón de la actividad estatal. La misión del Estado, hoy por hoy, es la tutela jurídica de los derechos. Tanta es la trascendencia de los derechos que la tradicional jerarquía insuperable de la Constitución cede ante el mejor derecho consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos². La misma se manifiesta a través de diversas formas, instituciones e intensidades.

En cualquier caso los derechos no debieran ser objeto de limitaciones que los desvirtúen en relación con su objeto, pues ello implicaría, de un lado, que pierdan su rol tutor de un determinado bien jurídico, y de otro un contrasentido estatal, pues su misión de tutela va en sentido contrario a la desnaturalización de los derechos.

¹ De acuerdo con el artículo 84 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008, que dice:

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

² Según el artículo 424 párrafo segundo de la Constitución:

“ 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”.

Cuando por razones de interés general el Estado se ve obligado a privar de un derecho a un particular para asumirlo él, usa la tradicional figura de la expropiación. Ésta, por ser una excepción, confirma la regla del carácter indisponible de los derechos de los particulares por parte del Estado. Si hubiera de resumirse en una frase el sentido de respeto que debe tener el Estado respecto de los derechos de los particulares, diríamos: los derechos no se tocan.

La actual Constitución del Ecuador es elocuente al afirmar en parte del artículo 84 que: “En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. (Asamblea Constituyente) Nótese que la elocuente limitación se refiere no sólo al ordenamiento jurídico en su conjunto sino también a los *actos del poder público*, es decir, al universo de la actividad estatal. También es remarcable el hecho de que la Constitución utiliza la palabra atentarán, que es un sinónimo de atacar. Atentar significa, según la vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española (2014) “Emprender o ejecutar algo ilegal o ilícito.”

Esta noción de respeto absoluto a los derechos reconocidos en la Constitución, que llevó al constituyente a limitar toda reforma a la Ley suprema que sea atentatoria contra los indicados derechos, es coherente con la filosofía constitucional ecuatoriana y con varios textos expresos.

La Ley suprema apunta regularmente al desarrollo y respeto de los derechos, no a su desconocimiento ni a sus limitaciones injustificadas. En tal sentido el numeral 8 del artículo 11, que trata sobre los principios que rigen el ejercicio de los derechos, ordena que:

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. (Asamblea Constituyente, 2008)

Nótese especialmente que ese desarrollo no es discrecional sino obligatorio; que va de menos a más, y que se determinan los canales para que opere el mismo: normas, jurisprudencia y políticas. Por consiguiente no se trata sólo de un enunciado sino de una obligación jurídica clara, concreta, cierta, determinada, que debe ser cumplida por los jueces, por los hacedores de las políticas públicas y por todos los órganos e instituciones con potestad normativa. El progreso como el ejercicio de los derechos ocupan un papel estelar en el indicado numeral del artículo 11 de la Ley suprema del Ecuador.

El sentido de protección y apoyo a los derechos se percibe con claridad, entre otros, en el numeral 6 del mismo artículo 11, cuando afirma: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. Y también en los numerales 9, que hace una prescripción espectacular, y 5. El numeral 9 precisa:

“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. En la expresión “hacer respetar” toma cuerpo el derecho a la tutela judicial efectiva, tratado en el artículo 75³.

Los derechos garantizados no son sólo los que crea la Constitución, sino los que reconoce. El numeral 7 del mismo artículo determina sobre el reconocimiento de los derechos, lo siguiente:

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,

³ “Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

El numeral 5 ordena: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”.

Este principio se relaciona en forma directa con el artículo 427 de la Ley máxima:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Trátase de una obligación jurídica, no de una facultad discrecional. Desde un punto de vista estrictamente interpretativo puede ser cuestionable el deber de inclinarse a favor de una determinada posición, pero desde la perspectiva de los derechos humanos la necesaria inclinación determinada en el numeral 5 tiene justificación.

La aplicación directa y la facilidad para el ejercicio de los derechos están tratadas en el numeral 3 del indicado artículo 11. La primera ha dado lugar a una importante jurisprudencia que solidifica cada vez más la posición de la no dependencia de los derechos constitucionales al desarrollo de la legislación secundaria. El numeral 3 dice:

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

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

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.

Esta norma tiene concordancia directa con el artículo 426, párrafos segundo y tercero de la Ley máxima:

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

De su lado el artículo 424 párrafo segundo de la Ley suprema define: “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.”

Siendo el corazón de la misión estatal la protección de los derechos tiene sentido que hayamos pasado revista a la mayor parte de los principios que deben guiar su ejercicio según la Constitución ecuatoriana. Esos principios no sólo orientan a quienes ejercen los derechos sino también a quienes resuelven sobre los mismos y a quienes legislan respecto de tales derechos. Todos ellos juegan un

papel estelar, de primer orden: si no hay titulares no hay ejercicio de los derechos; si no existe administración pública y administración de justicia no hay ante quiénes hacer valer los derechos; y si los órganos del poder público con competencia normativa no ajustan la normatividad jurídica que expiden a los derechos, tal cual lo exige el artículo 84 de la Constitución de la República, tales derechos carecerán del importante acompañamiento de la legislación secundaria.

Al positivo contenido de los principios referidos del artículo 11 agréguese que según el artículo 3 numeral 1 de la Ley suprema es 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”.

El vínculo jurídico necesario de los administrados y de la institucionalidad pública respecto de la Ley suprema se consagra en el párrafo primero del artículo 426 de la Constitución: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”.

La exigibilidad del cumplimiento de la Constitución emerge, como queda visto, básicamente del contenido de la recién reproducida norma, como también del deber primordial del Estado de garantizar el ordenamiento jurídico. El numeral 4 del citado artículo 3 (que instituye los deberes primordiales del Estado) consagra⁴ : “ Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y **el ordenamiento jurídico**”⁵.

La filosofía protectora de los derechos por parte del Estado estuvo consagrada ya en la Constitución Quiteña de 1812 (TRABUCCO, 1975), que no llegó a regir, cuyo artículo 20 definió:

⁴ Como deber primordial del Estado.

⁵ Las negrillas son nuestras.

Art.20.- El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él, y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, y civil : y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en él de cualquier estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas y representaciones al Gobierno guardando solo la moderación que es necesaria, para la conservación del buen orden. (p. 16)

b) El ordenamiento jurídico y los derechos

1.- Entendemos por ordenamiento jurídico *la estructura jurídica vinculante, organizada jerárquicamente, de contenido sustancialmente coherente, sometida a la supremacía constitucional, a los valores democráticos; a principios rectores, a la moral y a la prevalencia de los derechos humanos, fundamentalmente, que regula la vida del Estado y limita su accionar, y que reconoce, instituye, delimita - y por excepción limita en razón del interés general - los derechos y garantías de las personas y de quienes a ellas se asimilan, en orden a la realización de la justicia, la seguridad y la paz individual y colectiva, y que en función de asegurar el cumplimiento efectivo de tales derechos y garantías castiga el quebrantamiento de los mismos.*

2.- Carlos Santiago Nino (2010 p. 102) en su “Introducción al análisis del derecho” destaca:

El derecho pertenece a la familia de los sistemas normativos, entre los cuales se suele incluir también a la moral, la religión (o al menos cierto aspecto de ella) , los usos sociales, los juegos, etcétera.

¿Qué es un *sistema normativo*? Alchourrón y Bulygin han precisado el concepto partiendo de la definición que da Tarski de “ *sistema deductivo de enunciados*”.

Tarski define “sistema deductivo” como un conjunto cualquiera de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas. Es decir que

si decidimos formar un conjunto, por ejemplo, con dos enunciados cualesquiera y decidimos también que integren el conjunto de todos los enunciados que se *inferen lógicamente* de ellos, tenemos constituido un sistema deductivo.

Alchourrón y Bulygin caracterizan los sistemas normativos como aquellos sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay *al menos* una norma, es decir un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa (o sea con la permisón, la prohibición o la obligatoriedad de cierta acción).

Como se ve, un sistema normativo no requiere estar constituido *sólo* por normas; es suficiente con que en el conjunto de enunciados aparezca al menos una norma para calificar de normativo al sistema. Esta exigencia débil refleja la circunstancia de que en muchos sistemas normativos, como es notorio en el derecho, aparecen enunciados que no son normas, tales como definiciones conceptuales, descripciones fácticas o expresiones de deseos.

3.- A propósito de la *coherencia* que hemos destacado en nuestro concepto de ordenamiento jurídico, cabe anotar que Prieto Sanchís (2013, p. 69), refiriéndose al pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, afirma:

En la fórmula garantista, en efecto, el respeto por las reglas de la democracia, esto es, por las formas y procedimientos de producción democrática de las leyes es una condición necesaria y suficiente para asegurar la vigencia o validez formal, pero no así la validez sustancial de las decisiones: “ para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustantivas sobre la producción ... Estas reglas son esencialmente las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales...”

La tensión entre democracia y derechos encuentra así su reflejo teórico en la distinción entre vigencia o validez formal y validez sustantiva: una ley

está vigente o es formalmente válida cuando presenta la apariencia de regularidad formal en su producción, o sea, cuando cuenta con el respaldo mayoritario; *pero solo es plenamente válida cuando su significado es conforme (o no es disconforme) con las normas materiales de la Constitución, singularmente, cuando no viola los derechos de libertad o da satisfacción a las expectativas que generan los derechos sociales.*⁶

4.- Es de la esencia del ordenamiento jurídico su estructuración *jerarquizada*, su ordenación en niveles. La jerarquía está definida así en el artículo 425 de la Constitución ecuatoriana:⁷

- 1.- Constitución
- 2.- Tratados y convenios internacionales
- 3.- Ley orgánica
- 4.- Ley ordinaria
- 5.- Norma regional y ordenanza distrital
- 6.- Decretos y reglamentos
- 7.- Ordenanzas
- 8.- Acuerdos y resoluciones
- 9.- Los “demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

5.- La Constitución es parte del ordenamiento jurídico, tanto por el desarrollo que hace dicho artículo 425 como porque el artículo 424 define, entre otros, que “ La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Cabe destacar que la supremacía constitucional,

⁶ Las cursivas son nuestras.

⁷ Que dice:

“**Art. 425.-** El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”

cúspide del sistema jurídico, está delineada en su esencia en el artículo 6 de la *Constitución Quiteña* de 1812 (TRABUCCO, 1975), que no llegó a regir:

Art.6.- Las Leyes Patrias que hasta el presente han gobernado y que no se opongan a la libertad, y derechos de este Pueblo y su Constitución quedarán en toda su fuerza y vigor por ahora y mientras se reforman por la Legislatura, tanto el Código Civil, como el Criminal y se forman los Reglamentos convenientes para todos los ramos de administración política y civil. (p. 14)

Las Constituciones de 1830 y 1835 (TRABUCCO, 1975) también esbozan su contenido en los artículos 73 y 112, respectivamente:

Art. 73.- Se conservarán en su fuerza y vigor las leyes civiles y orgánicas que rigen al presente en la parte que no se opongan a los principios aquí sancionados, y en cuanto contribuyan a facilitar el cumplimiento de esta Constitución. (p. 45)

Art. 112.- Se declaran en su fuerza y vigor todas las leyes y decretos que rigen al presente, en cuanto no se opongan a esta Constitución, o a los decretos y leyes que haya expedido, o expida la presente Convención. (p. 67)

6.- Ahora bien, a pesar de su amplitud es claro que el Derecho no se agota en el ordenamiento jurídico del Estado; que ciertos derechos pudieran no estar reconocidos en ese ordenamiento y no obstante existir por ser connaturales a las personas, como el derecho a la vida y a la integridad personal; que muchas de las luchas sociales antiguas y modernas se han dado y se dan en pos del reconocimiento de ciertos derechos en el ordenamiento jurídico, independientemente de lo acertado o no de su contenido. Piénsese, por ejemplo, que hay varios grupos que luchan por la consagración legislativa del derecho al aborto. También es claro que el legislador no tiene la potestad para arrebatar

ciertos derechos naturales de las personas, como la dignidad, por poderoso que sea el instrumento jurídico. La dignidad no se “expropia”.

Lo expuesto no elimina ni afecta la necesidad del ordenamiento jurídico del Estado. Éste es necesario para la paz ciudadana. Es el presupuesto de la seguridad jurídica. Es la base de la actuación de las autoridades públicas, el eje del accionar judicial; la estructura que debe ajustarse a los derechos según el artículo 84 de la Constitución del Ecuador. El núcleo jurídico de toda sanción; el objeto de invocación para el ejercicio de los derechos de los administrados como también para asegurar la competencia de la administración pública y de las autoridades en general. Es, de cierta forma, la base de la seguridad de la familia, que constituye el núcleo de la sociedad. Es el “cierre” de muchas luchas sociales; la luz que extingue las miserias del abuso; el eje de la libertad, de la realización de los derechos, del recto sendero del trabajo, especialmente público; la materia prima para el desarrollo del contenido de los derechos; el sustrato de la jurisprudencia; el medio (el lugar) para desarrollar principios, valores y reglas nacidos de la Constitución, tratados internacionales, fundamentalmente.

7.- Es, pues, el ordenamiento jurídico un instrumento esencial en la vida del Estado y de los administrados, pues, en términos generales, guía, delimita y limita el campo de acción de la institucionalidad estatal, y construye los límites hasta los cuales pueden actuar legítimamente los administrados, así como define las caracterizaciones de las instituciones de que se sirven los particulares para el despliegue y desarrollo de sus intereses. Es decir, *el ordenamiento jurídico regula el interés general como el interés particular*. Para satisfacer el primero Blanquer (2010, p. 151) señala que existen medios personales, materiales y formales. Entre los formales se encuentran las prerrogativas estatales, y dentro de éstas las expresiones de *policía administrativa*.

b.1) Sujeción al ordenamiento jurídico

Entendemos por sujeción o sometimiento al ordenamiento jurídico *la obligación jurídica permanente, inescindible e incondicional que tienen los*

sujetos de derechos y quienes a ellos se asimilan, así como el conjunto de la institucionalidad pública y quienes a ella se asimilan, de cumplir oportuna, eficaz e íntegramente el régimen jurídico establecido en el ordenamiento jurídico del Estado o reconocido por éste con eficacia jurídica; obligación que contribuye en forma determinante a la realización de los derechos, y por lo mismo, a la consolidación de la justicia y la paz individual y colectiva.

En el marco del ordenamiento jurídico estatal los particulares tienen el derecho de exigir a las autoridades públicas el comportamiento que el mismo, y en particular la Constitución y las leyes, les predetermina. Es decir, el respeto a ese ordenamiento es una obligación de la institucionalidad pública, y a la vez constituye un derecho de los administrados. Sin duda, la realización de las disposiciones predeterminadas para la institucionalidad pública es una obligación objetiva, pero esta realidad no elimina el que desde el punto de vista de los sujetos de derecho el cumplimiento de esa obligación objetiva sea exigible por éstos, y por lo mismo constituya un verdadero derecho. La Constitución ecuatoriana de 1830 (TRABUCCO, 1975, p. 35) consagró en el artículo 10: “Los deberes de los ecuatorianos son: obedecer a las leyes y a las autoridades; servir y defender la patria; y ser moderados y hospitalarios.” Y en el artículo 69 la siguiente categórica disposición:

Todo funcionario prestará juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes, y de cumplir los deberes de su ministerio. No se admitirá juramento con notificaciones. La persona que no jurase libremente la Constitución, no será reputada como miembro de esta sociedad. (p. 45)

El artículo 36 numeral 2 consideró delito el infringir la Constitución, del cual respondía el Jefe de Estado.

La Constitución de 1835 (TRABUCCO, 1975, p. 71) estableció en el artículo 7: “Los deberes de los ecuatorianos son: obedecer a las leyes y a las autoridades, contribuir a los gastos públicos, servir y defender a la patria, y velar sobre la conservación de las libertades públicas.” Y en el artículo 68 la

responsabilidad del Poder Ejecutivo por infringir la Constitución; ya no habla de delito ni de la responsabilidad específica del Jefe de Estado. El artículo 71 ordenó: “ Son responsables los Ministros en el mismo caso del art. 68, y además por infracción de ley, por soborno o concusión y malversación de los fondos públicos. No salva esta responsabilidad la orden verbal, o por escrito del Jefe del Ejecutivo.”⁸

La misma Constitución de 1835 dispuso en los artículos 88 y 109, lo siguiente:

“Art. 88.- La fuerza armada es esencialmente obediente, y su destino es, defender la independencia y libertad del Estado, mantener el orden público, y sostener la observancia de la Constitución y las leyes.”

“Art. 109.- Todo funcionario al tomar posesión de su destino, prestará juramento de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes de su ministerio. No se admitirá juramento con modificaciones. La persona que no jure libremente la Constitución, no será reputada como miembro de esta sociedad.”

b.1.1 Sujeción al ordenamiento jurídico y principio de legalidad

1.- La Ley suprema vigente en el Ecuador⁹ ordena en el artículo 83 como uno de los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley, “ Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.”¹⁰ Y ordena también en el artículo 226 que “ Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que

⁸ El texto completo del artículo 68 es como sigue:

“ El Poder Ejecutivo es responsable: por traición y conspiración contra la República: por infringir la Constitución: atentar contra los otros poderes : impedir la reunión y deliberaciones del Congreso: negar la sanción a las leyes y decretos acordados constitucionalmente, y por provocar una guerra injusta.”

⁹ Publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

¹⁰ Numeral 1.

actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley...”

2.- El artículo 426 párrafo primero dispone que “ Todas las personas , autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.” Aspecto que “ cierra” la exigibilidad de la normativa suprema, y con ello toda la riqueza de su contenido.

3.- El maestro Eduardo García de Enterría (2010, p. 39), afirma sobre la legalidad, aspecto fundamental en relación con el ordenamiento jurídico, entre otros:

La observancia de la legalidad es para la administración un deber puramente objetivo, derivado de la vinculación positiva que de dicha legalidad directamente resulta para ella, como vimos en el capítulo VIII de esta misma obra y como hoy declara el artículo 103.1 de la Constitución. Pero ese deber está instituido por el ordenamiento no solo con fines organizativos abstractos, o en función de intereses materiales colectivos, sino también, y preferentemente, como una técnica de libertad de los ciudadanos, los cuales no pueden ser afectados por la administración en sus propios asuntos, en sus intereses, materiales y morales, más que por medio de actuaciones legítimas, esto es, cubiertas o amparadas por la ley.

De este modo la ley objetiva puede, contra lo que antes suponíamos, descomponerse, en efecto, en un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas, lo cual se explica del modo siguiente. Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. Ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente.

4.- Jaime Santofimio Gamboa (2007) expresa sobre el principio de legalidad, entre otros, lo siguiente:

Una de las principales consecuencias de la existencia plena de un Estado de derecho se traduce en el denominado “principio de legalidad”. En estricto sentido, el principio de legalidad no puede ser identificado con el Estado de derecho. Si se quiere, debe ser entendido como una de sus características determinantes, producto de la indiscutible sujeción a un orden jurídico, significando este no bajo la concepción formal positivista, sino bajo su expresión material que, como lo vimos, resulta más amplia e ilustrativa. La legalidad entendida como elemento del Estado de derecho no se circunscribe a los estrechos marcos del positivismo legal. En otras palabras, no podemos asimilarla exclusivamente al acatamiento o sometimiento de la ley en estricto sentido.

Como lo observamos al desarrollar el concepto de Estado de derecho, la legalidad implica una aproximación al concepto sustancial de derecho, lo que recoge irremediamente la totalidad de normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico. Para ser más exactos, el principio de legalidad así entendido resulta asimilable al principio del respeto y acatamiento al bloque de la legalidad que recoge la totalidad de elementos articulados en el llamado sistema jurídico. En este sentido, debe ser entendida la vinculación positiva de la administración al principio de legalidad. Si bien es cierto que la sujeción de la administración al derecho debe estar precedida de una disposición normativa, la misma no necesariamente debe ser de carácter especial. La vinculación puede estar dada por normas generales, por el bloque de legalidad, que puede incluso comprender principios y valores.

La anterior observación resulta pertinente para aclarar la posición que hemos adoptado sobre la materia y que nos permite encontrar puntos diferenciales entre las concepciones clásicas sobre el principio de la

legalidad que se expusieron por la doctrina a propósito del análisis de los sistemas francés y germánico; el primero de los cuales, inmerso en la teoría roussoniana de la ley como voluntad general, predicaba la legalidad exclusivamente de esta y como un presupuesto de carácter positivo que determinaba de manera previa la totalidad de la actuación de los poderes públicos. Como lo anotábamos al estudiar los aportes de la Revolución Francesa al derecho público y administrativo contemporáneo, la ley, como reemplazo histórico de la voluntad individual del gobernante, se tornó en el instrumento necesario, básico y prevalente que habilitaba el comportamiento de la administración pública. En este sentido, los poderes públicos solamente podían hacer todo aquello que la voluntad general del legislador les permitiere.

El sistema germánico, por su parte, desarrolló inicialmente un muy particular sistema de concepción sobre la ley: mientras en Francia la depositaria del poder resultaba ser la Nación, que se manifestaba a través de la voluntad general del Parlamento, en el sistema germánico el príncipe retomaba estas banderas y encontraba en los actos generales de las cámaras precisas restricciones tendientes al respeto de los intereses particulares; pero como ente soberano actuaba procurando siempre la satisfacción de los intereses generales. En tanto que en Francia la administración teóricamente se comprometía en la ejecución de la ley, en el bloque germánico el príncipe se comprometía con el bienestar general, haciendo todo lo posible para su consolidación y encontrando limitaciones tan solo en las normas generales.

Retomando el concepto material de Estado de derecho, el principio de legalidad implica una doble proyección: tanto para gobernantes como para gobernados. En cuanto a los primeros, en la medida en que los circunscribe para el ejercicio de sus funciones y la totalidad de sus actuaciones a un régimen de derecho que debe ser entendido en sus vertientes formal y teleológica: la primera en cuanto respeto a la norma en estricto sentido, y la segunda en cuanto que el cumplimiento de la norma

implica el ejercicio de la función administrativa para la consolidación de los propósitos y finalidades que motivaron la institucionalización del Estado, esto es, la proyección de valores y principios hacia los horizontes que consoliden y justifiquen la existencia del mismo: en últimas, satisfacer el interés general. , p.p. 365 y 366

5.- Sobre la concepción positivista del ordenamiento jurídico (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ , 2008) el valioso profesor García de Enterría hace una importante observación: (LAGIER, 2013)

Es un error de la teoría positivista del derecho reducirlo a simples normas e intentar concretar en ellas todos los caracteres del sistema jurídico. La filosofía estructuralista ha hecho visible que en casi toda creación humana la idea de un sistema estructural precede y da únicamente sentido a las series de actos o peticiones concretas. Así, en el derecho, indudablemente. Pero a la vez, ese sistema estructural no es prácticamente nunca reflexivo y abstracto, sino función del conjunto social y de sus experiencias reales, idea y hecho. Así el ordenamiento jurídico, que resulta vano intentar reducir a un conjunto racionalizado de preceptos abstractos; tales preceptos se funcionalizan necesariamente en un sistema social dado y en la organización, formal o informal, de que el mismo se dota.

Una aplicación de la teoría ordinal para el derecho administrativo habría de comenzar entonces por la precisión de que la administración es una organización, lo cual es evidentemente obvio, e, incluso más, una organización que se integra en otra más amplia, a la que llamamos Estado. (p.p. 43 y 44)

Después de leer la crítica de García de Enterría es pertinente recordar la reflexión de González Lagier (2013):

A menudo nos encontramos con conceptos que, aunque en un primer momento no parecen plantear dificultades, se vuelven sumamente borrosos

en cuanto tratamos de precisarlos. Con ellos ocurre como con las lejanas nebulosas que vemos en el firmamento: nos parece verlas con claridad al primer golpe de vista, pero en cuanto fijamos la mirada en ellas somos incapaces de contar las estrellas que las componen. Estos conceptos son desesperantes para los filósofos, pero también muy atractivos. Uno de ellos – desesperante y atractivo como el que más– es sin lugar a dudas el concepto de acción. (p. 19)

b.2) Exigibilidad institucional de los derechos y tutela judicial efectiva

Entendemos por exigibilidad institucional de los derechos *la facultad que tienen los titulares de los mismos y quienes a ellos se asimilan, de obligar a la institucionalidad pública y a quienes se reputan como tal, a instrumentar el cumplimiento efectivo de sus derechos en función de la aptitud de éstos para el efecto, de tal manera que en ningún caso quede frustrada la ejecución de dichos derechos, y por ende el disfrute de sus ventajas ante la actitud de quienes se oponen ilegítimamente a la materialización de los mismos.*

Asóciase a este concepto que en el caso ecuatoriano la Constitución ordena en el artículo 11 numeral 9 que “ El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”

Ahora bien, es claro que entre el ordenamiento jurídico y la aplicación de los derechos suele haber un elemento intermedio que son los jueces, pues cuando aquéllos no son cumplidos voluntariamente los titulares de los mismos pueden acudir al sistema de justicia para que éste los haga efectivos, como ya lo hemos mencionado. Cuando *ello ocurre se ejerce el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.*¹¹ En definitiva, es frecuente que el cumplimiento de los derechos dependa de la decisión de los jueces, de la administración de justicia como servicio público. Y repetidamente también de la administración pública, que igualmente presta un servicio de la misma naturaleza, pues atiende necesidades

¹¹ Que en el Ecuador está legislado en el artículo 75 de la Constitución, disposición que ya revisamos en páginas anteriores.

públicas. Por cierto, el derecho a la tutela judicial efectiva, al igual que el derecho al debido proceso, comprende a la administración pública.

La aplicación de la *exigibilidad institucional de los derechos* presupone en términos lógicos una actuación regular, no variable por parte de quienes tienen el rol de hacer cumplir esos derechos. En otras palabras, descarta conceptualmente el incumplimiento del régimen jurídico aplicable y el carácter inconstante del entendimiento o interpretación de ese régimen. La definición respectiva por parte de la administración pública como de la administración de justicia debe poder preverse con anticipación en función del respeto al ordenamiento jurídico y de la claridad de entendimiento que necesariamente deben tener los operadores jurídicos de la institucionalidad pública y de quienes a ésta se asimilan. No sólo las normas deben ser claras sino también su entendimiento y su aplicación. Son elementos inseparables en el deber ser de la seguridad jurídica.

En el mundo judicial la predecibilidad de las decisiones puede tener tropiezos dependiendo de la complejidad del problema jurídico a resolver. El administrado, el titular de derechos busca certeza institucional y le es irrelevante la complejidad o no de las cuestiones jurídicas del caso concreto. En cualquier caso, sea que se esté ante un problema pequeño o de gran dimensión desde el punto de vista jurídico, será fundamental contar con los tres elementos ya indicados: normas, entendimiento y aplicación claras.

El juez puede no brindar certeza jurídica por diversas razones que no es del caso analizar. Pero cabe dejar sentado que una razón posible es la aplicación sobredimensionada del neoconstitucionalismo privilegiando en demasía los principios por sobre las reglas jurídicas, arrinconando la certeza de éstas y preponderando a ultranza y en forma general los principios. Nos provee el neoconstitucionalismo, es verdad, una nueva orientación sobre el Derecho y sus aptitudes, pero tal nóvel dimensión no es sinónimo de sustitución.

Francisco J. Laporta (2007) sostiene que el juez tiene tres deberes: 1. El deber de fallar. 2. El deber de aplicar el derecho. 3. El deber de motivar las sentencias.

Para representar la difícil situación a que se puede ver abocado un juez, Laporta subraya:

Esos tres deberes generales se exigen en la mayoría de los ordenamientos jurídicos desarrollados. El problema surge si, dando por supuesto que el juez va a cumplir siempre con el deber de fallar, es decir, que siempre va a tomar una decisión sobre el asunto que se le somete, caemos en la cuenta de que no es imposible que el segundo y el tercero de esos deberes no sean tan fáciles de cumplir simultáneamente en un caso determinado, y por tanto que uno de los dos, el deber de atenerse al sistema de fuentes o el deber de motivar el fallo, resulte en ese caso defraudado. Podría en efecto suceder que si el juez quisiera cumplir a toda costa con el deber de atenerse al sistema de fuentes y sólo al sistema de fuentes, no pudiera motivar el fallo en él, porque el sistema de fuentes no le ofrece pautas normativas suficientes para hacerlo, es decir, el derecho que trata de aplicar es indeterminado.

Y podría suceder también que si el juez se sintiera particularmente obligado a motivar su fallo tuviera que abandonar el sistema de fuentes y apelar a razones normativas extrañas a él, con lo que incumpliría con el deber anterior. En ambos casos nos veríamos abocados a afirmar que el juez *tiene* que crear derecho, es decir, tiene que inventar un derecho que no le proporciona el sistema de fuentes pero que le sirve para motivar su decisión.(p. 95)

El sistema de justicia en todo Estado tiene un ideal: brindar tutela real, verdadera o efectiva al administrado. Sin que ello descarte la protección de los derechos de la institucionalidad pública.

En nuestra obra “LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO INSTRUMENTO ESENCIAL DE LA DEMOCRACIA” (2005) conceptualizamos a la tutela referida como:

el estado o situación cierta de amparo jurídico y realización material del derecho o interés legítimo que, teniendo como antecedente, por regla general, una o más providencias judiciales, permite al titular del derecho o interés legítimo o a quien se encuentra en el ejercicio legítimo de los mismos, el disfrute de sus beneficios patrimoniales y/o extrapatrimoniales, o prepara el camino para su realización permanente (p. 58)

El ordenamiento jurídico es trascendente no sólo por representar la fuente legítima de actuación del poder público, los límites del ejercicio del poder, la confirmación de las libertades públicas, sino por la necesidad de su cumplimiento. Éste puede ser voluntario o forzoso. El ordenamiento jurídico se presume virtuoso. El Estado de Derecho en todas sus variantes *se realiza* cuando se cumple ese ordenamiento. Éste contiene, directa o indirectamente, facultades que están al servicio de los administrados, eje de la existencia estatal.

Hacer respetar los derechos es esencial para el Estado. Es su vida, su misión. De ello depende, mayoritariamente, su credibilidad y la confianza ciudadana en la institucionalidad pública. De ahí la importancia radical de los jueces. En gran medida de ellos depende la materialización del postulado antes citado: “ El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”

Con frecuencia, pues, el juez ocupa un papel estelar en la realización de los derechos. Insistimos en ello. Tanto así que, según relata Penagos (1994), el Presidente Roosevelt en su mensaje del 8 de diciembre de 1908 al Congreso de los Estados Unidos destacó:

Los principales legisladores en nuestro país pueden ser, y a menudo lo son, los jueces, porque ellos son el asiento último de la autoridad. Cada

vez que ellos interpretan contratos, derechos de propiedad, vested rights, el debido proceso legal, la libertad, necesariamente sancionan como derecho partes de un sistema de filosofía social; y en la medida en que la interpretación es fundamental, ellos dirigen la producción del derecho.

Las sentencias de los tribunales en cuestiones económicas y sociales dependen de su filosofía económica y social; y para el progreso pacífico de nuestro pueblo durante el siglo XX, vamos a deber casi todo a aquellos jueces que se atienen a una filosofía económica y social del siglo XX y no a una filosofía tiempo ha superada, la cual era, ella misma, el producto de condiciones económicas primitivas.

Tan importante es el rol de los jueces en el cumplimiento de los derechos y en la realización de la paz social, que Posner (2011, p. 31) en su obra “Cómo deciden los jueces” destaca que existen *nueve* teorías del comportamiento judicial: “la actitudinal, la estratégica, la sociológica, la psicológica, la económica, la organizacional, la pragmática, la fenomenológica y, por supuesto, la que he venido llamando teoría legalista.”

La Constitución ecuatoriana de 1830 consagró en la segunda parte del artículo 49 que “Los tribunales y juzgados fundarán siempre sus sentencias.” (TRABUCCO, 1975, p. 42). Esto denota la importancia histórica de la Función Judicial como elemento vital para la realización institucional de los derechos, y por supuesto la trascendencia de la motivación jurídica. Esta obligación se confirmó en la Constitución de 1835, en el artículo 80. (TRABUCCO, 1975, p. 64).

b.3) Garantía del ordenamiento jurídico y derechos humanos

En el trabajo titulado “GARANTÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DERECHOS HUMANOS”, presentado por nosotros en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil en el año 2013 desarrollamos la vinculación entre los derechos humanos y el ordenamiento

jurídico y nos ocupamos en general de estudiar éste instituto. Por la buena concepción que creemos tiene el documento lo vamos a reproducir a continuación:

Nuestro concepto de derecho humano

Derecho humano o fundamental es el atributo que le da a las personas la capacidad para proteger los bienes jurídicos de que es titular – ya por dignidad, ya por conquista institucional – frente a otros titulares de derechos o intereses, como ante el Estado; de tal manera que los bienes jurídicos tutelados queden sin excepción indemnes. Entendiéndose que la tutela propia de todo derecho habilita su materialización plena fundamentalmente ante la administración pública y la administración de justicia.

a) Desarrollo

Es claro que el Derecho no es sólo suma de normas y principios jurídicos. Obedece a una estructura que necesita internamente armonía, conexión, coherencia; el Derecho exige un referente en relación al cual debe ordenarse, al que necesita tributarle especial sujeción, pues de no hacerlo la norma rebelde pierde eficacia jurídica. Ese referente es la Constitución de la República, dotada de supremacía o prevalencia en relación a todo el conjunto del sistema jurídico. El Derecho se encausa por el camino de las luces que le da la supremacía. La Constitución guía y la legislación secundaria es fiel a esa guía.

El Derecho vive gracias al impulso que recibe de la estructura jurídica del Estado. El Derecho se asienta en esta estructura y se manifiesta en ella. Cada país tiene su propia estructura normativa cuyo contenido de fondo puede honrar a los administrados o, eventualmente, subestimarlos, empequeñecerlos, degradarlos a través de un tratamiento inarmónico con el rol del hombre y de la mujer en la sociedad.

Puede decirse que el ordenamiento jurídico del Estado honra a los ciudadanos o administrados cuando, partiendo de su trascendencia existencial, los

convierte en el eje de los derechos, en el artífice de ese ordenamiento, en el centro y razón de las instituciones que regula el Estado. En otras palabras, el carácter virtuoso de las normas que rigen la convivencia social depende de cuánto favorecen a los administrados y cuán racional es esa inclinación. Esto no significa que no deban existir obligaciones racionales a cargo del administrado. Sólo derechos es una aberración que termina por afectar al administrado, pues lo puede convertir en una persona cómoda, irresponsable; en un holgazán. No todo debe ser, pues, derechos en un Estado, cualquiera sea su categoría; es importante la existencia de obligaciones racionales y, por lo mismo, cumplibles. El privilegio hacia el ciudadano es correcto; y la estrictez en la exigencia de sus obligaciones es también positiva. El ordenamiento jurídico del Estado, constituido sobre la base de principios, reglas y valores, siendo edificado con el propósito de satisfacer las necesidades materiales y espirituales de los administrados, no debe descuidar la imposición de deberes al mismo, pues tal exigencia contribuye a asentar su sentido de responsabilidad. Una demostración de lo anotado es la exigencia de los deberes y responsabilidades ciudadanos consagrados en el artículo 83 de la Constitución, que determina, entre otros, los siguientes:

- a) “Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.” Numeral 1.
- b) “Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley”. Numeral 15.
- c) “Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir”. Numeral 7.

En definitiva el ordenamiento jurídico del Estado por su rol regulador de la vida en sociedad necesariamente debe ser positivo en relación con los gobernados. Debe dotarle de derechos y garantías que le permitan satisfacer sus necesidades básicas; debe poder proveerle, normativamente, de tranquilidad, de confianza; debe darle elementos que lo lleven a creer en el Estado. Esto último no se logra solamente con enunciados y normas jurídicas sino también con el cumplimiento efectivo de las prescripciones jurídicas...; derechos declarados pero no materializables, tutela jurídica incompleta en la realidad son la antítesis de los

factores que llevan a lograr y mantener la confianza en el rol del Estado. Éste es un pacificador de la vida social. Para hacerlo se vale del Derecho.

No hay tranquilidad social verdadera si no existe, al menos, cumplimiento de los derechos y de las normas jurídicas en general; bien entendido que esas normas son protectoras del individuo y de la sociedad, que están dotadas de un contenido de justicia, que son el resultado de una correcta valoración de los bienes jurídicos ciudadanos, y que en función de ello sus soluciones son equilibradas, equitativas, realmente cumplibles. El cumplimiento de la norma injusta, producto de una evidentemente equivocada valoración de los bienes jurídicos; de una norma torpe, es una suerte de castigo a los gobernados. El Derecho busca certidumbre y la certidumbre verdadera se logra con la norma virtuosa.

El buen contenido de la norma es efectivamente un factor positivo para su cumplimiento efectivo. Cumplir una norma por el solo hecho de su obligatoriedad es una carga pesada. Cumplirla convencido de su justicia es refrescante para el administrado y para el Estado. Por ello *la seguridad jurídica exige un contenido virtuoso o calificado de las normas jurídicas*. En el caso ecuatoriano este derecho, nacido en la Carta constitucional de agosto de 1998, exige *claridad* de las normas. Evidentemente este atributo es incompleto, pues le hace falta la complementación imprescindible de la virtuosidad de la norma exigible. La norma pudo hablar de la justicia de las normas de Derecho, de la coherencia con los bienes jurídicos que protege, del carácter efectivamente tutor de los bienes jurídicos, etc, pues la norma incorrecta, la norma injusta, incoherente puede ser clara, muy diáfana en su error.

Ciertamente que la calificación de la norma como *justa* no es sinónimo de corrección en la valoración de los bienes jurídicos que protege, pues la justicia es un elemento relativo; depende a su vez de una valoración. La norma es justa o injusta ante los ojos de su autor, y también lo es ante su aplicador: el juez, el administrador público, el ciudadano con capacidad para hacerla cumplir respecto de terceros.

El ordenamiento jurídico del Estado es y debe ser respetado por su rol protector de los bienes jurídicos ciudadanos, y, por lo mismo, de los derechos de ellos. El ordenamiento jurídico es un referente para la ciudadanía toda porque a través de su cumplimiento se logra la justicia y la paz como destinos necesarios del Derecho y del Estado. Y es efectivamente el camino para alcanzar tales justicia y paz por el carácter correcto de su contenido. La regulación acertada por parte del Estado es premisa necesaria de la vida en sociedad, del Estado de Derecho, del Estado constitucional de derechos y justicia. Es la base de su exigibilidad real. Lo correcto o lo incorrecto de la norma jurídica puede marcar la diferencia entre su cumplimiento efectivo o su evasión.

Desde el punto de vista constitucional el carácter acertado de la valoración hecha por el legislador es un verdadero dogma. El error en el dimensionamiento de los bienes jurídicos del individuo y de la sociedad conduce a una supremacía constitucional cualitativamente reprochable, y por lo mismo a generar graves problemas de incumplimiento. El yerro constitucional es democráticamente condenable, pues lleva: **a)** a que por la vigencia y exigibilidad del principio de la supremacía toda la legislación secundaria se deba adecuar al error; **b)** a que la legislación anterior devenga en inconstitucional por ser incompatible con el desacierto referido; **c)** a que los actos jurídicos contrarios al error constitucional sean ineficaces por no ajustarse al mismo.

En definitiva, el error constitucional en la valoración de los bienes jurídicos tiene sabor a barbarie; puede convertirse, en casos extremos, en una especie de exigencia jurídica del caos, lo cual es contrario a la naturaleza del ser humano, al deber ser de la vida en sociedad, a la tutela que el administrado busca y debe encontrar efectivamente en el Estado como sociedad política y jurídicamente organizada. Y con facilidad puede convertirse en cuna de la *desobediencia civil*.

De lo desarrollado hasta ahora queda claro, entre otros, que el ordenamiento jurídico del Estado es y debe ser virtuoso en relación con los bienes jurídicos que protege; que en el caso de la Constitución de la República el error en

la valoración de esos bienes puede ser caótico por el rol del principio de la supremacía constitucional, que la seguridad jurídica exige normas calificadas en su contenido y no solamente claras, pues puede haber claridad en la barbaridad; que el rol pacificador del Estado se da no sólo por la existencia de normas sino por su cumplimiento efectivo, bien entendido que tal papel depende de la virtuosidad del contenido de fondo del ordenamiento jurídico; que el administrado debe estar dotado no solamente de derechos sino también de obligaciones exigibles racionales. La ausencia de obligaciones termina afectando al administrado. Como se sabe, la razonabilidad - que es principio también propio de la administración pública - es un pilar de toda norma de Derecho.

Un ejemplo de una obligación no razonable, irracional, es aquella que exige del administrado el pago de un impuesto a la renta tan alto que le priva de su capacidad de manutención de su familia y que por su tarifa tiene las características de confiscatorio. La confiscación es la antítesis de la protección del derecho constitucional a la propiedad privada y de la satisfacción de las necesidades materiales del ser humano y de su familia. La Constitución del Ecuador prohíbe expresamente la confiscación.

b) Virtuosidad constitucional y exigencia de adecuación de la legislación secundaria

Desde el punto de vista constitucional la presunción de virtuosidad del contenido de la Ley suprema es tan clara que ésta exige la *adecuación* de la legislación secundaria a la normativa suprema por el efecto de *irradiación* que debe tener la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico del Estado. En el caso ecuatoriano hay, pues, norma expresa: el artículo 84, que determina:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún

caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Nótese que *específicamente* la obligación de adecuar la legislación secundaria está referida a los *derechos* previstos en la Constitución y otras categorías normativas. Por ende, trátase de una exigencia realmente amplia, como amplios son los derechos y *calificados* los contenidos de los mismos según la Constitución. Así, la Asamblea y todo órgano con potestad normativa debe ajustar la respectiva normatividad al *carácter plenamente justiciable de los derechos*, tal cual define el artículo 11 numeral 3 párrafo tercero de la ley suprema. Esto implica *variaciones positivas de procedimiento y de efectos jurídicos* respecto de las reclamaciones administrativas y de las acciones judiciales, consagrando o mejorando, por ejemplo, los requisitos para la efectiva suspensión de los efectos de los actos administrativos.

O desarrollando el contenido cualitativo del derecho a la seguridad jurídica porque el artículo 11 numeral 8 consagra que *“El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas...”*¹² Como observamos hace un momento la Constitución de la República sólo se refiere a la *claridad* de las normas cuando trata del derecho a la seguridad jurídica en el artículo 82. Hacemos énfasis en que la seguridad jurídica desde el punto de vista de su contenido va mucho más allá. Exige racionalidad, coherencia con principios, etc. En nuestra obra: “SEGURIDAD JURÍDICA Análisis, Doctrina y jurisprudencia” (2004) editada algunos años antes de la Constitución vigente, publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008, incluimos el elemento *racionalidad* cuando conceptualizamos a la seguridad jurídica:

En términos más descriptivos, la seguridad jurídica es la garantía que tiene todo sujeto de Derecho de que el ordenamiento jurídico del Estado o reconocido por éste con eficacia jurídica, tiene vigencia plena en lo

¹² Las cursivas son mías.

formal, *soluciones racionales* orientadas a cumplir con los fines esenciales del Estado, en cuanto a su contenido, y aplicación efectiva en lo material, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental; y de que en caso de violación a dicho ordenamiento, la institucionalidad pública, fundamentalmente, funciona de manera oportuna y eficaz, para que en todos los casos el sujeto de Derecho quede libre de todo perjuicio o se le repare o compense el sufrido sin justificación jurídica. (p. 93)

Es lo positivo del contenido de los derechos previstos en la Constitución, en función de los bienes jurídicos que protege, una de las razones fundamentales por las cuales la Constitución determina la exigibilidad de la referida *adecuación*.

El legislador y todo órgano con potestad normativa debe ajustar la normativa que expide, por ejemplo, con el *derecho a la tutela judicial efectiva*, teniendo presente que tal derecho se aplica también en el ámbito administrativo. En tal sentido puede y debe enriquecer su contenido como las facilidades para su efectiva materialización. *En fin, la exigencia constitucional tiene un amplio ámbito y un valioso contenido. ¿Todo en función de qué? De los derechos humanos y de los bienes jurídicos que tutelan los mismos. En otras palabras, la adecuación varias veces referida está concebida y proyectada esencialmente en función de la trascendencia e impacto de los derechos humanos, y por supuesto de la dignidad humana.*

Recuérdese que el artículo 11 numeral 9 de la Ley suprema consagra que “*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución*”¹³. En gran medida el contenido del reproducido artículo 84 que ordena la adecuación es una expresión del fundamental rol estatal recién reproducido. Por ser el más alto deber del Estado el indicado respeto, la Constitución realiza desarrollos muy valiosos como el de garantizar una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Art. 66 numeral 3 letra b).

¹³ Las cursivas son mías.

c) El alcance de la garantía del ordenamiento jurídico

El artículo 3 de la Constitución establece como uno de los *deberes primordiales del Estado* garantizar el ordenamiento jurídico.¹⁴ La explicación y la importancia de semejante definición son claras. En efecto, a través del ordenamiento jurídico se consagran o se reconocen los derechos de los integrantes de la sociedad, se regula la organización y funcionamiento de la institucionalidad pública, se norman las relaciones entre particulares, entre éstos y el Estado; se define el contenido patrimonial y extrapatrimonial de las relaciones de familia, etc. La protección de los derechos implica la tutela de los bienes jurídicos que justifican la existencia de tales derechos. Es decir, el ordenamiento jurídico determina la protección indicada, la intensidad de la misma, la forma de materializarla, los efectos del quebranto de dicha protección, etc. En definitiva, consagra los derechos y el camino para hacerlos efectivos. Y de otro lado el ordenamiento jurídico es la fiel expresión de la regulación de la vida del hombre en sociedad.

El presupuesto de todo ordenamiento jurídico es el carácter justo, virtuoso, correcto, racional, equilibrado del mismo. Si en un momento dado hay inconsecuencia en el contenido de parte de ese ordenamiento con relación a otra parte de él, es el mismo ordenamiento el que fija las normas para la solución de la inconsecuencia o contradicción: *la norma especial prevalece sobre la general; la norma posterior prima sobre la anterior; la norma superior se impone a la inferior.*

Los derechos se instituyen o se reconocen en el ordenamiento jurídico, y éste regula su realización. Cuando los derechos no se realizan voluntariamente, entonces entra en juego la posibilidad de la *realización judicial* de los mismos a través del llamado derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos.

¹⁴ Numeral 4.

El presupuesto referido es lo que justifica en gran medida una *garantía* tan importante como indudablemente es la *del ordenamiento jurídico*. Se entiende que el ordenamiento jurídico es correcto y tutivo de los derechos. Sería absurda una presunción contraria por ser incoherente con el rol protector del Estado. En el caso del Ecuador existe el dogma constitucional de que “ El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. La Constitución es la expresión más significativa del ordenamiento jurídico por el carácter supremo y por ende prevalente de la misma sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Implícitamente en la *garantía del ordenamiento jurídico* como deber primordial del Estado está comprendido el carácter correcto o idóneo del mismo en función del respectivo bien jurídico. Entiéndase por correcto lo *idóneo* para tutelar el correspondiente bien jurídico. Además, la *garantía del ordenamiento jurídico* comprende el *cumplimiento efectivo del mismo*. No es lógico ni racional en un Estado constitucional de derechos y de justicia que la *garantía del ordenamiento jurídico* se circunscriba a su existencia jurídica y no a su vigencia y su efectiva materialización. Recuérdese que la jurisprudencia constitucional del Ecuador a través de la Corte Constitucional para el periodo de Transición ha sido muy insistente en cuanto al rol del principio de *justicia material* en el Estado constitucional de derechos y justicia; así como también ha reiterado que tal Estado se caracteriza por ser axiológico, dotado de valores, y en el cual la jurisprudencia constitucional tiene importancia primaria como fuente del Derecho.

En definitiva, el alcance de la garantía del ordenamiento jurídico comprende el carácter correcto o idóneo de las soluciones jurídicas que desarrollan las normas respectivas, como también su cumplimiento efectivo. Si éste no se cumple voluntariamente se puede realizar judicialmente a través del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 75 de la Constitución en los siguientes términos:

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con

sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Tan coherente es el cumplimiento *efectivo* en el derecho a la tutela judicial *efectiva*, que la Constitución de la República habla de sanción por el incumplimiento de las resoluciones judiciales, pues a través de éstas se realizan judicialmente. Coherente con ello el artículo 86 establece entre las disposiciones comunes que rigen a las garantías jurisdiccionales, el que “*Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución*”¹⁵

c) Policía administrativa, poder de policía e interés general

Al conceptualizar el ordenamiento jurídico afirmamos:

Entendemos por ordenamiento jurídico *la estructura jurídica vinculante, organizada jerárquicamente, de contenido sustancialmente coherente, sometida a la supremacía constitucional, a los valores democráticos; a principios rectores, a la moral y a la prevalencia de los derechos humanos, fundamentalmente, que regula la vida del Estado y limita su accionar, y que reconoce, instituye, delimita - y por excepción limita en razón del interés general - los derechos y garantías de las personas y de quienes a ellas se asimilan, en orden a la realización de la justicia, la seguridad y la paz individual y colectiva, y que en función de asegurar el cumplimiento efectivo de tales derechos y garantías castiga el quebrantamiento de los mismos.*

Si leemos atentamente el contenido de nuestro aserto nos daremos cuenta que preveemos que los derechos pueden, por excepción, ser limitados. Las instituciones suelen no ser absolutas. Y los derechos también. El desempeño de los seres humanos en sociedad está sujeto a muchas circunstancias, entre ellas a la realización de los derechos. Es posible que la mejor convivencia social y/o el

¹⁵ Las cursivas son mías.

interés mismo de los administrados los conduzca a ceder o renunciar ciertas ventajas o derechos. La más armoniosa relación con otros sujetos de derechos puede justificar el desprendimiento. Si pensamos en las relaciones familiares y específicamente en la relación de padres e hijos es claro que los primeros renuncian o ceden con regularidad facilidades a favor de los segundos. Esa es la vida. Lo más importante en este singular vínculo es la felicidad de los hijos, según el típico pensamiento de los progenitores. El derecho pierde importancia. Lo trascendente es la felicidad que se logra.

Las limitaciones que nos interesa tratar no son las voluntarias sino las necesarias. Es decir, las que son *impuestas*. Ora por el ordenamiento jurídico, ora por las autoridades públicas sustentadas en dicho ordenamiento, *por razones de interés general*.

Como hemos anotado, el ordenamiento jurídico regula tanto el interés general como el particular. En la normatividad del primero se pueden comprender *prerrogativas estatales* que pueden incluir limitaciones al ejercicio de los derechos de los administrados. A ese poder limitador parte de la doctrina con frecuencia lo ha denominado “poder de policía”. Este “poder” no está exento de críticas desde el punto de vista de su denominación y contenido.

En todo caso el poder de limitar los derechos es una prerrogativa estatal. Para nosotros la prerrogativa estatal es *la expresión institucional y objetiva del Estado por medio de la cual, por razones de interés general o ciudadano, instrumenta ventajas institucionales que posicionan al Estado y a su institucionalidad, o a quien a ella se asimila, en una situación prevalente respecto de la situación jurídica de los administrados, o de quienes a ellos se asimilan, siendo necesario para dicha expresión institucional el respaldo del ordenamiento jurídico*.

En nuestro ya citado libro sobre la tutela judicial efectiva (2005) desarrollado en el marco de la Constitución Política publicada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998 y de la Ley Orgánica de Régimen

Municipal, observamos sobre las prerrogativas estatales¹⁶ entre otros, lo siguiente:¹⁷.

Al no existir fronteras ni parámetros que permitan definir los límites de las prerrogativas estatales, es claro que habrá situaciones en las legislaciones que pueden ser muy críticas por lo marcado de la desigualdad entre el Estado y sus instituciones y los administrados. El famoso principio de que el derecho del uno termina donde comienza el derecho del otro, pareciera, por las prerrogativas estatales, que no rige cuando ese otro es el Estado o una institución de él.

Es nuestro criterio que si la tutela judicial debe ser efectiva entre los particulares, no hay razón de fondo para que esa tutela judicial se quiebre cuando la otra parte de la relación es el Estado o una de sus instituciones. Aceptar la quiebra sería un doble discurso ante un derecho-garantía constitucional. Es verdad que las prerrogativas estatales son una necesidad, pero no deben llegar hasta el punto de quebrar un derecho-garantía constitucional que al menos en el Ecuador es expresión legislativa del debido proceso. Las prerrogativas son lo que son, valen lo que valen, esencialmente por el interés general que explica y justifica el accionar público estatal.

La prerrogativa estatal no está concebida para quebrar el derecho ajeno. Se puede valer, limitada y parcialmente, del derecho ajeno para beneficiar el interés general. Unas veces la prerrogativa tiene expresiones de exigencia gratuita, y otras no. Ejemplo del primer caso son varias de las limitaciones administrativas al ejercicio del derecho de propiedad en materia predial, limitaciones que no son indemnizables. Tal el caso de las servidumbres para el paso de acueductos. Otro caso es el previsto en el Art. 64, numeral 34 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que exige que en toda

¹⁶ Páginas 50 y 51.

¹⁷ Estas observaciones siguen siendo válidas pues se refieren a instituciones y prerrogativas que se mantienen vigentes conceptualmente en la Constitución actual y en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, publicado en el suplemento del Registro Oficial No 303 del 19 de octubre de 2010.

urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento que le corresponda autorizar en las zonas urbanas y de expansión urbana, se destine un porcentaje para zonas verdes y áreas comunales, que no excederá del veinte por ciento del área útil de la superficie total del terreno.

Otro ejemplo de una prerrogativa estatal pero que no exige gratuidad es el caso de la potestad expropiatoria reconocida en los artículos 32 y 33 de la Constitución Política.

La prerrogativa estatal nunca podría justificar la indefensión en ningún estado o grado del respectivo procedimiento (...) (p.p. 50 y 51)

Ahora bien, es claro que el interés general prevalece sobre el interés particular. En el caso del Ecuador tenemos disposición específica:

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:
(...)

7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.

Pero este enunciado hay que mirarlo con cuidado pues puede conducir a una desubicación grave por parte del Estado y su institucionalidad. En efecto, el contenido es tan amplio que pudiera dar lugar a que se piense que en aplicación del mismo los derechos de los administrados tienen mínima importancia y ceden en función del mayor derecho del Estado para hacer realidad tal prevalencia. Eso es un craso error.

No se necesita de un despliegue argumentativo para justificar la racionalidad del enunciado, pero es imprescindible precisar que el interés general no es sino el interés de los administrados desde el punto de vista general o institucional. Es decir, es el mismo interés particular pero visto globalmente, no individualmente. Recuérdese que el Estado es la sociedad política y jurídicamente

organizada, según su concepción más reconocida. Corresponde al Estado hacer realidad la tutela del interés de todos. Sin duda alguna el enunciado de la prevalencia del interés general sobre el interés particular es el núcleo de toda política pública. El Dr. Jorge Zavala Egas, eminente administrativista, en sus clases de Derecho Administrativo a nivel de maestría destaca que el interés general prevalece sobre el interés particular, *pero no sobre el derecho de los particulares*.

Santofimio Gamboa (2007) nos dice sobre la prevalencia del interés general, entre otros:

Como consecuencia directa del carácter material del concepto del Estado de derecho, y en estrecha relación con la que hemos denominado en el acápite anterior “legalidad finalística”, encontramos como presupuesto básico y determinante del ejercicio de la función administrativa el llamado principio de la prevalencia del interés general. En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual; el cual no desaparece sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que éste sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema.

En esta perspectiva el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y debe acudir necesariamente, para su concreción, a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado. Sobre este

aspecto señala precisamente PAREJO ALFONSO la dificultad tanto histórica como actual para poder precisar el contenido de la noción: “se trata [...] de un concepto indeterminado, pero cuya indeterminación es variable en función del estadio de aquel proceso de integración del ordenamiento: mientras que el legislador cuenta con una gran libertad, en cuanto opera directamente a partir de la Constitución, el poder ejecutivo, y en particular la administración pública, intervienen ya – como regla general – sobre la base de la concreción legislativa del interés general; claro está que en derecho colombiano, por las mismas características que estudiábamos del principio de la legalidad, le corresponde eventualmente a la administración calificar ese interés general, pues son muchas las eventualidades en que actúa directamente en desarrollo del texto constitucional sin necesidad de la intermediación del legislador. (p.p. 368 y 369)

Blanquer (2010) al tratar sobre la relevancia capital del interés general en el Derecho Administrativo y su dimensión constitucional, destaca:

Aunque el criterio del interés general no basta para definir al Derecho Administrativo, sirve en cambio para calificar el carácter administrativo de las actividades que se encaminan a su satisfacción; el interés general es un factor de aplicación del Derecho Administrativo, ya que toda actividad que persigue la satisfacción del interés general tiene una vocación natural a someterse al Derecho Público. Dando un paso más lejos, cabe pensar que lo que justifica la intervención administrativa es la presencia de intereses generales y colectivos, por lo que la Administración debería abstenerse de hacerlo cuando de lo que se trata es de intereses particulares.

En definitiva, el criterio finalista del interés general no basta por sí solo para describir de forma completa y agotadora todo el Derecho Administrativo, pero tiene una incuestionable dimensión constitucional. Además de la genérica “función legitimadora” de la actividad de las Administraciones Públicas a la que ya he hecho alusión y que se refleja en

el artículo 103.1 de la Constitución, el interés general tiene otras funciones jurídicamente relevantes: (i) fuerza la objetividad de la actuación administrativa; (ii) sirve como criterio de distribución del poder territorial entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales; (iii) es un límite de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos; (iv) es un límite de la propia actuación de las Administraciones Públicas; y, (v) sirve para defender los intereses patrimoniales o económicos de la Hacienda Pública.

Sobre la racionalidad de las decisiones administrativas y de las políticas públicas que se desarrollen sustentadas en el interés general es cuestión sujeta a control jurídico, pues si bien el interés general es un concepto jurídico indeterminado la instrumentación del mismo a través de los pertinentes actos jurídicos no escapa al filtro de la juridicidad. Se puede abusar en la instrumentación del concepto, en el alcance que se dé al mismo. Se puede, por ejemplo, sobredimensionar el contenido de una política pública, y en ese sobredimensionamiento limitar el contenido esencial de un derecho, inutilizándolo, a título de hacer prevalecer el interés general por sobre el interés particular.

Sobre el control judicial de la identificación del interés general Blanquer (2010) subraya:

La identificación y concreción del interés público es una labor que en un Estado social y democrático de Derecho queda sometida a control jurídico. Así sucede tanto cuando es el legislador quien “identifica” al interés general, como cuando es la Administración quien “especifica” el interés público previamente identificado. La Constitución no entrega al legislador un cheque en blanco para que determine como público cualquier interés.

Así por ejemplo, aunque el artículo 128 de la Constitución establece que toda la riqueza del país está subordinada al interés general, y pese a que ese precepto habilita al legislador para reservar al sector público recursos o

servicios esenciales, en el ejercicio de esa habilitación las Cortes Generales no pueden actuar arbitrariamente y calificar como servicio público una actividad que no atañe a los intereses públicos.

El control de la determinación del interés público por el legislador es ejercido por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1984, de 11 de junio (FJ4), dice que *“no cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado llamado a ser aplicado a las respectivas materias, puede ser controlada, frente a posibles abusos y “a posteriori” por este Tribunal”*.

El ejercicio de la potestad expropiatoria es un escenario propicio para verificar el control judicial de la interpretación administrativa del interés general y la utilidad pública. El primer hito del procedimiento general de ejercicio de la potestad expropiatoria es identificar el fin de utilidad pública o interés social que legitima la privación imperativa de los bienes o derechos del contenido económico o patrimonial (*“para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado”*, establece el artículo 9 de la LEF/1954). La declaración de utilidad pública va seguida del acto administrativo que identifica cuáles son los concretos bienes mediante los que se va a satisfacer el fin de utilidad pública o interés social, decisión que está sometida a control por la jurisdicción contencioso-administrativa. (p.p. 23 y 24)

El interés general, como decimos en nuestras clases de Derecho Administrativo, es el motor del Derecho Público y de la acción del Estado. Pero ello no es incompatible con la racionalidad de la estructuración de su contenido y de su control. La legislación no suele definir en qué consiste el interés general.

El mismo Blanquer (2010) destaca sobre el interés general y los derechos y libertades de los ciudadanos:

el interés general es un límite de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos. Así se infiere con claridad del artículo 33.2 de la Constitución, que limita el derecho de propiedad al contemplar la expropiación forzosa “*por causa justificada de utilidad pública o interés social*”. La propiedad inmobiliaria se limita también en el artículo 47 CE, ya que la utilización del suelo debe hacerse “*de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”.

Ahora bien, según resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *la existencia de intereses públicos no siempre se impone de forma ilimitada a los derechos fundamentales y libertades públicas. La simple invocación de un interés general no comporta su primacía automática, pues los derechos subjetivos de los ciudadanos no sólo representan los intereses individuales de su titular, sino que también representan valores generales y objetivos que protege nuestro ordenamiento jurídico.* (p. 139)

De lo expuesto hasta ahora en este subtítulo queda claro, entre otros, que el ordenamiento jurídico regula tanto el interés general como el particular; que los derechos pueden ser limitados; que ese poder de limitar implica una prerrogativa estatal; que para imponer tal limitación es imprescindible el ordenamiento jurídico; que la razón para la existencia y ejercicio de ese poder es el interés general; que éste no es sino el interés de los particulares pero desde una perspectiva global, general, institucional, no individual.

A ese poder limitador se lo suele llamar, como hemos afirmado antes, *poder de policía*. Semejante prerrogativa, es claro, debe tener parámetros, límites, restricciones racionales; es decir, debe haber limitación al poder de limitar los derechos. La racionalidad de esta limitación es concluyente. Parte de la doctrina jurídica afirma con frecuencia que el límite para limitar los derechos es su *contenido esencial*. Bernal Pulido (2007, p. 680) prefiere hablar de intervención sujeta a las exigencias del principio de proporcionalidad.

Santofimio Gamboa (2007) desarrolla sobre la actividad de policía administrativa, entre otros:

Aproximándonos a un concepto moderno de actividad administrativa de policía podemos indicar que dentro de esta se recogen el conjunto de medidas coactivas utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garanticen el interés general. De aquí que la doctrina señale como fenómenos típicos de esta actividad los de limitación de derechos y libertades, ejercicio de la fuerza y la coacción, todas ellas justificadas bajo el principio de legalidad dentro de un Estado social de derecho y con el único propósito de ofrecer soluciones efectivas a la comunidad.

Algunos sectores doctrinales prefieren denominar a la actividad de policía como actividad administrativa de limitación, precisamente porque dentro del moderno Estado social de derecho constituye la característica primordial de la actividad para propósitos sociales, llegándose incluso a destacar como sus principales formas de manifestación las siguientes: sacrificio de situaciones de mero interés; limitaciones administrativas de derechos; expropiaciones, transferencias coactivas no expropiatorias, comisos, prestaciones forzosas; imposición de deberes u órdenes; delimitación administrativa de derechos privados, eliminación de titularidades privadas, nacionalizaciones, extinción del dominio, medidas de orden público, limitaciones sanitarias, restricciones por razones ambientales, configuración por la administración del contenido de los derechos privados, etc.” (p.p. 40 y 41)

Ahora bien, dentro de las enunciaciones que expone Santofimio Gamboa (2007) es relevante destacar el caso de *la configuración por la administración del contenido de los derechos privados*. Este tema se relaciona en forma directa con el contenido esencial de los derechos, eje de este trabajo, pues en esa configuración la administración no puede válidamente sacrificar el contenido esencial del respectivo derecho. A título de delimitación, de configuración ni de limitación

puede lograrlo válidamente. Si el derecho es instituido o creado por la administración pública, entonces ella puede darle contenido o delimitarlo, en cuyo caso no puede hablarse de afectación al contenido esencial del derecho. Pues es ella la que dibuja su contenido o materialidad por haberlo creado. Pero si el derecho es definido en su contenido constitucionalmente, en tratado internacional, en ley, la administración pública no puede, válidamente, delimitarlo afectando su núcleo o contenido esencial.

Madgalena Molina (2011) en su obra “El poder de policía ambiental: una manifestación del principio de prevención” expone:

Conceptualmente, “policía” y “poder de policía” son consideradas dos nociones diferentes, siendo apreciados de manera muy diversa por los operadores del derecho. En el transcurso del tiempo, la noción “policía” fue empleada de distintas maneras y con distintos alcances, lo cual indefectiblemente evolucionó conjuntamente con las ideas imperantes en cada época.

“Policía” deriva de la palabra “política”. En griego, *“politeia”* significaba “Gobierno” o “administración de la ciudad”. La policía griega se refería a todas las formas diferentes de Gobierno. Siendo, en un principio, un concepto de muy amplio contenido - pues era equivalente a la actividad total del Estado -, más tarde se fue limitando a la actividad total de la Administración pública, para luego referirse sólo a una parte de ella. Su origen se remonta a principios de siglo XV, en Francia, refiriéndose a ella unas ordenanzas reales del año 1415 que hablaban de la prosperidad pública. La expresión se trasladará a Alemania a fines de dicho siglo.

La expresión “poder de policía” por el contrario, es una creación ciertamente moderna, traducción de un concepto elaborado por los tribunales americanos, a medida que se suscitaban casos jurisprudenciales en los que se debatían presuntas violaciones a las facultades del Gobierno

Federal, de los Estados particulares o de los derechos y garantías individuales.

Para un sector de la doctrina, la primera vez que se utilizó la expresión “*police power*” fue en el voto del JUEZ MARSHALL – Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica-, en la sentencia “*Brown vs. Maryland*”, del año 1827, para hacer referencia a la facultad legislativa de reglar el alcance de los derechos individuales. Sin lugar a dudas, la expresión goza de un definido origen jurisprudencial.

Tras la evolución del concepto en doctrina y jurisprudencia, aparecen dos criterios distintos acerca de lo que será considerado el “contenido” del poder de policía: el criterio restringido – o *narrow* – que impera en Europa – especialmente en Francia e Italia -, y el criterio amplio – o *broad and plenary* -, que rige en los Estados Unidos y también en nuestro país.

De acuerdo con el primero el “poder de policía” se limita solamente a aquellas medidas tendientes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas.

De acuerdo con el criterio amplio, el poder de policía también se extiende a la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y a su bienestar general. (p.p. 22 y 23)

La indicada autora provee algunos conceptos doctrinarios sobre poder de policía¹⁸ :

1.- “La acción del Estado tendiente a limitar por coacción, dentro de la sociedad organizada jurídicamente, la actividad individual – que si fuera omnímoda, llegaría a atentar contra los intereses y vida de aquel, de la colectividad y del individuo mismo - ; esa acción reguladora constituye la exteriorización del poder cuyo estudio me he propuesto”.

¹⁸ Páginas 24, 25 de la obra citada.

2.- La “policía de un Estado comprende su total sistema de regulación interior, por el cual el Estado busca no sólo preservar el orden público y prevenir ofensas contra el Estado, sino también establecer para la vida de relación de los ciudadanos aquellas reglas de “buenas maneras” y de buena vecindad que se suponen suficientes para prevenir un conflicto de derechos y para asegurar a cada uno el goce ininterrumpido de lo suyo propio, hasta donde es razonablemente compatible con el igual goce de los derechos de los demás”.

3.- “Poder de policía” es una potestad atribuida al órgano legislativo para que reglamente el ejercicio de los derechos constitucionales de los habitantes.”

4.- “Aquel ejercido por el Congreso de la Nación, por medio del dictado de leyes en sentido formal o, excepcionalmente, por el Poder Ejecutivo por vía de reglamentos con rango de ley – decretos de necesidad y urgencia, Artículo 99, inc. 3º , de la Constitución Nacional y reglamentos delegados, Artículo 76 de la Constitución Nacional-, cuyo objeto es la adecuada tutela de ciertos bienes jurídicos calificados por posibilitar la vigencia de otros derechos o la realización del interés público, y para cuyo logro se restringen determinados derechos de los particulares, con fundamento en el Artículo 14 de la Constitución Nacional y respetando el límite que surge del Artículo 28 de ésta.”

5.- “El poder de policía es la facultad que emana del órgano legislativo, a fin de promover el bienestar general, pudiendo, de tal forma, restringir o limitar los derechos individuales contemplados en nuestra Constitución Nacional, siempre que ese bienestar general torne necesaria tal limitación.”

Molina (2011, p. 33) subraya que “La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires también receptó el instituto, al establecer que “ El jefe de Gobierno ejerce el poder de policía, incluso sobre los establecimientos de utilidad nacional que se encuentren en la Ciudad- Artículo 104,inc.11.”

El profesor español Eduardo García de Enterría (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ , 2008) se muestra crítico respecto de la llamada actividad de policía administrativa. Subraya, entre otros, lo siguiente:

Es curioso que ese uso de calificar como policía toda actividad administrativa de limitación de derechos, y en general de gravamen de los mismos, se haya mantenido vivo aún en España (probablemente mediante la tripartición de las formas de actividad administrativa que formuló JORDANA: policía, fomento y servicio público, que hace de cada una de ellas figuras abstractas) en exposiciones como las de GARRIDO (aunque ya BALLBÉ había distinguido certeramente entre policía e intervención) y se presente insólitamente de nuevo en algún sector de la doctrina francesa contemporánea (BENOIT, BOURJOL) como un criterio clasificatorio de la materia administrativa, en formulación paralela a la de JORDANA. Dada la multivocidad y cambio sucesivo de sentidos que ha tenido el término policía en el largo y complejo transcurso histórico, desde su origen al final de la Edad Media, no parece aconsejable convenir ahora un sentido nuevo para dicha expresión, ya suficientemente torturada (sentido, por lo demás, contrario al usual, incluso en las leyes), lo cual, por otra parte, se revela escasamente útil, apenas justificado como un simple término clasificatorio y no verdaderamente institucional. (p. 92)

d) Dos casos de ejercicio del poder de policía

1.- En el libro “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público” (UNIVERSIDAD AUSTRAL, 2008) se reseña un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina que parte del ejercicio del llamado poder de policía. A continuación tal reseña:

“2. LA CAUSA “FRIAR S.A.”

2.1. De la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la citada causa “Friar S.A.” surge que en el proceso que el frigorífico promovió contra el Estado Nacional y el SENASA, persiguió la

indemnización de los daños y perjuicios que se le habrían ocasionado por la prohibición de exportar carnes impuesta, como medida de policía sanitaria, ante la reaparición en el país de casos de fiebre aftosa.

A ese fin, el demandante objetó la decisión –previa– de adoptar y mantener el *status* de territorio libre de aftosa sin práctica de vacunación, y consideró que fue un gran error de oportunidad, pues el virus de la aftosa es aeróbico y con las inmensas fronteras que tiene la Argentina con países como Paraguay –donde la aftosa constituye un mal endémico– debieron arbitrarse las medidas de control adecuado para poder cumplirse con aquella declaración.

Fundó la responsabilidad en la omisión por parte del Estado Nacional y del SENASA en adoptar las medidas en materia de poder de policía sanitaria necesarias para evitar el resurgimiento de la aftosa en el país, el cierre de los mercados internacionales y los perjuicios patrimoniales que dichos acontecimientos habrían provocado.

A todo evento, afirmó que, aun en la hipótesis de que no se considerase configurada la falta de servicio, tenía igualmente derecho al resarcimiento del perjuicio por aplicación de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados por su actividad lícita.

2.2. En su sentencia del 26 de septiembre del 2006, el Tribunal Superior hizo lugar al recurso ordinario de apelación interpuesto por el Estado Nacional, dejó sin efecto la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia –que, al declarar desiertos los recursos deducidos por el Estado Nacional y por el SENASA, había dejado firme la sentencia que los había condenado a pagar US\$ 20.638.473,06 (dólares norteamericanos) o su equivalente en moneda local y \$ 3.193.22462 (pesos), en concepto de daños y perjuicios ocasionados por la prohibición de exportar carnes impuesta durante el desarrollo de la epidemia de fiebre aftosa, desde el segundo semestre del año 2000 hasta marzo de 2001–,

rechazó la demanda e impuso por su orden las costas de todas las instancias.

2.3. Conforme al voto de los Jueces Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti:

a) *Para considerar que el Estado Nacional o sus organismos son responsables por “falta de servicio”, no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama.*

b) *Las objeciones de la demandante a la decisión de adoptar y mantener el status de territorio libre de aftosa que no practica la vacunación y, en consecuencia, prohibir dicha práctica, no se dirigen a cuestionar la ilegitimidad de aquélla sino la “inoportunidad” de la medida.*

c) *No incumbe a los jueces cuestionar el acierto o desacierto y eficacia de las políticas instrumentadas por las autoridades administrativas en el marco de la delegación contenida en la Ley N° 24.305, ya que hacerlo implicaría sustituir el juicio de los magistrados por el de la autoridad instituida por el Congreso para decidir sobre dicha materia. (p.p. 52 y 53)*

2.- El Tribunal Constitucional de España en la sentencia STC 62/82 (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA , 2014), aprobada el 15 de octubre de 1982 hizo importantes conceptualizaciones sobre el poder de policía en relación con el contenido esencial de los derechos.

A) Para resolver la primera cuestión enunciada -la moral como posible límite de la libertad de expresión-, hay que partir del art. 20.4 de la Constitución que dice así: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos contenidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la

infancia».

De acuerdo con el precepto transcrito, en conexión con el 53.1 de la Constitución, la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador, o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión. Problema que puede resolverse fácilmente a partir del art. 10.2 de la Constitución, dado que tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública [art. 19.3 b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10 Convenio de Roma). El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art. 21 de la Constitución.

En relación con este punto el recurrente plantea la cuestión de que el Código Penal refleja un concepto de moral que es la propia de la religión católica, y afirma que la jurisprudencia que interpreta su art. 431 se refiere a esta particular moral con rechazo de toda concepción pluralista. Estamos, añade el actor, en una sociedad aconfesional y pluralista (arts. 16.3 y 1.1 de la Constitución) y por ello puede alegarse como vulnerado el art. 27.3 de la Constitución, en virtud del cual el libro «A Ver» se publica para aquéllos padres que deseen que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sin perjuicio de ulteriores precisiones, debe recordarse que, como ha declarado ya este Tribunal en reiteradas ocasiones, las normas preconstitucionales han de interpretarse de conformidad con la Constitución, por lo que cualquiera que fuera el concepto de moral que tomara en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, valores y derechos consagrados en la misma. Pero dicho lo anterior, es lo cierto, según hemos visto, que de acuerdo con la Constitución, y con la Declaración Universal, acuerdos y tratados ratificados por España, el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, como así lo ha hecho el legislador posconstitucional al regular en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, la libertad religiosa (art. 3.1), y señalar como límite de su ejercicio «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

B) Una vez resuelta la primera cuestión enunciada, surge el problema de determinar en qué medida y con qué alcance puede ser delimitada la libertad de expresión por la idea de moral pública. Problema éste de difícil solución si se tiene en cuenta además que la moral pública - como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimun ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución).

Planteada así la cuestión, para precisar tales garantías hemos de acudir al Convenio de Roma de 1950, dado el contenido del art. 10.2 de nuestra Constitución y la competencia reconocida por España a la Comisión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, las garantías a las que nos referimos se deducen de los arts. 10.2 y 18, del mencionado Convenio, el primero de los cuales se refiere específicamente a la libertad de expresión, y el segundo -con carácter general- a las restricciones de los derechos y libertades de que trata el propio Convenio. Tales preceptos dicen así:

Artículo 10.2 «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Artículo 18. Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicados más que con la finalidad para la cual han sido previstas».

La lectura de los preceptos transcritos evidencia que el Convenio de Roma prevé dos tipos de garantías para las restricciones a la libertad de expresión de que ahora se trata: En primer lugar, las medidas han de estar previstas en la Ley y tienen que ser «necesarias» en una sociedad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere el art. 10, y por otra parte la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas.”

A estas alturas del desarrollo de este trabajo ya conocemos, entre otros, que los derechos pueden ser limitados en razón del interés general. Que

ese poder limitador constituye una prerrogativa estatal y que debe tener límites racionales; que necesita del respaldo del ordenamiento jurídico; que la limitación de que pueden ser objeto los derechos, según parte de la doctrina, no puede afectar su contenido o núcleo esencial, es decir, aquella parte de su estructura que le permite cumplir su propósito de protección del respectivo bien jurídico. Sin esa parte el derecho deja de ser tal.

Cerramos esta parte de nuestro estudio citando el pensamiento de Iván Vila Casado (2007) contenido en su obra “Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo”:

“No es tarea fácil determinar cuáles hechos y circunstancias integran el núcleo esencial de un derecho, y no es posible hacerlo en forma general e inequívoca. Le corresponde al intérprete, en cada caso específico, establecer si una norma inferior vulnera o no el núcleo esencial de un derecho fundamental.

Según las directrices trazadas por la Corte Constitucional, en esa tarea deben guiar al intérprete, como criterios insustituibles, el fin perseguido por el Estado social de Derecho y la razón justificativa de las restricciones impuestas a los derechos, en el entendido de que ambos criterios apuntan hacia el disfrute pleno de las libertades por parte de los destinatarios, así, para lograr ese propósito, haya sido necesario el sacrificio temporal de algunos aspectos que hacen parte del derecho pero que no constituyen su núcleo esencial.

En los casos dudosos, el intérprete deberá guiarse por el principio *pro favor libertatis*, pues ha de tener presente que la restricción es lo excepcional y lo excepcional debe justificarse sin dejar margen a la duda.

Tomando como base los planteamientos del profesor español FERNÁNDEZ SEGADO, la Corte Constitucional ha dicho que, desde la óptica de la naturaleza jurídica de cada derecho, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de

actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría.

Se rebasa o se desconoce el contenido o núcleo esencial, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.” (p.p. 487 y 488)

Capítulo III

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

a) Explicaciones fundamentales

En un sentido natural y obvio, utilizando las palabras del Código Civil, la relación entre la Constitución de la República y la realización de los derechos es evidente, entre otros, porque:

- a) La Constitución reconoce o establece derechos;
- b) Respalda el cumplimiento de tales derechos;
- c) Ostenta la institucionalidad que hace respetar los derechos o que respalda el respeto por los mismos;
- d) Siendo la Ley suprema cualquier tropiezo respecto de esos derechos se soluciona a favor de los mismos, justamente en aplicación del principio de supremacía. Piénsese por un momento en la figura jurídica de la inaplicabilidad de las normas contrarias a la Constitución. La Ley suprema ecuatoriana publicada en el Registro Oficial No 800 del 27 de marzo de 1979 estableció en parte del artículo 138 que "...la Corte Suprema en los casos particulares en los que avocare conocimiento declarará inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en las causas materia de su pronunciamiento. La sala informará al pleno del Tribunal para los efectos determinados en el inciso anterior"¹⁹
- e) Los derechos que reconoce o establece se deben aplicar en forma directa, no indirecta. Aplicación indirecta suena a excusa para no hacerlos realidad;

¹⁹ El inciso anterior decía:

"Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender – total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte – los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por el fondo. La Corte somete su decisión a resolución de la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta, al plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución de la Corte Suprema, ni la de la Cámara Nacional de Representantes, ni la del plenario de las Comisiones Legislativas, tienen efecto retroactivo."

- f) Exista o no una disposición expresa, el Estado es garante de la realización de los derechos. Basta pensar que el Estado es la sociedad política y jurídicamente organizada, según su acepción más aceptada. Y que por definición está al servicio del ciudadano, de los administrados. Servicio que se expresa en la protección de los bienes jurídicos;
- g) Los bienes jurídicos están comprendidos en los derechos. En otras palabras, los derechos no son sino las vías para tutelar los bienes jurídicos;
- h) Desde una perspectiva integral la plenitud del Derecho se da “Cuando se realiza el Derecho, es decir, cuando se aplica efectivamente y en forma permanente, y se logran los propósitos de la respectiva norma o institución jurídica, y por ende se materializa la misión del Derecho” (Hernández Terán, 2012, p. 18);
- i) La no realización de los derechos es la antítesis del rol del Estado de Derecho en todas sus variantes;
- j) El Estado no puede ni debe ser esquivo en el cumplimiento de los derechos. Ostenta la institucionalidad para su realización;
- k) Si el Estado no se encarga de hacer respetar los derechos, ¿entonces qué rol determinante cumple respecto de los administrados? ¿existe alguna otra misión estatal que no le permite o que le impide asumir el rol de hacer respetar los derechos?

A estas alturas de la evolución de la democracia y del Estado de Derecho nos podemos preguntar ¿cómo pudimos vivir en una sociedad en la cual el Estado no tenía participación directa en la realización necesaria de los derechos? ²⁰

Ahora bien, siendo justos, esta reflexión se la puede hacer con este nivel de determinación justamente en razón de la evolución referida. No podemos juzgar el pasado. Al menos no racionalmente. Las concepciones sobre los roles institucionales cambian. En efecto, como revisamos algunas páginas atrás, la idea central de la supremacía constitucional fue esbozada ya en la primera Constitución del Ecuador, esto es, en la de 1830. Concepto que fue confirmado en la Ley suprema de 1835. En la de 1830 éramos el Estado del Ecuador pero parte de

²⁰ Decimos *necesaria*, pues la realización voluntaria depende de cada sujeto de Derecho.

Colombia. El artículo 2 de tal Constitución estableció: “ El Estado del Ecuador se une y confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola Nación con el nombre de República de Colombia.” El artículo que consagró la noción de supremacía fue el 73 (TRABUCCO, 1975, p. 45):

Se conservarán en su fuerza y vigor las leyes civiles y orgánicas que rigen al presente en la parte que no se opongan a los principios aquí sancionados, y en cuanto contribuyan a facilitar el cumplimiento de esta Constitución.

No obstante dicha noción de supremacía y el reconocimiento explícito de tal concepto en otras Constituciones del Ecuador, durante muchos años no existió un vínculo efectivo y eficaz entre la Constitución de la República y la realización de los derechos. Todo por una cuestión de concepción, de cultura jurídica y política.

La supremacía efectivamente da vida al poder de la Constitución. Pero ese poder no convierte a la Ley suprema en una normativa *operativa*. Sólo la hace *prevalente*, con todas las positivas consecuencias que tal carácter implica. Hasta la reforma constitucional publicada en el Registro Oficial No 863 del 16 de enero de 1996²¹ que consagró que “Los derechos y garantías consagrados en esta Constitución son plenamente aplicables e invocables ante cualquier Juez, Tribunal o Autoridad Pública”, la Constitución del Ecuador no fue operativa en cuanto a derechos y garantías se refiere. Dependía, básicamente, del desarrollo de la legislación secundaria. Sin éste no se podían cumplir los derechos reconocidos o establecidos en la Constitución.

De por medio había una cultura jurídica y política de entender a la Constitución como *Ley fundamental*, que como tal sólo debía incluir lo *básico*, correspondiendo su implementación a la ley de aplicación. Sin ésta, como regla, no había ejecución de los derechos constitucionales. Es decir *había una condicionalidad para la aplicación de la Constitución y para la ejecución de los*

²¹ Primer bloque, artículo 3, segundo innumerado.

derechos en ella reconocidos o instituidos. En parte esa misma relación de condicionalidad se ha vivido durante muchos años en el Ecuador en la relación Ley y Reglamento. En la relación Constitución – ley así vivió el Ecuador hasta la referida reforma.

Cabe destacar que dentro de las amplias y calificadas variantes constitucionales de enero de 1996 - entre ellas la creación del Tribunal Constitucional como órgano de control concentrado de constitucionalidad, en reemplazo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; la institucionalización del recurso de amparo constitucional, del recurso de habeas data - se estableció una de importancia demoledora: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.”²² La plena aplicabilidad e invocabilidad de los derechos y garantías fue ampliada en la Constitución Política de 1998²³, cuando consagró en el artículo 18 conceptos que *evidenciaron una decisión política clara y determinante de hacer de los derechos y garantías elementos de diaria aplicación ciudadana* en orden a lograr materializar el Estado de Derecho.

La disposición fue demoledora. Convirtió en inexcusable la no aplicación de los derechos y garantías constitucionales por parte de los jueces y autoridades públicas. El texto del artículo 18 era concordante con otros que representaban en su conjunto una filosofía orientada a la materialización de los derechos ciudadanos. El artículo 18 estableció:

Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad

²² Art. 3, primer innumerado.

²³ Publicada en el Registro Oficial No 1 del 11 de agosto de 1998.

podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de esos derechos.

Antes de este artículo se legisló uno de importancia extraordinaria por su orientación extremadamente operativa, el 17.

Art. 17.- El Estado garantizará a todos sus habitantes , sin discriminación alguna, el libre y *eficaz ejercicio y el goce de los derechos* humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. *Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.*²⁴

La vigente Constitución del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008, ratifica y extiende la cultura de operatividad, de aplicación directa, de facilitación del ejercicio de los derechos. Destacamos a continuación algunos numerales del artículo 11, que trata sobre los principios que rigen el ejercicio de los derechos.

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

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

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e

²⁴ Las cursivas son nuestras.

inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

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

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.

(...)

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 favorezca su efectiva vigencia.

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

(...)

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.

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

La Constitución vigente instituye en el artículo 1 una categoría de Estado denominada “Estado constitucional de derechos y justicia”, la misma que ha dado lugar a un importante desarrollo doctrinario de autores y jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional. La Constitución de 1998 estableció un “estado social de derecho.” La reforma citada de enero 16 de 1996 consagró un Estado “descentralizado”. Ambas variantes también constaron en el artículo 1.

En la actual Constitución se establece como uno de los deberes primordiales del Estado *garantizar el ordenamiento jurídico*²⁵

Lo expuesto normativamente representa con claridad que la nueva cultura constitucional arranca en el Ecuador con las positivas reformas del 16 de enero de 1996. En tal sentido el recurso de amparo constitucional - de naturaleza cautelar - es una de las manifestaciones más elocuentes:

Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

Para este efecto no habrá inhibición del juez que deba conocer del recurso, ni obstarán los días feriados.

El juez convocará de inmediato a las partes para ser oídas en audiencia pública dentro de veinticuatro horas y al mismo tiempo, de encontrarlo fundado, ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes el juez dictará su resolución, a la cual se dará inmediato cumplimiento.

La providencia de suspensión será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria, ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual procederá el recurso de apelación por la negativa de la suspensión, debiendo en ambos casos, el juez remitir de inmediato el expediente al superior.

Nuestra formación universitaria - 1983-1989 - se dio en el marco de la antigua cultura que consideraba a la Ley suprema como un cuerpo normativo esencialmente programático, no operativo. En efecto, en forma realmente excepcional leíamos la Constitución por disposición de algún catedrático. Esto no

²⁵ Artículo 3 numeral 4.

es ni remotamente una crítica a nuestra formación. Es el reflejo de una cultura de no operatividad de las disposiciones constitucionales.

b) El Estado constitucional de derechos y justicia

1.- Doctrina

El éxtasis en la relación Constitución de la República - realización de los derechos se da con la calificación del Estado ecuatoriano como de “ derechos y justicia”, al tenor del artículo 1 de la Ley suprema.

1.1.- El Dr. Jorge Zavala Egas (2010, p.p. 34, 141, 142 y 143) en su libro “DERECHO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA explica, entre otros, sobre la nueva categoría del Estado ecuatoriano:

Al predeterminar al Ecuador como un Estado de derechos **constitucionales y Justicia** el constituyente hizo algo más que enunciar un objetivo, impuso valores como materia y contenido de los preceptos normativos y, por ser normas jurídicas, directa e inmediatamente aplicables. Los valores pasan a ser contenidos materiales de las normas y estos son los que marcan la validez del Ordenamiento jurídico entero. Se impone a todo poder normativo- incluido el poder constituyente - la obligación de crear las reglas infraconstitucionales formal y materialmente adecuadas a los derechos constitucionales y a la dignidad de las personas (Art. 84 CRE) y se obliga a los jueces y autoridades públicas a aplicar toda normativa de conformidad con los derechos fundamentales que, a su vez, son aplicables en forma directa e inmediata (Arts. 426 y 427 CRE).” (p. 34)

La significación de ser un *Estado constitucional de derechos* es una superación a nuestra construcción como un *Estado social de derecho* realizada en la Constitución de 1998, como éste lo fue del simple *Estado soberano* que fuimos antes. Este último caracterizado por contener una

serie de prohibiciones y limitaciones al poder público estatal para garantizar los derechos individuales, mientras que el *Estado social de derecho* contiene la demanda de la satisfacción de los derechos sociales mediante prestaciones, obligaciones de hacer por parte del poder público; sin embargo, tan solo mediante la inclusión de normas programáticas, caracterizadas por su discrecionalidad y no vinculadas por el principio de legalidad. Derechos sociales en la proclama, pero sin garantías para exigir las prestaciones que los satisfagan, equivalentes, al menos, a las existentes para los derechos individuales como la propiedad y la libertad.

Hemos construido al *Ecuador como un Estado constitucional de derechos*, empero aceptemos que esa no es *la realidad* (el ser), es una creación normativa (*deber ser*) y, por tanto, admitamos que no es lo existente, los ecuatorianos hemos creado una proposición jurídica que, como todas, son artificiales, algo ilusorio, un proyecto a realizar, distante de la objetiva realidad. ¿En qué consiste esta artificial creación? Respondamos con una escueta afirmación a explicar luego: en un Estado constitucional de derechos el Derecho crea un sistema de garantías que la Constitución preordena para el amparo de los derechos fundamentales.

debemos afirmar que en un *Estado constitucional de derechos* como el Ecuador, su característica es la vinculación de los órganos de la Administración pública a los derechos fundamentales, a su deber de respetarlos y garantizarlos, así lo prescribe el artículo 3 cuando señala 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*, para en el numeral 3 del artículo 11 consagrar como uno de los principios de aplicación de los derechos el que éstos y sus garantías previstas 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.*

Así como precautelar **del** derecho al debido proceso y procedimiento en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden para efecto de lo cual *corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes* (Art. 76, No 1. CPR).

1.2.- El Dr. Ramiro Ávila Santamaría , uno de los más importantes cultores del neoconstitucionalismo en el Ecuador, y entendemos autor de diversas partes de la Constitución vigente, destaca en la obra colectiva “Constitución del 2008 en el contexto andino” (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS), específicamente en el artículo “ Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”:

(c) **El Estado** constitucional la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; **ORGÁNICA PORQUE DETERMINA LOS ÓRGANOS QUE FORMAN PARTE DEL Estado** y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. **en** suma, en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio.

Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. En el modelo constitucional se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es el instrumento de la soberanía popular, limita al primero;

por ello las constituciones, como garantía, son rígidas, y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios.

La Constitución es, además, norma jurídicamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para resolver conflictos entre órganos o por exceso en sus atribuciones, *referee*, se transfiere del parlamento a los jueces que tienen competencia constitucional.

(...)

La Constitución del Ecuador es fuertemente materializada, emana de una Asamblea Constituyente, se reconoce a los derechos como límites y vínculos, y establece una Corte Constitucional que resuelve, en última instancia, los conflictos que se generan por violación de los preceptos constitucionales. En este sentido, la Constitución de Ecuador se enmarca dentro del paradigma actual del derecho constitucional. (p.p. 22 y 23)

Sobre el Estado de Justicia dice, entre otros (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, p.p. 23, 25 y 26):

La justicia es un término polisémico; tiene tantos significados cuantas aplicaciones se puedan imaginar. Se puede decir, por ejemplo, que un sistema social es injusto, que un trato humano es injusto, que una expresión es injusta, que una sentencia es injusta y hasta que la vida misma es injusta. La *teoría* de la justicia, parte de la filosofía del derecho, tiene la tarea de distinguir todas las aplicaciones del término justicia. A nosotros, para intentar clarificar el término, nos interesa cuando la justicia se puede predicar del Estado y del derecho.

(...)

Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio. Grafiquemos esta última hipótesis con un ejemplo. Cuando la Corte de Apelaciones de Argentina resolvió las excepciones preliminares en el caso Massera, se enfrentó a un problema jurídico complicado. Se denunció que el Sr. Massera tenía responsabilidad por las muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurrido los hechos.

Por un lado, el acusado esgrimía una regla, la “prescripción” de la acción penal y el principio de *nos bis in idem*, que tenía sustento en el principio constitucional de la seguridad jurídica; por otro lado, las víctimas, esgrimían otro principio, la tutela efectiva de los derechos, que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino para el caso penal en concreto. Si el juez aplicaba el derecho invocado por Massera, el resultado era injusto; si el juez sostenía que no tenía regla para aplicar, el resultado también era injusto. En el caso, el juez, invocando derecho penal internacional, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho. El Sr. Massera, al final, fue condenado. Este ejemplo nos sirve para demostrar que el análisis de la justicia, desde una perspectiva neoconstitucional, es parte del derecho y por tanto el análisis de la justicia se lo hace desde lo interno”. (p.p. 23, 25 y 26)

En el mismo trabajo, bajo el subtítulo “**El Estado de derechos**” el mismo autor expone:

Una lectura ligera y rápida sobre el “Estado de derechos” nos llevaría a pensar que hubo un error de codificación en el texto constitucional: “Se les fue una 's’”. No existe en el derecho constitucional comparado Estado

alguno que cualifique al Estado como de *derechos*. La otra lectura podría conducirnos a pensar que los constituyentes ecuatorianos no tienen idea de derecho constitucional y que se han inventado un calificativo que no existe en la teoría: todos los estados tienen que ser de derecho. Así como hace cincuenta años fue una insensatez pensar que existía un modelo denominado estado social de derecho o estado constitucional de derecho, ahora nos puede resultar incómodo que un estado sea estado de *derechos*. Intentaremos justificar y dar sentido al calificativo novedoso.

Si hiciéramos un esquema de la evolución histórica del Estado, en relación al Derecho, tendríamos tres modelos: el Estado sobre el derecho (Estado absoluto), el Estado de Derecho, el Estado de Derechos. En el Estado absoluto, el Derecho está sometido al poder; en el Estado de Derecho, el poder está sometido al Derecho bajo dos modalidades. En la una, el Derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el Derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución, que es lo que L. Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”. En el Estado de Derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.

Si analizamos desde el referente de poder, en el Estado absoluto, quien ostenta el poder es la autoridad, que somete al sistema jurídico a su voluntad. En el Estado legislativo de derecho, el parlamento es quien somete, a través de una ley, al Estado. En el Estado constitucional de derecho, la asamblea constituyente somete a través de la Constitución a todos los poderes constituidos. Finalmente, en el Estado de derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente; en este último caso, diríamos que la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica, y que incluso prima en importancia en el texto jurídico al establecer el fin y al instrumentalizar para su efectivo cumplimiento a los órganos estatales.

(...)

El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado.

3.1. La pluralidad jurídica

(...)

En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1. La autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), 2. las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), 3. el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, 4. las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, 5. la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.

(...)

(3) La concepción liberal del Estado implicaba que, en la división de poderes, el ejecutivo sólo podía hacer lo que estaba prescrito en la ley y, en el ámbito privado, como ha quedado enunciado, **las personas no podían hacer sino lo que estaba expresamente prohibido.** ¿?? En el Estado constitucional, en cambio, los órganos públicos y el ejecutivo, en particular, definen y ejecutan lo que se denomina políticas públicas. Las políticas Públicas, que se materializan en planes, programas y proyectos, definen objetivos, actividades, destinatarios, recursos, responsables y cronogramas. En las políticas públicas se manejan márgenes de discrecionalidad que no están expresamente determinadas en la ley. la ley ya no establece mandatos concretos sino parámetros de actuación. Dentro de esos parámetros y márgenes de discrecionalidad, el ejecutivo toma decisiones que tienen características propias de la ley.

Una política pública, al igual que la ley, es de carácter general y de cumplimiento obligatorio. En otras palabras, el órgano ejecutivo crea normas jurídicas. Por ello, los actos administrativos y las políticas públicas también tienen que sujetarse a los parámetros constitucionales y están sujetos a control constitucional. Por este poder del ejecutivo se podría pensar que existe una crisis del principio de legalidad. En suma, “el poder ejecutivo asume mayor participación en la concretización de la normatividad frente a la modificación del contorno de los principios de legalidad y tipicidad”. (p.p. 28, 29, 30 y 33)

1.3.- En la también obra colectiva “LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR”²⁶ el mismo profesor Ávila Santamaría (2009) en el específico trabajo: “CARACTERIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008. VISIÓN PANORÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN A PARTIR DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA”, expresa, entre otros, sobre el Estado de derechos:

En el Estado de *derechos* los puntos de referencia y análisis cambian profundamente. Por un lado, 1. el Estado; y 2. el derecho del que éste emana están sometidos a los derechos de las personas y las colectividades. Esto quiere decir que nuestros representantes parlamentarios no tienen libertad para configurar la ley, sino que están estrechamente vinculados por los derechos. Los derechos se entienden y se interpretan a partir de la realidad en la que ocurren las violaciones o restricciones a su ejercicio. Luego, el derecho, incluyendo a los derechos, no puede ser autónomo sino que es reflexivo y se entiende gracias al auxilio de otras ciencias. Por otro lado, 3. el punto de referencia ya no es exclusivamente el Estado sino el poder. Todo poder que pueda vulnerar o vulnerar los derechos humanos está limitado y vinculado por los derechos. Esto es lo que Alexy llama el

²⁶ Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Corporación Editora Nacional. Serie Estudios Jurídicos. Volumen 30. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini EDITORES. Quito. 2009. Página 409.

“efecto de irradiación”. Todo poder, público o privado, está sometido a los derechos. (p. 409)

2.- Jurisprudencia

Nuestra Corte Constitucional ha sido insistente en abordar la trascendencia del Estado constitucional de derechos y justicia. Lo ha hecho, entre otros, en los siguientes términos:

2.1.- En la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 479 del 2 de diciembre de 2008 ²⁷, en función de la cual asumió el papel de Corte Constitucional *para el periodo de Transición*; es decir, mediante la cual el Tribunal Constitucional se proclamó Corte de Transición vista la indefinición de la Ley suprema respecto de quién asumía el rol de la Corte Constitucional hasta que se designe a la primera Corte; el órgano de justicia hizo las siguientes muy importantes definiciones:

En el Ecuador, la tradición jurídica francesa fue dominante hasta la promulgación de la actual Constitución. Efectivamente, la nueva Constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que tiene como rasgos básicos los siguientes: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional.

²⁷ Recuérdese que la Constitución se publicó el 20 de octubre de 2008.

La nueva Constitución supone un paso importante en el camino hacia la realización efectiva del constitucionalismo, que propugnan autores como Ferrajoli o Miguel Carbonell, en directa confrontación con los dictados programáticos del proyecto neoliberal. El nuevo texto constitucional ecuatoriano reivindica el Derecho Constitucional como un derecho axiomáticamente comprometido; y lo hace, no a través de declaraciones retóricas sobre la libertad o igualdad, sino mediante un completo sistema de derechos y garantías y un rico programa de intervención del Estado en aras de garantizar la efectividad de los derechos.

En la parte dispositiva la Corte categóricamente determinó:

1. La Constitución de la República del Ecuador y el Régimen de Transición, para su validez y eficacia, no requieren de desarrollo legal o reglamentario alguno. Sus disposiciones disfrutan de eficacia directa e inmediata y su incumplimiento conlleva los mismos riesgos, consecuencias y responsabilidades del incumplimiento de la Constitución;

2.2.- En la sentencia No 001-10-PJO-CC, Gaceta Constitucional No 001, caso No 0999-09-JP, jurisprudencia vinculante, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 351 del 29 de diciembre de 2010, la Corte definió, entre otros:

19.- De conformidad con el artículo 1 de la Constitución de la República, el Ecuador se reconoce como un Estado Constitucional de derechos y justicia, denominación que se convierte en el principio constitucional esencial sobre el cual se levanta la organización política y jurídica del Estado. Producto de ello, muchas han sido y deberán ser las modificaciones y efectos que se generen en relación a la idea o concepción tradicional del derecho y de la ciencia jurídica.

20.- Tres son los efectos esenciales que trae consigo el Estado Constitucional, y que en un alto grado, su eficacia descansa en las labores

que deben desempeñar las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional:

- a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales;
- b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y,
- c) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales.

Son estos los elementos sustanciales que justifican la razón de ser del Estado Constitucional de Derechos, y precisamente por ello, se constituyen en los avances más notables e importantes que refleja la Constitución de Montecristi en relación a la Constitución de 1998. Muestra de ello es el tránsito de garantías constitucionales extremadamente formales, meramente cautelares, legalistas, con un ámbito material de protección reducido a la justiciabilidad de derechos civiles y políticos, a garantías jurisdiccionales de conocimiento, libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de todos los derechos constitucionales.

21.- Por otro lado, muestras de esta evolución dogmática y garantista son también: el reconocimiento de nuevos derechos y garantías; la modificación denominativa tradicional de los derechos constitucionales para romper con aquella clasificación tradicional sustentada en relaciones de poder; la presencia de principios de aplicación de derechos que de manera expresa denotan su plena justiciabilidad, interdependencia e igualdad jerárquica.

2.3.- En la sentencia No 007-11-SEP-CC, caso No 0372-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 572 del 10 de noviembre de 2011, la referida Corte **cita**:

Bajo el nuevo paradigma del Estado ecuatoriano como un Estado constitucional de derechos y justicia, “ cambia, sobre todo, la naturaleza misma de la democracia. La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales – imponiendo obligaciones y prohibiciones a los poderes públicos – en efecto, insertado en la democracia con una dimensión “ sustancial”, que se agrega a la tradicional dimensión “ política”, meramente formal o procedimental”.

“Las normas constitucionales sustanciales no son otra cosa que los derechos fundamentales, ellas pertenecen a todos nosotros, que somos los titulares de los derechos fundamentales. Es en esta titularidad común, según creo, en donde reside el sentido de la democracia y de la soberanía popular.

En el Estado constitucional, los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales que no son otra cosa que los derechos fundamentales, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos, radicando en esa titularidad la verdadera esencia de la democracia y la soberanía popular.

Son “ derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto, dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.

2.4.- En la sentencia No 089-13-SEP-CC, caso No 1203-12-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No 130 del 25 de noviembre de 2013, la Corte Constitucional²⁸ determinó:

En un Estado constitucional de derechos y justicia como es el caso de Ecuador, el juez ordinario también es un juez garantista, en la medida que debe respetar los derechos garantizados por la Constitución y aplicarlos de forma inmediata y directa tal como lo establece el artículo 11 numeral 3 que prescribe: “ El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ... 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte ...”; en este sentido, las normas constitucionales se deben respetar en todas las instancias y etapas de los procesos judiciales tanto en materias ordinarias como en los procesos de garantías jurisdiccionales de naturaleza netamente constitucional.

Lo expuesto en este capítulo nos ha permitido visualizar la trascendencia lograda por la Constitución de la República en la realización de los derechos. Decimos “lograda” en razón de que a pesar del carácter supremo de la misma no fue determinante en el cumplimiento efectivo de los derechos que ella reconocía. Es recién a partir de varias de las reformas constitucionales publicadas el 16 de enero de 1996 que la Ley suprema evidencia operatividad en el ejercicio de los derechos. Antes de las mismas la Constitución era esencialmente programática. Como hemos reiterado, de por medio había una cultura política y jurídica contraria a la operatividad. Por eso varios autores e incluso jurisprudencia hablan de la Constitución como norma jurídica, y como norma jurídica vinculante, pues en la cultura anterior la Ley suprema era considerada, básicamente, un cuerpo jurídico filosófico.

²⁸ Ya no Corte de Transición. La actual Corte se posesionó el 6 de noviembre de 2012.

La institucionalización del Estado ecuatoriano como “de derechos y justicia” abre un favorable panorama para la realización de los derechos. Y por ende para la satisfacción de los administrados. La Corte Constitucional debe desarrollar el contenido de los derechos, tal cual lo establece el numeral 8 del artículo 11 de la Ley suprema, pero a la vez debe actuar con prudencia pues no faltará quienes busquen derechos donde no los hay, o sobredimensionen su contenido y pretendan esquilmar al Estado, esto es, a la ciudadanía toda, para complacer sus ilegítimas ambiciones. De las acciones procesales también se puede abusar.

El Estado constitucional de derechos y justicia debe hacer realidad el privilegio de los derechos, lo cual comprende el rechazo del abuso.

Capítulo IV

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS. TEORÍA Y PRAXIS

a) Introducción

La teoría y la praxis de los derechos siempre deben ocupar un papel estelar en toda sociedad. Los seres humanos se organizaron en sociedad básicamente para protegerse a sí mismos, para tutelar sus derechos e intereses. El Estado es la consecuencia de esa visión.

En un Estado calificado constitucionalmente como de derechos y justicia el eje irremplazable de su accionar son los derechos. Se ha dicho en la teoría y en la jurisprudencia desarrolladas a partir de tal innovación que se trata de un *Estado axiológico*. Es un deber ser desde el punto de vista de la realización efectiva de los derechos. En definitiva, el corazón de la acción del Estado está enfocada en el norte de la ejecución efectiva de los derechos. La materialidad, la eficacia de los mismos es el ideal a cumplir. Bien entendido, por supuesto, que detrás de todo derecho hay un bien jurídico, es decir, lo que cobija ese derecho, lo que cuida éste.

Por lo mismo, la trascendencia de todo estudio teórico, de toda praxis, de toda jurisprudencia sobre los derechos es mayor en un Estado constitucional de derechos y justicia, pues éste, por definición, privilegia los derechos y su materialidad, y condena el abuso.

En un sentido natural y obvio lo esencial respecto de algún elemento es aquello que no puede reemplazarse sin que ese elemento deje de ser lo que es; es tan trascendente que hace que ese elemento logre ser lo que efectivamente es; como la estructura ósea en todo ser humano. Lo esencial es la vida misma de cualquier concepto. Luego, no puede ser sustituido para que su lugar sea ocupado por otro elemento. Es útil el mismo ejemplo del cuerpo humano: el rol de la estructura ósea no puede ser asumido por masa muscular, agua, abdomen, etc.

El ser humano, centro de todos los derechos, directa o indirectamente razón de todas las razones, motor de todas las acciones humanas, inspiración de toda empresa noble, no tiene ni puede tener sustituto en el mundo. Sin él éste ya no sería un mundo racional. Pues bien, en el Derecho, quiérase o no, deben haber cuestiones esenciales que hacen que el Derecho sea tal y no otra disciplina: las reglas, los principios jurídicos. No hay Función Judicial sin Jueces, no existe Función Legislativa sin legisladores. Qué tipo de reglas, qué clase de principios, cuántos y sobre qué materias los jueces, cuantos legisladores y con qué exigencias, es cuestión diferente.

Lo esencial ocupa un lugar importante en la Filosofía, pues en ésta se estudian las últimas razones, las razones verdaderas, determinantes.

Para los seres humanos los derechos tienen un sitio esencial. Para la sociedad en su conjunto el Derecho es imprescindible. Una sociedad sin Derecho sería sencillamente un caos. Los romanos afirmaban con frecuencia: ubi societas ubi ius. Donde hay sociedad hay Derecho. Y para éste los derechos individualmente considerados son determinantes, pues el Derecho está constituido, entre otros, por la suma de los derechos individuales. Qué es lo que hace que un derecho sea tal, ése es su contenido esencial. El ser humano necesita tener derechos y ejercerlos para lograr satisfacer buena parte de sus necesidades no como una dádiva de nadie, sino como algo propio, que justamente por así serlo le es reconocido por el Estado. El derecho humano es esencial para la vida del ser en sociedad.

Por cierto, nosotros consideramos que el *derecho humano o fundamental es el atributo que le da a las personas la capacidad para proteger los bienes jurídicos de que es titular – ya por dignidad, ya por conquista institucional – frente a otros titulares de derechos o intereses, como ante el Estado; de tal manera que los bienes jurídicos tutelados queden sin excepción indemnes. Entendiéndose que la tutela propia de todo derecho habilita su materialización*

*plena fundamentalmente ante la administración pública y la administración de justicia.*²⁹

El contenido esencial de los derechos es materia que ha ocupado la atención de tratadistas, de estudiosos del Derecho, de la jurisprudencia. Pueden surgir y de hecho aparecen interrogantes sobre diversos aspectos de esta teoría. Recuérdese que el Derecho es ciencia social, y por lo mismo el espacio de cuestionamiento es muy amplio. Por ejemplo, ¿qué pasa cuando el legislador altera el contenido esencial de un derecho transformándolo en otro? ¿ es esta acción válida constitucionalmente?

La legislación puede efectivamente no utilizar la expresión *contenido esencial* para referirse a lo determinante jurídicamente en un derecho, pero ello no quita que se esté aludiendo al contenido esencial. Ahora bien, lo esencial, lo fundamental, lo determinante existe no sólo respecto de los derechos. Hay un contenido esencial en las instituciones jurídicas y sociales, en el rol que cumple un órgano del poder público, un padre, una madre de familia.

En el caso Quintana Coello y otros versus Ecuador³⁰ la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuso que la independencia necesaria del Poder Judicial es “esencial para el ejercicio de la función judicial”. La idea expuesta es elocuente y relevante: no puede haber un desempeño correcto, idóneo por parte de la Función del Estado encargada de velar y resolver - e incluso aplicar lo decidido - sobre la protección de los derechos de las personas si ella no actúa con la libertad necesaria para tomar sus decisiones. La falta de independencia afecta su idoneidad como institución del Estado y por lo mismo pone en riesgo la existencia de la definición acertada del respectivo órgano de tal Función ante una determinada situación jurídica.

Sin duda alguna pueden existir tropiezos conceptuales cuando se estudia Derecho. No obstante hay temas que ya no se discuten o se discuten escasamente,

²⁹ Concepto que escribimos a pedido del profesor argentino Leonardo Massimino en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

³⁰ Síntesis del caso, publicada en el Registro Oficial No 133 del 28 de noviembre de 2013.

como por ejemplo que la dignidad humana es la fuente de todos los derechos; dicho en otras palabras, todos los derechos están al servicio de la dignidad humana, existen en función de ella. Sin embargo la construcción conceptual integral de la dignidad es enteramente difícil. Fijar un contenido esencial de la dignidad no es empresa fácil por la amplitud de ella; mucho más sencillo es hacerlo respecto de un derecho a pesar de las relatividades que puede tener esta teoría y de la temporalidad de dicho contenido desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial. El contenido esencial de los derechos es amigo de la dignidad humana en la medida en que estando todos los derechos al servicio de la dignidad, la fijación de su contenido contribuye a solidificar esa relación.

b) Ubicación del contenido esencial de los derechos

La teoría del contenido esencial de los derechos corresponde ser estudiada desde dos ámbitos: como límite al poder jurídico que tiene el legislador y en general toda autoridad con poder normativo para limitar el ejercicio de los derechos; y como punto de partida para definir en las respectivas decisiones judiciales, e incluso administrativas, si un derecho ha sido o no vulnerado, pues, en definitiva, y para decirlo con las palabras más sencillas posibles: para poder establecer si hay violación de un derecho es imprescindible primero saber en qué consiste ese derecho, cuál es su núcleo, su contenido esencial, cuál es su misión. Pudiera ser que un derecho sea objeto de un grado de afectación que afecte su mínimo esencial.

Esta importante materia es tradicionalmente abordada al estudiar la limitación en el ejercicio de los derechos que puede imponer el Estado. Expresión propia del llamado *poder de policía*, que en términos sencillos puede conceptualizarse como *la prerrogativa estatal consistente en el poder jurídico de restringir o limitar el ejercicio de los derechos de las personas, sustentado en razones de interés general*. Un ejemplo clásico es el poder de limitar la utilización de un predio por la necesidad de que el Estado use una porción mínima de ese inmueble bajo la figura de la servidumbre de acueducto para proveer el servicio de agua potable a un sector de la población. Ese poder de limitación o de policía es y

debe ser racional, con bases objetivas, mínimo, proporcional, de tal manera que no afecte el *contenido esencial* del respectivo derecho. No se olvide que todo derecho protege un determinado bien jurídico.

No obstante su clásica ubicación nosotros consideramos que el contenido esencial de los derechos es una cuestión jurídica de utilidad también en campos tan importantes como el de la administración de justicia ordinaria y constitucional. En efecto, en forma previa a la definición de una solución sobre un problema jurídico respecto de un derecho es trascendental partir de la consideración de cuál es el contenido esencial del derecho respectivo. Sólo así se sabrá si hay o no quebranto del derecho. *De ahí la necesidad de legislar explícitamente sobre el contenido esencial de los derechos delimitando su ámbito, precisando los efectos de su violación por parte del Estado, el mecanismo de reparación o compensación, su posibilidad de mutación, etc; no radicando, pues, su ámbito únicamente en el denominado poder de policía.*

Un aspecto importante que merece destacarse en el ámbito local es que la teoría del contenido esencial de los derechos no ha preocupado significativamente a la doctrina nacional. La explicación puede ser su tradicionalmente reducido ámbito de aplicación.

En la Constitución del Ecuador existe una disposición muy importante que implícitamente, en nuestro concepto, se refiere al contenido esencial de los derechos. Es el numeral 4 del artículo 11. Éste fija los principios que rigen el ejercicio de los derechos. Su texto es el siguiente:

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

(...)

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

Tomada literalmente, esta disposición construye una gigantesca irrealidad jurídica: la imposibilidad de limitar los derechos. Si esto fuera cierto todos los

derechos serían absolutos, no habría cómo limitarlos. El quebrantamiento de esta prohibición supondría inconstitucionalidad. Mas la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos consta desde la misma Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1789 y en una serie de instrumentos internacionales. Ello es así por la evidente necesidad y racionalidad de que los derechos tengan límites en cuanto a su ejercicio a efectos de no afectar a terceros, y básicamente, en razón del interés general.

c) Algunas consideraciones sobre los derechos

Los derechos son importantes en la vida de las personas, y por lo mismo esta realidad debe ser recogida por el Estado en su ordenamiento jurídico. En el caso ecuatoriano podemos decir con satisfacción que la máxima expresión del ordenamiento jurídico, la Constitución de la República, es consecuente con tal aspiración, pues, de un lado, como ya hemos expresado reiteradamente, califica al Estado ecuatoriano como *de derechos y justicia*; y de otro, define en el numeral 9 del artículo 11, que trata sobre los principios que deben regir el ejercicio de los derechos, que “ El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. En una de las reformas a la Ley suprema publicadas el 16 de enero de 1996 ³¹se instituyó que “ El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”. Por consiguiente, encuéntrase en esta variante constitucional de 1996 el antecedente directo del artículo 11 numeral 9 de la Constitución vigente.

El respeto a los derechos de las personas debe provenir de toda la sociedad en su conjunto, y por supuesto, del Estado. En la Constitución Política publicada en el Registro Oficial No 2 del 13 de febrero de 1997 se estableció expresamente que todos los habitantes deben “ respetar los derechos de los demás”. La Ley suprema actual establece como uno de los deberes y responsabilidades de las

³¹ Primer bloque. Art. 3, primer innumerado. Registro Oficial No 863.

ecuatorianas y los ecuatorianos, “Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento”.

La idea del respeto al derecho ajeno fluye con elocuencia en el texto del artículo IV de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, adoptada por la Asamblea Constituyente de Francia celebrada del 20 al 26 de agosto de 1789. Lo más trascendente de esta realidad jurídica es que tan importante concepto es parte de la definición de libertad política. En efecto, el nombrado artículo expresa:

IV La libertad política consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Desde una perspectiva global la misma Declaración dice en parte del artículo V “ La ley sólo debe prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad”

Los derechos que se instituyen o reconocen deben constar en el ordenamiento jurídico del Estado. Éste a su vez, partiendo de que los derechos no son absolutos, tal cual hemos leído en el artículo IV citado, debe fijar fronteras o límites al ejercicio de los mismos, de tal manera que la activación de un derecho por parte de su titular no afecte el ejercicio del mismo o de otro derecho por parte de otro titular. En definitiva, el ejercicio de un derecho no debe dañar al derecho de otro.

Como hemos expresado, la teoría del contenido esencial de los derechos se refiere, en una faceta, justamente al límite que debe tener la capacidad de limitar los derechos. Los derechos no deben ser limitados hasta el punto de afectar su núcleo duro o contenido esencial, pues por proteger el derecho de otro u otros no se puede llegar al extremo de convertir al derecho limitado en un derecho inútil.

La limitación de los derechos tiene algunas expresiones en nuestra Constitución y en instrumentos internacionales. Veamos.

c.1 En la Constitución vigente

1.- El párrafo segundo del artículo 21 expresa:

No se podrá invocar la cultura *cuando se atente contra los derechos* reconocidos en la Constitución.

2.- El artículo 23 determina:

... El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá *sin más limitaciones que las que establezca la ley*, con sujeción a los principios constitucionales.

3.- El artículo 46 numeral 7 establece:

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

(...)

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

4.- El artículo 66 en los numerales 5, 8 y 12, consagra:

Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:

(...)

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

(...)

8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, *con las restricciones que impone el respeto a los derechos*

(...)

12. El derecho a la objeción de conciencia, *que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza...*³²

5.- El artículo 69 numeral 2 establece:

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

(...)

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y *con las condiciones y limitaciones que establezca la ley...*

6.- El artículo 73 ordena:

Art. 73.- *El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales...*³³

c.2 En la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴

1.- El artículo 32 numeral 2 consagra:

³² Las cursivas en la reproducción de textos son nuestras.

³³ Las cursivas son nuestras.

³⁴ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969. Según se cita en la obra " APLICACIÓN DIRECTA de los CONVENIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS en el Ecuador". EL FORUM EDITORES. 2013. Quito. Ecuador.

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

(...)

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

2.- El artículo 30 ordena:

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

3.- El artículo 12 numeral 3 define:

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

(...)

3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás*”.³⁵

4.- El artículo 15 instituye:

Artículo 15. Derecho de Reunión

*Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.*³⁶

³⁵ Las cursivas son nuestras.

³⁶ Las cursivas son nuestras.

5.- El artículo 16 determina:

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.
2. *El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.*
3. *Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.*

6.- El artículo 21 numeral 1 establece:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

7.- El artículo 22 numerales 1,2, 3 y 4 precisa:

Artículo 22. Derecho de Circulación y Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la

seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

c.3 En la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁷

El artículo 29 numeral 2 define:

Artículo 29

(...)

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

c.4 En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸

1.- El artículo 4 define:

Artículo 4

³⁷ Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Según se cita en la obra " APLICACIÓN DIRECTA de los CONVENIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS en el Ecuador". EL FORUM EDITORES. 2013. Quito. Ecuador.

³⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Según se cita en la obra " APLICACIÓN DIRECTA de los CONVENIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS en el Ecuador". EL FORUM EDITORES. 2013. Quito. Ecuador.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

2.- El artículo 5 numeral 1 ordena:

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

3.- El artículo 8 define:

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
 - a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
 - b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
 - c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una

sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado...

c.5 En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁹

1.- El artículo 5 numeral 1 establece:

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2.- El artículo 12 dispone:

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

³⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Según se cita en la obra "APLICACIÓN DIRECTA de los CONVENIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS en el Ecuador". EL FORUM EDITORES. 2013. Quito. Ecuador.

3. *Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.*⁴⁰
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

3.- El artículo 14 numeral 1 determina:

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la subs- tanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

4.- El artículo 18 numeral 3 instituye:

Artículo 18

(...)

⁴⁰ Las cursivas son nuestras.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

5.- El artículo 21 impone:

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

6.- El artículo 22 en los numerales 1 y 2 consagra:

Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

c.6 En la Convención Sobre los Derechos del Niño⁴¹

⁴¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Según se cita en la obra "APLICACIÓN DIRECTA de los CONVENIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS en el Ecuador". EL FORUM EDITORES. 2013. Quito. Ecuador.

1.- El artículo 10 numeral 2 define:

Artículo 10

(...)

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

2.- El artículo 13 instituye:

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
 - a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
 - b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.”

3.- El artículo 14 numeral 3 consagra:

Artículo 14

(...)

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4.- El artículo 15 dispone:

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

c.7 En la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁴²

1.- El artículo 8 señala:

Artículo 8

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares podrán salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen. Este derecho no estará sometido a restricción alguna, salvo las que sean establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden

⁴² Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. . Según se cita en la obra "APLICACIÓN DIRECTA de los CONVENIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS en el Ecuador". EL FORUM EDITORES. 2013. Quito. Ecuador.

público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a regresar en cualquier momento a su Estado de origen y permanecer en él.

2.- El artículo 12 numeral 3 indica:

Artículo 12

(...)

3. La libertad de expresar la propia religión o creencia sólo podrá quedar sometida a las limitaciones que se establezcan por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral públicas o los derechos y las libertades fundamentales de los demás.

3.- El artículo 13 consagra:

Artículo 13

1. El derecho de opinión de los trabajadores migratorios y sus familiares no será objeto de injerencia alguna.
2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 del presente artículo entraña obligaciones y responsabilidades especiales. Por lo tanto, podrá ser sometido a ciertas restricciones, a condición de que éstas hayan sido establecidas por ley y sean necesarias para:
 - a) Respetar los derechos o el buen nombre ajenos;
 - b) Proteger la seguridad nacional de los Estados de que se trate, el orden público o la salud o la moral públicas;

- c) Prevenir toda la propaganda enyq favor de la guerra;
- d) Prevenir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

4.- El artículo 26 determina:

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a:
 - a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;
 - b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;
 - c) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas.
2. El ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

5.- El artículo 40 indica:

Artículo 40

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole.

2. No podrán imponerse restricciones al ejercicio de ese derecho, salvo las que prescriba la ley y resulten necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

6.- El artículo 52 ordena:

Artículo 52

1. Los trabajadores migratorios tendrán en el Estado de empleo libertad de elegir su actividad remunerada, con sujeción a las restricciones o condiciones siguientes.
2. Respecto de cualquier trabajador migratorio, el Estado de empleo podrá:
 - a) Restringir el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades, cuando ello sea necesario en beneficio del Estado y esté previsto por la legislación nacional;
 - b) Restringir la libre elección de una actividad remunerada de conformidad con su legislación relativa a las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adquiridas fuera del territorio del Estado de empleo. Sin embargo, los Estados Partes interesados tratarán de reconocer esas calificaciones.
3. En el caso de los trabajadores migratorios cuyo permiso de trabajo sea de tiempo limitado, el Estado de empleo también podrá:

(...)

 - b) Limitar el acceso del trabajador migratorio a una actividad remunerada en aplicación de una política de otorgar prioridad a sus nacionales o a las personas que estén asimiladas a sus nacionales para esos fines en virtud de la legislación vigente o de acuerdos bilaterales o multilaterales. Las limitaciones de este tipo no se aplicarán a un trabajador migratorio que haya residido legalmente en el territorio del Estado de empleo para los fines de ejercer una actividad remunerada por un período determinado en la legislación nacional de dicho Estado que no sea superior a cinco años.(...)

Después de esta amplia lectura queda claro, pues, que tanto a nivel de la Constitución vigente como de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales, en razón del respeto a los derechos de los demás, como de motivaciones de interés general, *es plenamente posible limitar el ejercicio de los derechos*. La racionalidad de dicho poder limitador se evidencia del texto mismo de las diversas disposiciones reproducidas. Más allá de lo estrictamente jurídico normativo, es una cuestión de sentido común que los derechos de las personas no pueden ni deben entenderse absolutos, pues de ser así su ejercicio puede afectar el derecho de otros. En nuestras clases de Derecho Público en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil solemos poner el siguiente ejemplo: en ejercicio del derecho constitucional a la recreación un ciudadano puede escuchar música en su departamento, pero el volumen al cual escuche dicha música no puede ser de tal nivel que afecte el derecho al descanso de la familia vecina. Los niños del departamento colindante irán con sueño a la escuela, no se podrán concentrar bien en la clase, se pueden quedar dormidos en el aula, etc. La música debe, pues, oírse con límite de decibeles para no afectar la tranquilidad de terceros.

Expuestas como han sido varias disposiciones de distintos cuerpos jurídicos, y por consiguiente *contextualizado cómo debe entenderse el ejercicio de los derechos*, es pertinente la lectura del numeral 4 del artículo 11 de la Constitución:

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

(...)

3. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Volveremos luego sobre este texto. Lo dejamos enunciado.

El artículo 18, último párrafo, de la Constitución Política de agosto de 1998 definía:

“Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.”

Ahora bien, es de observar que la Constitución ecuatoriana, sustancialmente humanista, establece en el artículo 417 que “ Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. Esta norma concuerda con el numeral 3 del mismo artículo 11.⁴³

Es del caso precisar que esta disposición constitucional contiene *principios de aplicación* respecto de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Es decir, no plantea un enfrentamiento entre la Ley suprema y esos instrumentos en cuanto a su *contenido*. Y no tiene sentido que lo haga pues todo tratado internacional de derechos humanos previo a ser parte del ordenamiento jurídico de la República debe tener el dictamen favorable de la Corte Constitucional, en ejercicio de un control previo de constitucionalidad. Según el artículo 110 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴⁴, “ Los tratados internacionales que requieren aprobación legislativa, tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa⁴⁵”. Y el artículo 419 numeral 4 de la Ley suprema define:

⁴³ Que dice:

“ 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...”

⁴⁴ Publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No 52 del 22 de octubre de 2009.

⁴⁵ El encabezado de esta disposición dice:

“ **Art. 110.- Tratados susceptibles de control constitucional.**- La Corte Constitucional realizará el control constitucional de los tratados internacionales, de la siguiente manera:”

“**Art. 419.-** La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

(...)

4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.”

El artículo 420 de la Constitución define como una de las atribuciones de la Corte Constitucional “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”.

d) Los bienes jurídicos

Toda idea de derecho es inseparable del concepto de bien jurídico. No hay derecho sin bien jurídico protegido, pero es posible que existan bienes jurídicos que no estén comprendidos, y por ende tutelados, en específicos derechos en razón de alguna falla del ordenamiento jurídico del Estado. Es posible que en una ley se le haya escapado al legislador incluir un determinado bien jurídico. O que una parte de un bien jurídico sí la haya incorporado y otra no. Lo cierto es que los bienes jurídicos están protegidos por los derechos. Detrás de todo derecho hay, pues, un bien jurídico. Insistimos. Es posible que la forma o manera en que se protege ese bien por parte del derecho respectivo no sea la mejor. Puede conducir a una protección ineficaz o no idónea, pero eso es cuestión distinta al fenómeno real de que los derechos protegen bienes jurídicos. Justamente de la revisión efectuada de diversas normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos se evidencia con agudeza la presencia de bienes jurídicos. En razón de la protección de éstos es que tales instrumentos autorizan la limitación al ejercicio de derechos. Por ejemplo el artículo 29 numeral 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos define:

“**Artículo 29**

(...)

- 1 En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”⁴⁶

Y el artículo 8 numeral 1 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ordena:

“Artículo 8

- 1 Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
 - a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”

Estas dos disposiciones son elocuentes: posicionan el concepto de bien jurídico pero también la diversa gradación de los mismos. En el primer caso se destaca el bien jurídico “libertades” de toda persona, es decir de todo sujeto individualmente considerado. No obstante hay bienes jurídicos de mayor relevancia: la satisfacción de las justas exigencias de 3 bienes jurídicos: *la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática*. Y por su mayor importancia la tutela de éstos justifica la limitación de las “libertades” de toda persona individualmente considerada.

⁴⁶ Texto tomado de la obra ya citada: “APLICACIÓN DIRECTA de los CONVENIOS INTERNACIONALES de DERECHOS HUMANOS en el Ecuador”.

En el segundo caso se destacan los bienes jurídicos: intereses económicos e intereses sociales. No obstante mayor importancia tienen: el *interés de la seguridad nacional, el orden público*. En razón de lo cual la protección de éstos fundamenta la limitación del ejercicio de los primeros.

El Estado, ora fundamentado en legislación nacida de la aplicación de los procedimientos del Derecho Público Interno, ora sustentado en normas internacionales adoptadas legítimamente, debe proteger los bienes jurídicos de las personas, bienes cobijados en el manto de los derechos. Como hemos afirmado con insistencia, en un Estado constitucional de derechos y justicia la protección de los derechos ocupa un papel singularmente estelar. Las autoridades están vinculadas a los derechos y a la legislación. La relación con los primeros nace del nexo necesario con la legislación. La doctrina hace hincapié en el vínculo con los derechos, pues sin duda es novedoso legislativamente hablando. La Constitución vigente ordena en el artículo 426 párrafo primero que: “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”. Y el artículo 84 dispone:

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

En términos estrictamente racionales todo el conjunto de la acción del Estado está destinada a la protección de bienes jurídicos. Afirmamos en las primeras páginas de este trabajo: “La vida del Derecho son los derechos. Éstos se conquistan, se reconocen, se amplían cuantitativa y cualitativamente.” Y uno de los propósitos determinantes de las personas en su lucha por la vida es lograr bienes jurídicos para poder satisfacer sus necesidades de diversa naturaleza.

La protección de los derechos es un rol estatal que no depende de las condiciones o características de los titulares. La protección se da y se merece por el solo hecho de ser titular del derecho. El Estado debe tutelar los derechos para que estos - que incluyen bienes jurídicos - conserven su poder de satisfacer las necesidades respectivas. La tutela opera y debe operar respecto de la integridad de los derechos. Trátase de un papel - la tutela - permanente, incondicional, irrenunciable, irreductible, irremplazable, intransferible, no caducable, imprescriptible. Pero *es particularmente relevante la tutela del contenido esencial de los derechos*. Es decir, de lo fundamental de los derechos, del centro de éstos.

Regresaremos sobre este concepto. Pero dejemos sentado por el momento, nuevamente, que los derechos pueden ser objeto de ciertas limitaciones que no afecten su contenido esencial o núcleo duro; restricciones respecto de las cuales no existen consecuencias jurídicas activas para sus titulares. Vale decir, no dan lugar a acción, pues la restricción constituye una actividad jurídica normal, necesaria para la vida en sociedad. Lo de fondo es lograr la convivencia pacífica, la armonía, la seguridad, la paz individual y colectiva sin sacrificar la idoneidad y suficiencia de los derechos para satisfacer las respectivas necesidades.

El artículo II de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 define que “ La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y esos derechos son libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión.”

Es pertinente en este momento la cita de nuestro trabajo titulado **“¿DETERMINA EL DERECHO UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA EN LOS CASOS DIFÍCILES?”** desarrollado en el marco de la Maestría en Derecho Constitucional⁴⁷ de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en el cual afirmamos sobre el rol del Derecho:

⁴⁷ Trabajo dispuesto en la cátedra del Dr. Jorge Zavala Egas . Trabajo escrito en el año 2013.

Se sabe que el Derecho es regulador de la vida social, y que procura la justicia y la paz. Que definitivamente la sociedad no puede sobrevivir en calma sin la existencia y aplicación de cánones orientados a proteger los *bienes jurídicos* que valoran las personas; que la democracia necesita del Derecho. La conocida expresión *ubi societas ubi ius* es elocuente: donde hay sociedad hay Derecho. ¿ Por qué? Muy sencillo: porque el Derecho es un instrumento idóneo para que la sociedad logre sus propósitos de conservación, de justicia, de paz. La sociedad necesita no sólo sobrevivir. Necesita sobrevivir en paz. Ésta se logra determinadamente gracias a la protección efectiva de los derechos y de los bienes jurídicos en general.

Esa tutela del bien jurídico, esto es, de “ *el elemento o conjunto de elementos materiales e inmateriales, de valor individual o colectivo, que el Derecho protege de forma directa e igualitaria a efectos de que el titular del mismo pueda disfrutarlo efectivamente de forma pacífica, en el entendido de que esa tutela lo habilita para ejercer todas las acciones y plantear todas las defensas legítimas en orden a la conservación de la titularidad y disfrute del bien* ” ⁴⁸ no opera a través de normas jurídicas consideradas individualmente, sino de cánones organizados en forma jerárquica y a su vez armónicos entre sí. Por ello puede decirse que la protección de los bienes jurídicos es sistémica, como sistémico es el ordenamiento jurídico del Estado.

También puntualizamos en el indicado trabajo:

Cae por su propio peso que el Derecho en su conjunto es eficaz, que no es ni puede ser reemplazado, pues provee soluciones efectivas para la convivencia social pacífica. No existen alternativas para reemplazar el rol del Derecho en la sociedad. Lo que no quiere decir, en forma alguna, que

⁴⁸ Concepto que desarrollamos en el subtítulo : “**LA OPERACIÓN FENIX DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO**”, que es la segunda parte del trabajo: “ **¿CUÁLES SON LOS CRITERIOS QUE SE DEBEN UTILIZAR PARA SOLUCIONAR TODAS LAS POSIBLES TENSIONES NORMATIVAS QUE PUEDAN SURGIR ENTRE EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN DE VIENA Y LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA?**”, desarrollado en mayo de 2013 en el marco de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, ya referida. Profesora Paula Robledo.

la aplicación del mismo no sea objeto de complicaciones en una serie de situaciones por los conflictos que se encuentran en juego. Esos conflictos son parte de la vida en sociedad. Recuérdese que en el caso del Ecuador existe una norma expresa que define que todos los derechos tienen igual jerarquía: el artículo 11 numeral 6, que afirma que “ Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

La Corte Constitucional en la sentencia número 007-13- SIN-CC. CASO No 0034-12-IN (Acción de inconstitucionalidad de norma jurídica), publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No 4 del 30 de mayo de 2013, ha definido con claridad que:

Una de las innovaciones normativas importantes, sino la más importante, adoptada por el neoconstitucionalismo es la incorporación en la Carta Fundamental del principio de inexistencia de orden jerárquico de derechos, según el cual todos tienen igual jerarquía, que en su aplicación e interpretación comporta ciertos problemas, por la falta de definición de su jerarquía, que permita al juez ser garante de la intangibilidad de los derechos, a cuya consecuencia la doctrina y la jurisprudencia internacional han desarrollado principios que orientan su valoración, y entre ellos el principio de unidad de la Constitución, el principio de armonización y el principio de ponderación.

El pilar en que se asienta todo derecho es el respectivo bien jurídico objeto de protección. Por mandato constitucional en el Ecuador todos los derechos, y por lo mismo todos los bienes jurídicos, tienen *igual jerarquía*. La sentencia citada enuncia que tal definición comporta problemas. Indudablemente que sí. El artículo 11, que trata sobre los principios que rigen el ejercicio de los derechos, numeral 6 de la Ley suprema determina: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

Por la protección de los bienes jurídicos es que el ordenamiento jurídico articula las variadas formas de defensa de los mismos. Entre ellas se destacan: el derecho a la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En términos constitucionales el primero está conceptualizado así:

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

El sustento de la seguridad jurídica es el respeto a la Ley suprema porque ésta representa las expresiones pilares de la tutela de los derechos, y por lo mismo de los bienes jurídicos.

Dentro de esos pilares se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas. El artículo 75 de la Constitución dispone:

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

En los derechos de la naturaleza se destacan los bienes jurídicos: especies, ecosistemas, ciclos naturales, el patrimonio genético nacional. Lo anterior se colige de la lectura del artículo 73 de la Ley constitucional:

“**Art. 73.-** El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.”

e) ¿Por qué se protegen los derechos?

Los derechos se tutelan porque:

- 1.- Hacerlo es parte esencial del rol del Estado.
- 2.- Son útiles para satisfacer necesidades de los individuos como de la sociedad en su conjunto, y por lo mismo, protegiéndolos se cumplen las finalidades del respectivo derecho.
- 3.- A través de ella se nutre la confianza ciudadana en la institucionalidad pública en su conjunto.
- 4.- Al hacerlo se contribuye a la seguridad y paz individuales y colectivas.
- 5.- No hacerlo equivale a la negación de los derechos.
- 6.- La desprotección de los derechos, y por lo mismo de los bienes jurídicos que se cobijan tras ellos, implica una suerte de confesión sobre la no necesidad de la existencia del Estado.
- 7.- No hacerlo supone legitimar el ataque a los mismos por parte de terceros.
8. Al hacerlo se confirma la razonabilidad de la democracia.
- 9.- Su omisión genera responsabilidad civil extracontractual del Estado.

f) Caracteres de la protección de los derechos

La tutela de los derechos debe ser:

- 1.- Integral, esto es, debe comprender la totalidad del contenido del derecho, su patrimonialidad y su extra patrimonialidad.
- 2.- Eficaz, esto es, debe ser efectiva, real (no sólo formal) debe obtener resultados objetivos, positivos y tangibles.
- 3.- Eficiente, es decir, con la menor inversión posible de recursos, sin que por ello se sacrifique la eficacia de la protección.
- 4.- Idónea, es decir, apta para lograr la protección efectiva de los derechos.
- 5.- Regulada. O sea, sus estándares deben estar señalados en el ordenamiento jurídico.

- 6.- Progresiva, lo cual se traduce en que evolutivamente el ordenamiento jurídico debe reflejar expresiones de mejor contenido en relación con las que le anteceden.
- 7.- No regresiva, esto es, no debe ser menor cualitativa ni cuantitativamente en relación con las expresiones de protección que le anteceden.
- 8.- Procedimentalmente idónea, esto es, debe comprender mecanismos administrativos y jurisdiccionales eficaces y sencillos.
- 9.- Preservativa del contenido esencial de los derechos, esto es, que si en razón de tutelar los derechos de terceros o por motivaciones de interés público se limita el ejercicio de los derechos, tal limitación no debe afectar el núcleo duro de los derechos: su utilidad, su idoneidad, su suficiencia para proteger efectivamente los bienes jurídicos comprendidos en los respectivos derechos.
- 10.- Activa y pasiva, esto es, debe permitirle al respectivo sujeto de Derecho accionar su defensa y conservar la situación jurídica y material lograda gracias a los respectivos derechos de que se trate.
- 11.- Suficiente, es decir, las acciones que habilita la protección de los derechos deben poder lograr la defensa efectiva e integral de los mismos, como la conservación completa de las situaciones jurídicas y materiales obtenidas por el ejercicio de los derechos protegidos.
- 12.- Permanente en sus efectos, lo cual significa que los resultados logrados con la protección de los derechos deben ser irrevocables a corto, mediano y largo plazo.

Es importante observar que la protección de los derechos no significa que éstos no puedan variar de contenido. En efecto, la estructuración de los derechos, la dimensión de los mismos, su utilidad, su vocación, pueden mutar; depende de la valoración que la sociedad y los individuos realicen evolutivamente sobre los mismos. Ello no es incompatible con la existencia de un contenido esencial en cada derecho. Quienes se oponen a la existencia de un contenido esencial en cada derecho sostienen el carácter mutable de los derechos.

Pero muchas cosas cambian en la sociedad, entre ellas el contenido de los derechos. Esas mutaciones son bienvenidas en la medida en que con ellas se satisfacen necesidades individuales y colectivas mayores. Tanto es previsible la variación de contenido que el artículo 11 numeral 8 de la Constitución ecuatoriana

establece que “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.”

Esas condiciones también evolucionarán para ajustarse a la necesidad de cumplir la materialidad de la garantía de los derechos a cargo del Estado. No por eso el Estado deja de ser *constitucional de derechos y justicia*, ni se afecta en forma o modo alguno tal categoría. La evolución del contenido de los derechos no es razón suficiente o concluyente para negar la racionalidad de la teoría del contenido esencial – de vigencia constitucional literal en Alemania y España –; más aún, tal evolución es normal. Hay derechos de muy lenta o difícil evolución, como los derechos civiles, mientras que hay otros susceptibles de fácil mutación, particularmente por parte de la jurisprudencia.

Recuérdese que en el caso ecuatoriano la jurisprudencia constituye fuente primaria del derecho, tal cual lo ha definido la Corte Constitucional para el periodo de Transición en la sentencia interpretativa número uno, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 451 del 22 de octubre de 2008. Distinto sería el caso si en la sociedad no hubiera evolución y sólo los derechos variaran de contenido, en cuya situación el cambio constituiría una excepción.

g) ¿Límites a la protección de los derechos?

Hemos sostenido reiteradamente que el rol esencial del Estado es la protección de los derechos. La intensidad de esa protección, la forma, la frecuencia, el ámbito, la determinación de la instrumentalidad de la misma, el alcance, la persuasividad de la misma, el tiempo para accionar, etc, dependen de la legislación que desarrolle esa tutela. En la configuración del contenido de ésta el legislador es libre. Sólo tiene las limitaciones normales y racionales: la Constitución, la moral, el orden público, los derechos de terceros, el medio ambiente, entre otros elementos de fondo. En definitiva, razones de interés público. El legislador debe mostrar su ingenio para proteger los derechos. En una

expresión: fue elegido para tutelar los derechos e intereses legítimos de las personas y de aquellos sujetos u objetos que se asimilan jurídicamente a las personas. Por lo mismo, las expresiones de resguardo de los derechos no tienen fronteras cuantitativas ni cualitativas, salvo las enunciadas.

h) Lo más valioso de los derechos

Son los bienes jurídicos que protegen y la finalidad de los derechos. La finalidad es inseparable del concepto de todo derecho. Recordemos lo que entendemos por bien jurídico: “ *el elemento o conjunto de elementos materiales e inmateriales, de valor individual o colectivo, que el Derecho protege de forma directa e igualitaria a efectos de que el titular del mismo pueda disfrutarlo efectivamente de forma pacífica, en el entendido de que esa tutela lo habilita para ejercer todas las acciones y plantear todas las defensas legítimas en orden a la conservación de la titularidad y disfrute del bien* ”

¿Qué es lo que hace derecho a un derecho? Su contenido. Y ¿qué tiene ese contenido? Un poder jurídico y material de proteger a un bien jurídico. Luego, el legislador tutela esa potencialidad de todas las formas en que cree que ese derecho lo merece.

Los derechos están al servicio de los seres humanos, ora en forma directa, ora en forma indirecta. Los individuos y la sociedad debieran apuntar al cumplimiento espontáneo del Derecho. En nuestro libro “ EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA RESISTENCIA ¿REALIDAD O UTOPIA? (2012) Destacamos:

Desde el punto de vista de su *idealidad* la *plenitud* del Derecho se logra cuando, como regla, su cumplimiento es voluntario como producto de la convicción de los sujetos de Derecho sobre la necesidad de respetar las normas preestablecidas en función de lograr la justicia y la paz social. (p. 18)

Javier Pérez Royo en su obra “Curso de Derecho Constitucional” (2010) expresa:

El ordenamiento jurídico del Estado como un todo tiene necesidad de la coacción para mantenerse, pero no puede descansar en la coacción. Si las normas no son las adecuadas para la realidad social del país, no hay Estado que pueda imponer coactivamente su cumplimiento. (p. 77)

i) Conceptos de contenido esencial, el Derecho como pretensión de corrección y caracterizaciones del contenido esencial de los derechos

i.1 Conceptos

En nuestro concepto el contenido esencial de un derecho constituye aquel espacio jurídico sustancial y mínimo que le da sentido al derecho, y que por lo mismo le permite proteger con suficiencia, idoneidad, eficacia y certeza el bien jurídico en razón del cual existe ese derecho. El contenido esencial de un derecho le da identidad al derecho, permite caracterizarlo como tal, y por lo mismo facilita la protección necesaria e idónea para la conservación de su utilidad sin desdibujar su contenido. Es, pues, un contenido irreductible que permite que el derecho pueda cumplir efectivamente su papel de tutela al titular del mismo. Por ejemplo, el contenido esencial del derecho de apelar de una sentencia consiste en que el órgano judicial de alzada pueda analizar la decisión de fondo y, motivadamente, revocarla, confirmarla o reformarla. El recurso de apelación sin ese mínimo y sustancial contenido jurídico no sería ya recurso de apelación; lo que lo identifica es su idoneidad o aptitud para revertir, reformar o confirmar la decisión apelada.

Este concepto en términos casi idénticos - sin el ejemplo - lo expusimos en nuestro trabajo: “Introducción al estudio del contenido esencial de los derechos y la responsabilidad civil” (2013, p. 14).

El doctor Pablo Alarcón (2013) en su obra “La ordinarización de la acción de protección” sostiene:

El contenido esencial de un derecho fundamental o constitucional es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático del conjunto de bienes constitucionales en el que adquiere participación medular el principio – derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. Por estas razones en la ponderación que se utilice para determinar la validez de tales límites cumplen un rol trascendental los principios de interpretación sistemática de la Constitución y de concordancia práctica. (p. 66)

Respecto del Derecho, no del contenido esencial de los derechos, Robert Alexy (2008, p.p. 86, 87 y 90) reflexiona:⁴⁹

¿cuáles son las propiedades necesarias del derecho? Las propiedades necesarias que son específicas para el derecho son las propiedades esenciales del derecho (ALEXY, 2004:163). Las propiedades esenciales o necesarias del derecho son aquellas propiedades sin las cuales el derecho no sería derecho. Tienen que estar presentes, sin importar el espacio ni el tiempo, siempre que el derecho exista y en donde quiera que exista. Por consiguiente, las propiedades necesarias o esenciales son, al mismo tiempo, características universales del derecho. La filosofía del derecho, en tanto indagación acerca de la naturaleza del derecho es, por lo tanto, una empresa de naturaleza universalista.

Es bien cierto que es posible discutir , y de hecho a menudo se ha discutido, acerca de si existen propiedades del derecho que sean necesarias, es decir, propiedades que definan su naturaleza. Aquí se defenderá la tesis de que el derecho comprende necesariamente una

⁴⁹ En la obra “EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO”. Marcial Pons. Colección Filosofía y Derecho. MADRID. 2008. Páginas 86, 87 y 90.

dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica. Esta tesis puede denominarse como la tesis de la naturaleza dual. Un elemento central de la dimensión real del derecho es la coerción o fuerza. Un elemento central de su dimensión ideal es una pretensión de corrección, que incluye una pretensión de corrección moral y que, si se viola, implica que el derecho adquiera un carácter defectuoso, en casos normales, y la invalidez jurídica en casos extremos

... La coerción es necesaria si el derecho pretende ser una práctica social que satisface sus propósitos formales básicos definidos por los valores de la certeza jurídica y la eficacia. Esta necesidad práctica es la razón por la cual la necesidad conceptual implícita en el uso del lenguaje no se basa meramente en una convención sino también en la naturaleza de la cosa a la que se refiere el concepto. Esta necesidad es, en este sentido, una necesidad absoluta.

Carlos Bernal Pulido en el capítulo XIV “Normatividad y argumentación jurídica” de su obra “NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO” destaca, entre otros:

La normatividad está basada no sólo en la autoridad sino asimismo en la corrección. Las normas jurídicas no pueden ser concebidas únicamente como facticidad, es decir, como la consecuencia empírica del nudo ejercicio del poder. Las normas jurídicas también son una institucionalización de la corrección. Ellas implican por lo menos una pretensión de corrección. Al establecer qué comportamientos están prohibidos, ordenados, permitidos o habilitados, pretenden institucionalizar lo que es correcto jurídicamente para cada caso posible. (p. 385)

Fluye de lo anterior que el contenido esencial de los derechos es parte de la función *prescriptiva* del Derecho; prescripción establecida en función de lo que éste considera correcto.

i.2 Caracterizaciones

En cuanto a las caracterizaciones del contenido esencial de los derechos podemos subrayar:

- 1.- Constituye un ámbito o zona inatacable por parte del poder jurídico de limitar el ejercicio de los derechos que tiene el legislador.
- 2.- Se construye sobre la base de la idoneidad o aptitud, suficiencia, inviolabilidad, misión del derecho. Son estos elementos los que deben frenar al legislador en su faceta de limitar los derechos.
- 3.- Su violación pone en riesgo la misión del derecho, no su existencia jurídica. Y debiera, como regla, generar como consecuencia la respectiva responsabilidad civil por la quiebra del derecho respectivo. O en su defecto una singular compensación: trasladar el contenido esencial de ese derecho a otro derecho, lo cual indudablemente enriquecería a éste.
- 4.- Está atado al bien jurídico que tutela, y por lo mismo su quebrantamiento afecta tanto al derecho como al bien jurídico objeto de la protección.
- 5.- Constituye una frontera a la limitación de los derechos.
- 6.- Su violación da lugar al ejercicio del derecho constitucional a la resistencia, en el caso del Ecuador⁵⁰.
- 7.- La supranacionalidad de la legislación no es idónea para afectar el contenido esencial de los derechos, sin compensación.
- 8.- Constituye un estándar para todo legislador.
- 9.- Es un símbolo de especial importancia en un Estado constitucional de derechos y justicia, como es el caso del Ecuador. El núcleo de este Estado son los derechos. Y lo esencial de todo derecho es su poder de tutela del respectivo bien jurídico.
- 10.- Su existencia no convierte en absolutos a los derechos.

⁵⁰ La disposición constitucional que define este derecho es el artículo 98, que dice:

“ Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.”

11.- No afecta la posibilidad de cambio o desarrollo del contenido esencial de los derechos por parte del legislador y de la jurisprudencia, máxime en un Estado constitucional de derechos y justicia⁵¹, en el cual es más sólido el vínculo entre el poder público y los derechos⁵². En efecto, el contenido esencial de un derecho puede evolucionar. No es un concepto eterno. Lo contrario sería condenar a la sociedad a una determinada concepción del contenido esencial, la cual es, indudablemente, producto de una manera de entender el derecho en una época determinada. En el mundo del Derecho es normal la evolución del contenido de las instituciones jurídicas. Lo importante es que ese cambio tenga justificación racional, que no sea producto de la quiebra de bienes jurídicos. Si hay quiebra debe reconocerse compensación.

Juan Manuel Rodríguez Calero, en su obra “ CREACIÓN JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES” afirma:

Este carácter absoluto del contenido esencial de los derechos fundamentales no quiere decir que estemos ante un concepto invariable; éste, como otros conceptos constitucionales, “ aun manteniendo formalmente los mismos nombres, varían en su contenido. Esa alteración no es visible en cortos periodos históricos, sino que responde a modificaciones sociales más profundas y espaciadas. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional desempeña una importante función de adaptación que no se fundamenta en los criterios personales del juez, sino en la interacción entre el Derecho y la sociedad de la que el juez debe dar fe. Así lo entiende claramente nuestro juez constitucional cuando refiere la determinación del contenido esencial de los derechos”.

Puede parecer en principio contradictoria la existencia de un contenido esencial absoluto y al mismo tiempo históricamente variable, sin embargo, no es así. Los derechos fundamentales tienen un contenido mínimo (

⁵¹ Téngase en cuenta el artículo 11 numeral 8 de la Constitución del Ecuador, reproducido con anterioridad.

⁵² Recuérdese el artículo 84 de nuestra Constitución.

núcleo), cuya determinación debe expresar el Tribunal Constitucional, esto es, delimitar aquella zona del derecho que no es accesible a los límites del legislador. Esto no quiere decir que esté prohibida la intervención del legislador en ese ámbito nuclear, lo que le está vedado es la posibilidad de limitar el contenido esencial porque supondría, como hemos indicado, su desnaturalización. (p. 117) (RODRÍGUEZ CALERO , 2011)

Carlos Bernal Pulido en su obra “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” (2007)⁵³ refiere, en cambio:

Como hemos dicho, es bastante plausible pensar que el contenido - el esencial y el general - de los derechos fundamentales debe permanecer abierto al cambio. Sin embargo, el problema consiste en establecer si existe algún mecanismo racional para determinar cómo debe cambiar ese contenido, es decir, de qué manera algunas normas y posiciones que lo componen dejan de serlo, o se transforman, o son reemplazadas por otras, y sobre todo, si sobre estos cambios debe practicarse algún control de admisibilidad. No se sabe en definitiva de qué dependen los cambios en el contenido de los derechos, así como tampoco, si hay algunos cambios que sean inaceptables.

Para nosotros esta posición es extrema. La evolución de los derechos no es un concepto reglado. Es sencillamente evolución. Se estructura, se concibe, se produce.

En el caso ecuatoriano hay norma expresa en el sentido de que “ El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”.⁵⁴ En definitiva, el derecho es permanente, su contenido puede cambiar, evolucionar, para bien por supuesto. La derogación de los derechos implica regresión, salvo que esos derechos sean

⁵³ Tercera edición actualizada. CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES. Madrid. 2007.

⁵⁴ Artículo 11 numeral 8 de la Constitución.

reemplazados por otros de no menor beneficio. Lo trascendente es que los bienes jurídicos no se queden sin protección. Nunca se olvide el estatus de Estado constitucional de derechos y justicia, que es el referente necesario, la causa profunda de las acciones de la institucionalidad pública. En esta categoría estadual los derechos son causa, necesidad, razón permanente, irrenunciable, presente y futuro, vida efectiva, justificación existencial, núcleo institucional, motivación irremplazable, inspiración de la jurisprudencia.

Siempre hay que estar atentos sobre el verdadero contenido esencial de los derechos. Decimos verdadero porque es posible que haya un contenido esencial aparente o putativo. El bien jurídico protegido es determinante para la definición del contenido esencial de un derecho.

12.- Constituye una frontera objetiva, no subjetiva.

13.- Es afectado en forma directa si ante su violación la legislación no provee una acción oportuna, eficaz, suficiente para revertir dicho quebranto. Por lo mismo, la sustantividad del contenido esencial del derecho y la impugnabilidad de su violación deben medirse en forma conjunta. Si no existe la segunda se afecta la primera. Si la ley no provee la acción debe producirla la jurisprudencia.

14.- Si pudiéndose impugnar la violación al contenido esencial del derecho la legislación restringe los efectos de la acción y/o de la sentencia, o limita irracionalmente su ejercicio, tal contenido se verá afectado, no obstante la existencia formal del derecho a impugnar la violación. Una forma de restringir los efectos de la acción es establecer una caducidad menor a la general para interponerla.

15.- Es un límite tanto para la legislación originaria como para la derivada, esto es, para la normativa que se crea como para la que la reforma.

16.- Ninguna razón o motivo justifican la afectación del contenido esencial de un derecho, sin compensación. Ello es contrario a una *sociedad democrática*.

Empero, hay derechos que no pueden ni deben ser restringidos aunque se ofrezca en forma previa compensación, como el caso del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal.

17.- Según parte de la doctrina jurídica a quien corresponde determinar el contenido del concepto jurídico indeterminado *contenido esencial del derecho*, es a la jurisprudencia constitucional, pues no tiene sentido que sea el mismo legislador quien defina el límite hasta el cual puede limitar los derechos.

18.- Es un concepto implícito en toda idea de derecho. Pues todo derecho presupone una idea básica de protección, un contenido mínimo.

Juan Manuel Rodríguez Calero (2011) en la obra citada destaca:

“ No deja de tener razón, pensamos, Häberle cuando señala que la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales no reconoce otra cosa que ya no estuviera implícita en la declaración de derechos constitucionales, o sea, la existencia de los derechos fundamentales que suponen, en virtud del principio de jerarquía normativa (art. 9.2 de la Constitución española), la vinculación del legislador y todos los poderes públicos. Sin embargo, la técnica del contenido esencial transforma en explícita la existencia de una parte central, de un núcleo, que el Parlamento puede regular, pero no limitar. Sin esta cláusula, en buena lógica, no creemos que existieran notables diferencias en el estatus de los derechos fundamentales; sin embargo, su ausencia podría suponer, en algunos casos, el riesgo de que se argumentaran límites que vulnerasen y desnaturalizasen este contenido mínimo del Derecho, que con la cláusula del contenido esencial queda a mejor recaudo al especificar en cada momento el juez constitucional las aristas del contenido mínimo de cada derecho. (p. 113)

19.- Está vinculado al concepto de dignidad y al de proyecto de vida. La dignidad se realiza en la medida en que se respetan los derechos, el conjunto de los mismos

como su contenido esencial. A su vez los derechos permiten materializar el proyecto de vida de las personas.

20.- Aporta a la certeza del Derecho, y por lo mismo, a la seguridad jurídica. El vínculo de las autoridades es directo con los derechos. Su compromiso con la realización de éstos es indeclinable. La certeza en la aplicación del Derecho es una necesidad tanto de la institucionalidad pública, y por ende de las autoridades, como de los particulares.

La certidumbre en la aplicación del Derecho contribuye directamente a la paz individual y colectiva. La regla más trascendente de la vida en sociedad es la del respeto a los derechos. Esta certeza no elimina la posibilidad de revisión del contenido esencial de un derecho, pues tal contenido no queda congelado. Ello es contrario a las ciencias sociales.

21.- Como todo derecho puede ser sacrificado por errores argumentativos, no obstante su racionalidad (del contenido esencial). En efecto, no siendo los derechos absolutos es lógico que se impongan limitaciones a su ejercicio por parte del legislador respectivo en razón de la protección de otros bienes jurídicos que podrían incluso ser de otro rango normativo. Pero ello no elimina que por errores de argumentación, por ejemplo, se sobredimensione la parte limitable de un derecho y se invada la zona del contenido esencial afectándolo sin compensación.

22.- Su quebranto puede provenir de las diversas Funciones del Estado. Recuérdese que el contenido esencial de los derechos es: un límite al poder de limitar los derechos por parte del legislador, y también el punto de partida de toda resolución sobre un derecho. Tanto la administración pública como la administración de justicia para tomar una decisión sobre un derecho deben comprender, prima facie, cuál es su significación jurídica, qué comprende, cual es su contenido esencial. Constituye un absurdo resolver sobre un derecho sin conocer efectivamente, como punto de partida, cuál es su contenido esencial. No sólo es una cuestión de lógica. El Estado es tutor de bienes jurídicos y todas las instituciones del mismo, particularmente las que resuelven sobre derechos, deben

dimensionar correctamente los derechos, pues a través de éstos se protegen los bienes jurídicos. Errar sobre los derechos es errar sobre la justicia.

En la sentencia número 081-13-SEP-CC, caso No 0091-13-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 154 del 3 de enero de 2014, la Corte Constitucional ecuatoriana definió como punto de partida para la resolución del juicio, qué debe entenderse por *recurrir el fallo*. Aseguró el tribunal:

Ahora bien, respecto a la garantía a recurrir el fallo esta Corte Constitucional ha determinado que la misma:

“ conlleva la oportunidad que les asiste a las partes procesales para acudir ante un tribunal superior, con el propósito de impugnar la decisión del inferior. (...) el concepto de recurrir se lo entiende como acudir otra vez ante un administrador de justicia distinto del anterior, con el propósito de que la decisión judicial primigénea, que ha sido contraria a los intereses del vencido, pueda ser revisada en función de argumentos y requisitos especificados por la ley para cada recurso; y carecería de sentido que quien obtuvo lo que quería de la administración de justicia, recurra la sentencia o el fallo; asimismo, cada recurso tiene especificidades propias que deben estar claramente contempladas en la Ley de la materia.

En la sentencia número 050-13-SEP-CC, caso No 1458-10-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No 85 del 20 de septiembre de 2013, la misma Corte precisó:

El recurso es un instrumento jurisdiccional de naturaleza procesal establecido en la legislación, con el objeto de que al proponerlo, el recurrente pueda obtener la modificación o revocatoria de una sentencia, auto o resolución de conformidad con la ley. Este derecho que tienen las partes dentro de una contienda judicial permite que puedan impugnar el fallo que a su juicio consideren que le es adverso a sus intereses, a fin de

que un juez superior revise la actuación procesal, la enmiende y, de ser pertinente, repare violaciones procesales.

En la sentencia No 077-13-SEP-CC, caso No 0080-10-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 116 del 5 de noviembre de 2013, la Corte Constitucional determinó, entre otros:

Es evidente que la discusión central en el caso *sub examine*, se centra respecto a la disminución del monto a recibir por jubilación patronal de los extrabajadores y exservidores del IESS, situación que de conformidad con los criterios vertidos que anteceden, jamás se puede considerar como una vulneración al derecho constitucional en cuestión, toda vez que se dotó de este beneficio en observancia de las particularidades del caso.

El derecho a la jubilación encuentra en su núcleo esencial una retribución económica; es decir un reconocimiento de carácter económico por los años de servicios prestados en una institución así como de las aportaciones realizadas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, durante los mismos; particular que no se ve afectado en su esencia, toda vez que el reconocimiento de la misma se garantizó en la primera resolución y continuó con la segunda resolución expedida por el Directorio de la Institución involucrada.

23.- Su concepción se desarrolla típicamente en la motivación de los actos administrativos y de las sentencias que resuelven sobre los respectivos derechos.

24.- El desarrollo de su noción no debe contrariar la misión del derecho, pues afecta la tutela del respectivo bien jurídico. Lo esencial de un derecho radica en su poder de protección del respectivo bien jurídico.

Rodríguez Calero (2011) en el libro citado destaca:

En definitiva, podemos decir que el contenido esencial se configura en nuestra Constitución como un concepto absoluto, es decir, como un núcleo inaccesible a las limitaciones del legislador.

Esto no implica, sin embargo, que el legislador pueda limitar indiscriminadamente aquella parte del Derecho que no sea nuclear, porque en la Constitución se protege todo el derecho fundamental, no sólo el contenido esencial; la finalidad de esta cláusula es específicamente la de impedir la limitación del derecho fundamental por el legislador en su estructura más íntima. Por lo tanto, también desde una concepción absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, se hace necesaria la exigencia de justificación de cualquier límite que los afecte. Dos serían, pues, las actividades a desarrollar por el Tribunal Constitucional cuando trata las limitaciones de los derechos fundamentales: en primer lugar, determinar su justificación, y, en segundo, examinar que el límite no menoscabe el contenido esencial del derecho que se trate.

También afirma el indicado autor (RODRÍGUEZ CALERO, 2011):

El estudio del contenido esencial implica dilucidar si es ésta una cláusula absoluta o relativa. En nuestra opinión, sólo caracterizándola como absoluta puede funcionalizarse esta fórmula. La teoría relativa del contenido esencial cae en el error de identificar contenido esencial y derecho fundamental que son dos cosas muy distintas, la primera es una parte, la esencial, de la otra, o sea, define el contenido esencial de un derecho desde la posibilidad de imponerle límites. Para la teoría absoluta, por contra, existe una parte del derecho que es inaccesible a los límites, un contenido mínimo que siempre ha de respetar el legislador. Esto no quiere decir que sea ajena a la intervención del legislador; “intervención” no nos parece, desde luego, que sea sinónimo de limitación, y la cláusula del contenido se refiere únicamente a una protección frente a las limitaciones, y no a la posibilidad de desarrollo.

En nuestra Constitución, se establecen verdaderos derechos fundamentales y no contenidos mínimos, toda limitación, por tanto, ha de estar justificada en principio y a continuación se ha de comprobar que no viola el contenido esencial. Este carácter absoluto no supone que se pueda imponer a las generaciones futuras un determinado contenido esencial que se corresponda con el actual o con el existente en un periodo histórico determinado. Efectivamente, si bien en cortos periodos de tiempo se hace difícil columbrar modificaciones en los derechos fundamentales y consecuentemente en sus contenidos esenciales, en un arco temporal más extenso sí se observan cambios no ya en el régimen jurídico, donde sí se producen con una relativa frecuencia, si no en el mismo núcleo de los derechos, como paladinamente se atisba en el derecho de propiedad. Esto nos lleva a caracterizar a la cláusula del contenido esencial como variable, esto es, susceptible de mutar con el tiempo. (p.p. 140 y 141)

25.- Puede ser creación de la jurisprudencia, al igual que la institucionalización de cualquier derecho.

26.- Usualmente arranca de la legislación, pero no se agota en ésta.

27.- Si por excepción tiene un contenido contrario a la moral es deber de la jurisprudencia reencausarlo hacia la misma.

28.- En función de la certeza jurídica propia de la seguridad jurídica es deber de la jurisprudencia constitucional la definición del contenido esencial de los derechos, pues la incoherencia en la determinación de su contenido por parte de distintos jueces afecta a la igualdad jurídica y por ende a la seguridad jurídica. Habría, en definitiva, una administración de justicia de diverso sustrato dependiendo del juez que conoce la causa. Recuérdese, como expusimos antes, que la determinación del contenido esencial del derecho es el punto de partida de toda resolución sobre un derecho. Tanto la administración pública como la administración de justicia para tomar una decisión sobre el mismo deben comprender, prima facie, cuál es su significación jurídica, qué comprende, cual es su contenido esencial.

29.- Su definición es independiente del análisis sobre vicios de forma de la disposición que contiene el derecho.

30.- Su determinación exige individualidad respecto de cada derecho. No es racional fijar el contenido esencial de un grupo de derechos, por más que tengan proximidad con un mismo bien jurídico. Un grupo puede tener una misma filosofía, pero difícilmente un mismo contenido esencial.

El Dr. Jorge Zavala Egas en su obra DERECHO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (2010) destaca:

los derechos constitucionales valen objetivamente en la misma proporción en que se define el contenido esencial de cada uno. Hé aquí la cuestión que constituye el trasfondo del nuevo constitucionalismo, del surgido después del fracaso del positivismo anterior a 1955. (p. 47)

Subraya también:

es vital que los poderes normativos y los operadores jurídicos puedan definir el contenido esencial de cada derecho constitucional partiendo de la premisa, adecuada y magistralmente sentada por el TC español, que el contenido esencial de un derecho se estructura con aquellos elementos mínimos que lo identifican y lo muestran reconocible, no sin antes advertir que el legislador es libre y cumple con la Constitución cuando sobre un derecho subjetivo dicta una regulación amplia, generosa o, si es restrictiva y limitada, pues, ello depende del *criterio* o la *directriz* político que lo impulse a una u otra postura. (p. 47)

Juan Cianciardo en su libro “ El principio de razonabilidad” (2009), sostiene, entre otros:

La determinación de si una medida altera o no un derecho fundamental presupone una previa indagación acerca del contenido inalterable del derecho fundamental de que se trate. Determinado el contenido, solo restaría examinar si la medida en cuestión interfiere o no en él. La cuestión decisiva resulta ser, por ello la identificación del contenido inalterable. Se trata de una tarea a cargo del intérprete de la Constitución, especialmente de los jueces competentes, y que debe realizarse “a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección”.

Lo decisivo será, a nuestro juicio, una interpretación teleológica dirigida a determinar el bien protegido objeto del derecho fundamental, atenta a los bienes o intereses cuya protección se pretende mediante su reconocimiento, como explícitamente ha reconocido el Tribunal Constitucional español, sin olvidar el relevante papel, al que ya se ha hecho alusión, de los hechos del caso de que se trate. “Es que cuando los derechos constitucionales se ejercen en su auténtico sentido media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lastimar el ejercicio de los otros”.

A través del principio de razonabilidad y de la garantía del contenido esencial se pretende asegurar la intangibilidad de determinados bienes junto con la necesaria articulación o armonización de pretensiones contradictorias: la de los particulares entre sí o las de los particulares con el Estado. En nuestra opinión, no se trata de finalidades contradictorias: la intangibilidad supone armonización, y viceversa.” (p.p. 114, 115 y 116)

31.- El contenido esencial de un derecho puede no coincidir con la finalidad declarada del mismo.

32.- Su elaboración o desarrollo jurisprudencial difícilmente será reductivo en relación al texto de la norma que crea el derecho respectivo.

33.- Difícilmente su mutación puede ser radical desde el punto de vista de la jurisprudencia. Sería un síntoma preocupante; no así su ampliación.

34.- Cuando la determinación del contenido esencial de un derecho ha sido reiterada por parte de la jurisprudencia y ese derecho es derogado posteriormente, puede quedar la duda sobre si tal derecho adquirió autonomía en relación con la disposición jurídica que lo creó o reconoció; esto es particularmente posible en un Estado constitucional de derechos y justicia.

35.- Es imprescindible la definición uniforme de su contenido para no sacrificar la realización de la justicia, y por ende para no afectar la paz individual. En efecto, la administración pública y la administración de justicia no deben tener concepciones diferentes sobre un mismo derecho, pues ello conduciría a la violación del respectivo derecho, en perjuicio de su titular; de igual forma dentro de las diferentes administraciones públicas, tanto a nivel central como local, debe existir la misma concepción sobre el derecho respectivo, pues no sólo que se puede quebrar el principio y derecho a la igualdad jurídica de quienes son titulares del mismo derecho, sino que la diferente concepción trae como consecuencia definiciones diversas sobre los mismos puntos, dando lugar a la presentación de reclamos y recursos administrativos que pueden evitarse. La atención de tales reclamos y recursos afectan el tiempo de la administración pública, y por ende, muy posiblemente, el servicio público que presta.

La misma necesidad de uniformidad de criterio sobre el contenido esencial de los derechos cabe respecto de la administración de justicia; la ausencia de aquélla conduce de manera directa a la falta de certeza, a la ausencia de razonabilidad jurídica, a la quiebra de la seguridad jurídica. Esta necesidad ya la hemos destacado en este mismo subtítulo.

36.- El respeto a los derechos ajenos, el interés general y su prevalencia, la convivencia social pacífica, la paz individual y colectiva son razones determinantes para constituir al contenido esencial de los derechos como el límite al poder de limitar los derechos que tiene el legislador.

37.- La fijación de su contenido no debe ignorar el contenido moral del Derecho. Jellinek (Bachof, 2010, p. 62) decía que el Derecho es un *mínimo ético*.

38.- Puede ser afectado por la desvalorización de la ley, pues ésta es creadora de derechos. La desvalorización de la ley es un lamentable fenómeno producto del entusiasmo exagerado a favor del neoconstitucionalismo. La Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición ha golpeado a la ley en diversas de sus sentencias, dimensionando simultáneamente, en altísimo nivel, a los principios. La ley y los principios no se excluyen recíprocamente. Son y deben ser complementarios. El Derecho es integralidad, unidad, armonía para proteger bienes jurídicos; no exclusión.

Gustavo Zagrebelsky, uno de los autores más reconocidos en el mundo jurídico europeo y latinoamericano, es duro crítico de la legalidad y cultor de los principios jurídicos. En su obra “ El derecho dúctil” destaca, entre otros:

Si el positivismo todavía no ha sido abandonado ni en la teoría ni en la práctica jurídica del tiempo presente, y si los juristas continúan considerando su labor básicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la «ley constitucional», no es porque aún pueda ser válido en la nueva situación, sino porque las ideologías jurídicas son adaptables. La supervivencia «ideológica» del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado. (p. 41)

En la actualidad, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy sería

problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio. Esta regla está ya erosionada en ambas direcciones, en relación con los particulares y con la Administración.

La crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa deriva de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función prevalentemente «garantizadora» - es decir, de su función de garantía concreta de las reglas jurídicas generales y abstractas mediante actos aplicativos individuales y concretos (prohibiciones, autorizaciones, habilitaciones, decisiones, etc.) - y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. (p. 34)

A la confusión en la relación autoridad pública-libertad privada se añade el deterioro de las características de generalidad y abstracción de la ley como norma jurídica.

La época actual viene marcada por la «pulverización» del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, «de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción», hasta el extremo de las leyes – medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención «regulativa» en sentido propio: en lugar de normas, medidas.

Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características «clásicas» de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el «mercado de las leyes».

Dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado «Estado social» (para cada situación una disciplina adecuada a sus

particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador. De ahí la explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad.

La creciente vitalidad de tales grupos determina además situaciones sociales en cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas *ad hoc*, adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades. De ahí, la crisis del principio de abstracción. (p.p. 36 y 37)

A la pulverización de la ley se añade la heterogeneidad de sus contenidos. El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes.

La ley – en este punto de su historia – ya no es la expresión «pacífica» de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, «constitucionales», del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.

La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad. (p. 39)

hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un

ordenamiento –como podía suceder en el siglo pasado– . La crisis de la idea de código es la manifestación más clara de este cambio. En estas condiciones, la exigencia de una reconducción a unidad debe tener en cuenta la crisis del principio de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes del derecho. (p. 39)

Posiciones como la de Zagrebelsky debilitan la aplicación del principio de obediencia al ordenamiento jurídico del Estado, y es contraria parcialmente a disposiciones como la contenida en el artículo 10.1 de la Constitución española (CIVITAS, 2002):

10.1 La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, *el respeto a la ley* y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

39.- Debe dar lugar al ejercicio de las correspondientes acciones de distinto grado, dependiendo del nivel del derecho respectivo, así como de las garantías constitucionales del caso, en caso de quebranto al mismo (al contenido esencial del derecho respectivo). Su protección constitucional apareja su garantía.

40.- Su tutela no puede ser esquivada válidamente a través de la remisión normativa.

41.- Puede ser afectado por la falta de configuración del contenido de un derecho, cuando existe la obligación jurídica de realizar dicha configuración. Al efecto es importante precisar que la obligación puede ser implícita o explícita. Ésta se da cuando un texto jurídico así lo impone, con o sin tiempo determinado; aquélla es propia de todo Estado, y particularmente del Estado constitucional de derechos y justicia que instituye la Constitución del Ecuador en el artículo 1. Los derechos constituyen el corazón de dicha categoría estadual, y por lo mismo existe una obligación permanente de darles sustancia cuando habiendo sido creados no han

sido definidos su estructura y dimensión. Recuérdese la obligación jurídica constitucional de adecuar la legislación a los derechos, al tenor del artículo 84 de la Ley suprema:

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

Martín Borowski (2003, p.p 87 y 88) en la obra citada refiere que hay un concepto de configuración desprovista de vinculación con el contenido del derecho fundamental, y un concepto provisto de tal nexo, y que hay vinculación mediante una regla y mediante un principio. Al abordar el primer caso (concepto de configuración desprovista de vinculación) apunta:

(...) al desarrollar los derechos fundamentales no existe ninguna vinculación proveniente del contenido del derecho fundamental. En este caso, el derecho fundamental tiene siempre el contenido que las leyes le otorguen. Dado que el legislador constituye el contenido del derecho fundamental mediante su configuración, aquél no se encuentra vinculado en esta tarea a un contenido previo del derecho. Un ejemplo ilustrativo, que se encuentra en la Constitución española, es la libertad de entrar y salir del país reconocida a los ciudadanos españoles por el artículo 19 frases 2.a y 3.a. Según en el artículo 19 frase 2.a de esta Constitución, a todos los españoles se reconoce la libertad de entrar y salir del país *en los términos que la ley establezca*. A continuación, el artículo 19 frase 3.a prohíbe limitar dicho derecho con fundamento en razones políticas o ideológicas (...)

Ahora bien, podría ocurrir que la configuración de un derecho por parte del legislador sea insuficiente para tutelar el respectivo bien jurídico. Caso de evidente error legislativo que pudiera dar lugar a la responsabilidad del Estado legislador. En términos objetivos esta insuficiencia es contraria al Estado constitucional de derechos y justicia y al Estado social de derecho, y en general al rol del Estado, que es de protección efectiva.

También podría pasar que la configuración de un derecho sea equivocada por el sobredimensionamiento de otro derecho relacionado.

42.- Respecto del contenido esencial de los derechos las Funciones Ejecutiva, Legislativa y Judicial tienen una misión, que puede resumirse así:

1. – La Función Ejecutiva: concebir, instrumentar y aplicar políticas públicas de protección.

2.- La Función Legislativa: respetar en sus regulaciones su ámbito irreductible. En caso de irrespeto debe definir las consecuencias del mismo. No debe guardar silencio respecto de los efectos del quebranto del contenido esencial de los derechos. Si el legislador no dice nada, ello no afecta el efecto propio del quebranto del contenido esencial: la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legislativa. Y si la definición es incorrecta en términos de asunción de responsabilidad, cabe la demanda de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la responsabilidad civil directa por la quiebra del principio y derecho de igualdad.

3.- La Función Judicial: cumplir y hacer cumplir su espacio mínimo y definir las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales por su violación; y ejecutar sus decisiones al respecto. Evidentemente, debe también desarrollar jurisprudencia sobre el contenido esencial, particularmente en aquellos aspectos en que existen vacíos en la legislación.

j) Irrelevancia de las fuentes del Derecho ante el contenido esencial de los derechos

Lo de fondo en todo derecho es el bien jurídico tutelado a través del mismo. El ejercicio del respectivo derecho supone una manifestación del pertinente bien jurídico. Para el titular del derecho lo importante es la protección de éste y sus expresiones de diverso tipo. El rango del origen del derecho le es útil justamente para efectos de su protección. Así, si su génesis es constitucional podrá activar, en caso de violación, la acción de protección establecida en el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana. En definitiva, lo trascendente es el derecho, su titularidad, no el rango del mismo, es decir, no es relevante el nivel de la disposición jurídica de la cual proviene el derecho para efectos de contar con la seguridad de que el mismo no puede ser restringido en su *contenido esencial* por parte de quien ostenta una competencia normativa, sea legislador, autoridad de control, gobierno local, etc.

Si el carácter irreductible de una parte de todo derecho (contenido esencial) dependiera de su rango estaríamos en presencia de una clara discriminación, pues el Estado debe proteger todos los derechos de los administrados y de los que se asimilan a ellos. Máxime en un Estado constitucional de derechos y justicia. Cuestión distinta es que los derechos que ostentan un rango mayor pueden activar acciones que no tienen todos los derechos. Así, los derechos reconocidos en la Constitución, según el artículo 88 de la misma, dan lugar a la acción de protección. Ventaja que no tienen todos.

Todos los derechos son y merecen ser protegidos en su contenido esencial, sin importar, pues, el nivel o rango de los mismos. La Constitución del Ecuador, como deber primordial del Estado, define en el artículo 3 numeral 4 la garantía del ordenamiento jurídico, y por lo mismo – comprende - la garantía de los derechos. Éstos son parte del ordenamiento jurídico. La garantía, evidentemente, abarca el núcleo o contenido esencial de los derechos. *Es inentendible una garantía del ordenamiento jurídico que no comprenda el respeto al contenido esencial de los*

derechos que reconoce dicho ordenamiento; así como es inconcebible un Estado de Derecho sin ordenamiento jurídico.

Pero no sólo el núcleo esencial es y merece ser tutelado por el Estado, sino todo el derecho en su conjunto. Aquella parte que no constituye el contenido esencial puede ser limitada por razones de interés general, de orden público, de la protección de los derechos de los demás, etc. La “porción” del contenido esencial no puede ser limitada o sacrificada sin compensación. Ya hemos tratado el tema con detención. Agregamos ahora que el sacrificio del contenido esencial del derecho implica la pérdida del significado del respectivo derecho. Luigili en su obra “Principia iuris” (2011, p. 462) destaca que “... toda la producción jurídica puede ser representada como una producción de significados a través de las formas establecidas por el propio derecho”

Explica también Ferrajoli (2011, p. 462) en la misma obra que:

“estado (constitucional) de derecho” es un sistema en el que la producción de normas está regulada normativamente no sólo en lo referente a las formas de producción sino también en lo referente a los significados producidos. Se trata, evidentemente, de un sistema dotado de una mayor complejidad que el primero, debido a los requisitos que impone no sólo a la forma de los actos de producción del derecho como condiciones de su existencia o positividad, sino también a su contenido, o sea, a sus efectos o significados – sean estos normas, situaciones o estatus – como condiciones de su validez y legitimidad.

La jurisprudencia colombiana ha hecho énfasis en el contenido esencial de los derechos constitucionales, pero no sólo éstos son objeto de la protección.

k) Explicaciones, ejemplos y teorías sobre el contenido esencial de los derechos

La teoría del contenido esencial de los derechos, recogida en las Constituciones de Alemania y España, e implícitamente en la del Ecuador, es una expresión más de la protección de los derechos. Es un concepto jurídico indeterminado sobre algo determinado y trascendente para la convivencia social: los derechos.

La protección de los derechos, indudablemente, es un detonante inspirador del desarrollo de la legislación.

En nuestro trabajo: “ Introducción al estudio del contenido esencial de los derechos y la responsabilidad civil” (2013) destacamos, entre otros, lo siguiente:

a) El contenido esencial de los derechos y la responsabilidad civil

En términos amplios puede decirse que todo derecho está constituido por un espacio jurídico infranqueable, no disminuible en su contenido de fondo, pues tal contenido es lo que lo hace útil, lo hace conservar su naturaleza y misión en función del bien jurídico que protege. Reducir ese espacio jurídico tiene como consecuencia que ese derecho deje ser tal, pierda su eficacia, su suficiencia, su sentido integral, su idoneidad para tutelar el *bien jurídico* que se tuvo en cuenta al configurarlo como derecho.

El legislador no debe desestructurar los derechos dejándolos en esqueleto, inútiles, ridículos. Tal desarticulación es deleznable cuando lo hace por razones aparentes que quieren cubrir las verdaderas. El Estado y los legisladores existen para hacer todo el bien que se pueda a los administrados. A ellos se deben. El contenido de un derecho nos permite ejercer ciertas facultades e impedir a otros titulares de derechos que ejerzan los suyos en perjuicio de los nuestros. Es decir, el contenido de un derecho nos habilita para actuar en un sentido positivo y en un sentido

negativo, logrando que otro titular se abstenga de perjudicar nuestro derecho. Todo derecho tiene, pues, un contenido, por intrascendente que fuera o que parezca.

Cuando el contenido esencial de un derecho es atacado el Estado debe reaccionar, pues la reacción institucional es esencial al concepto de seguridad jurídica. Es tan sencillo como que la quiebra de un bien jurídico no puede suceder sin generar consecuencias a la luz del Derecho. El incumplimiento de una norma genera y debe generar siempre un efecto jurídico. De no ser así corre el riesgo la misión misma del Estado. El ciudadano confía en el Estado, le ha dado una estructura institucional para que lo proteja, no para que lo dañe ni para que permita que lo dañe sin consecuencias jurídicas de diverso tipo. Una de las consecuencias del ataque al contenido esencial de un derecho debe ser la reparación civil. En otras palabras la afectación al contenido esencial de un derecho debe producir efectos indemnizatorios.

La responsabilidad civil se vincula, pues, con la quiebra del contenido esencial de un derecho. Se *activa*. Este tipo de responsabilidad – la civil – es entendida como sinónimo de la obligación jurídica de indemnizar que tiene un sujeto de Derecho o institución respecto de un tercero, capaz o incapaz.

La responsabilidad civil es esencial en la ciencia jurídica y en la convivencia social porque: **a)** es expresión de seguridad jurídica; **b)** canaliza el concepto de justicia que supone el que quien daña a otro con o sin intención debe reparar el daño causado; **c)** desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual del Estado es una manifestación de la tutela estatal de los bienes jurídicos de los administrados; **d)** puede constituir o contribuir a constituir un freno a las acciones temerarias, ligeras, inconsultas, inmeditadas de los particulares respecto de sus similares, como también de las administraciones públicas en relación con los administrados; en este último caso particularmente por la existencia y

aplicación del llamado *derecho de repetición* que tiene el Estado y sus instituciones respecto de los funcionarios públicos causantes de los daños indemnizables y pagados por aquéllos – Estado e instituciones - a los particulares; es decir, en palabras sencillas, del cobro que deben hacer el Estado y sus instituciones a los funcionarios públicos causantes de los daños, por acción u omisión, de la cantidad de dinero pagada a los particulares por los daños generados por dichos funcionarios; e) confirma el concepto de responsabilidad jurídica, es decir, de la asunción de las consecuencias que el Derecho como sistema normativo define respecto de los sujetos de Derecho e instituciones, cuando ellos – los sujetos y las instituciones – por su acción u omisión han producido efectos trascendentes en función de los bienes jurídicos protegidos por el Estado.

La responsabilidad civil tanto de los particulares como del Estado confirma en todos los casos la importancia de los bienes jurídicos y de su protección. Los bienes jurídicos constituyen la idea central, la razón de ser de las instituciones jurídicas. En otras palabras, éstas existen en función de los bienes jurídicos; si no fuera así no existirían o quedarían vacías, sin contenido que las justifique. Los bienes jurídicos desde el punto de vista ciudadano no tienen tendencia, carecen de ideología y difícilmente tienen patrones ilegítimos que condicionen su contenido. Un bien jurídico puede tener mayor o menor énfasis tuitivo en razón de lo que represente para la sociedad en función de la valoración que de él realicen los ciudadanos. Por ejemplo la vida es un bien jurídico central del cual dependen todos los otros bienes jurídicos que apreciamos los ciudadanos. Su protección tiene y debe tener las más variadas manifestaciones institucionales e individuales. La regla es que todos atesoramos la vida.

Desde el punto de vista público estatal es posible que ocurran aberraciones en cuanto a los bienes jurídicos, pues el Estado puede hacer definiciones sobredimensionadas de los mismos o lograr creaciones artificiales de bienes jurídicos **con** propósitos malsanos, y así, por ejemplo, hacer delictivas determinadas acciones para encarcelar a un grupo de ciudadanos

previamente ubicados, o crear determinadas sanciones que antes no existían respecto de ciertas conductas, para perjudicar a un núcleo de personas. El poder del Estado ejercido con perversidad por cualquier administración pública, central o seccional, o por cualquier Función estatal puede servir para dañar bienes jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales, honras, libertades (...) (p.p. 12, 13 y 14)

En nuestro concepto el contenido esencial de un derecho constituye aquel espacio jurídico sustancial y mínimo que le da sentido al derecho, y que por lo mismo le permite proteger con suficiencia, idoneidad, eficacia y certeza el bien jurídico en razón del cual existe ese derecho. El contenido esencial de un derecho le da identidad al derecho, permite caracterizarlo como tal, y por lo mismo facilita la protección necesaria e idónea para la conservación de su utilidad sin desdibujar su contenido. Es, pues, un contenido irreductible que permite que el derecho pueda cumplir efectivamente su papel de tutela al titular del mismo. Por ejemplo, el contenido esencial del derecho de apelar de una sentencia consiste en que el órgano judicial de alzada pueda analizar la decisión de fondo y, motivadamente, revocarla, confirmarla o reformarla. El recurso de apelación sin ese mínimo y sustancial contenido jurídico no sería ya recurso de apelación; lo que lo identifica es su idoneidad o aptitud para revertir, reformar o confirmar la decisión apelada.

Otro ejemplo: el derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos por la acción u omisión del responsable tiene como *contenido esencial*, mínimo e insustituible, dejar al perjudicado indemne, esto es, libre del daño sufrido. Si la compensación o indemnización que recibe sólo atenúa el daño sin revertirlo o extinguirlo, tal derecho no se habrá realizado en su *contenido esencial*.

Otro ejemplo: como es conocido, la propiedad sobre un bien, corporal o incorporal, envuelve la posibilidad de *usar, gozar y disponer del bien*. Ese es su *contenido esencial*. Si se elimina el poder jurídico de disponer del bien se habrá afectado el *contenido esencial* de la propiedad; éste derecho dejará de ser tal quedará incompleto, habrá perdido su *identidad*, su contenido esencial.

Otro ejemplo: el artículo 173 de la Constitución consagra:

Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

El contenido esencial de ese derecho de impugnación comprende no sólo la aptitud para presentar la impugnación, sino la capacidad efectiva de los órganos competentes de la administración pública y de la administración de justicia de resolver dicha impugnación, revirtiendo o reformando la decisión de fondo. Por supuesto también supone la capacidad de confirmar la decisión.

Otro ejemplo: el artículo 66 numeral 23 de la Ley suprema dice:

Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:

(...)

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

El contenido esencial de este derecho está configurado en la misma disposición constitucional: comprende la recepción de atención o respuestas motivadas. Si a tal derecho se le quita la atención o las respuestas, pierde sentido, queda vacío. Ya no será el derecho de petición que describe la Constitución. La atención o respuesta comprende la decisión de fondo, evidentemente.

El profesor Carlos Bernal Pulido en su reconocida obra “ El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” (2007, p.p. 406-, 407 y 408) hace un valioso desarrollo sobre las teorías referidas. Reproduciremos parte de su exposición:

El contenido esencial ha sido tal vez el criterio más recurrido por la dogmática alemana y española para intentar definir la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales. Esta continua alusión se comprende, si se tiene en cuenta que el concepto de «contenido esencial» ha sido tipificado expresamente tanto en la Ley Fundamental de Bonn como en la Constitución Española. Así, el artículo 19.2 LF establece que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial», al paso que el artículo 53.1 CE prescribe: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...».

Con la ayuda de este criterio, la vinculación al Legislador se define de la siguiente forma: las normas adscritas y las posiciones iusfundamentales que resultan vinculantes para el Legislador, son aquéllas que están comprendidas en el contenido esencial de cada derecho fundamental. El problema estriba, no obstante, en poder delimitar el ámbito de dicho contenido esencial, es decir, en hacer explícitas cuáles son las propiedades que distinguen a este núcleo del derecho de aquel ámbito que no lo es, y trazar la frontera que separa a una y otra zona. Es claro que la expresión «núcleo» o «contenido esencial» es sólo una metáfora que el derecho ha tomado de las ciencias. Cuando una célula se observa bajo el microscopio, por ejemplo, puede observarse su núcleo en el medio de su citoplasma.

La tesis del contenido esencial asimila los derechos fundamentales a entidades cuya estructura se asemeja a la de las células, para señalar que el Legislador no puede afectar su núcleo, que éste es el límite a las decisiones políticas adoptadas en la legislación. Sin embargo, en cuanto entes, los derechos fundamentales carecen de sustancia; ellos tienen la índole de conceptos que existen únicamente en el lenguaje de los operadores jurídicos, y con mayor amplitud, de los participantes en la práctica

constitucional. Como consecuencia, puede suceder que aquella norma o posición jurídica que, desde el punto de vista de un participante pertenece al núcleo del derecho, observada a partir de la perspectiva de otro participante en la misma práctica jurídica, se encuentre fuera del contenido esencial.

La pregunta es, entonces, si existe algún criterio capaz de esclarecer cómo se determina que normas y posiciones caen dentro y fuera del núcleo, y si este criterio logra aglutinar tanta fuerza de convicción, como para congregar un consenso social que sirva para fundamentar las decisiones de los casos difíciles. Los criterios definatorios del contenido esencial serán más válidos y eficaces, en la medida en que puedan explicar con mayor sencillez y contundencia, cómo se compone la substancia que integra el núcleo de los derechos fundamentales, y de esta forma, en la medida en que resulten más plausibles a los ojos del conjunto de los operadores jurídicos y de la comunidad de participantes en la práctica jurídica.

Giancarlo Rolla, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Génova, Italia, en su trabajo “ TÉCNICAS DE GARANTÍA Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. CONSIDERACIONES SOBRE LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA Y DE LA UNIÓN EUROPEA” (2010, p.p. 214 y 215) expone:

“2. La garantía constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales

Mayores dudas presentan, en cambio, desde la perspectiva de los cánones interpretativos, las cláusulas constitucionales que hacen referencia al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales: hasta el punto que una voz autorizada ha afirmado que apreciar si la limitación de un concreto derecho fundamental vulnera su esencia constituye a menudo una tarea tan hostil como la de descifrar un enigma.

La apelación a la garantía del contenido esencial de los derechos se contiene, por lo general, en una cláusula constitucional específica. Ello

ocurre, por ejemplo, en el art. 53.1 de la Constitución española (los derechos y libertades, reconocidos en el capítulo segundo del título primero, sólo pueden ser limitados por ley y en el respeto de su contenido esencial), en el art. 19.2 de la Constitución alemana (en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial), en el art. 18.3 de la Constitución portuguesa (las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías no pueden disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de las previsiones constitucionales), en la Constitución húngara, que prohíbe la limitación de los derechos que menoscabe su significado y contenido esencial.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea opta por una solución diversa, en el sentido de que el principio de proporcionalidad y el respeto al contenido esencial se encuentran insertos en el mismo artículo: las limitaciones del ejercicio de los derechos y libertades deben respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades, además de ser diseñadas en el respeto del principio de proporcionalidad.

La formulación utilizada induce a pensar que la cláusula de respeto al contenido esencial de los derechos no representa un criterio interpretativo autónomo, sino uno de los perfiles de evaluación necesarios para respetar el principio de proporcionalidad. En otros términos, la garantía del contenido esencial sirve como contrapunto argumentativo y valorativo del juez, en el momento de considerar si una determinada reglamentación legislativa es razonable y garantiza el derecho constitucionalmente tutelado.

Por otra parte, la jurisprudencia ha precisado que la proporcionalidad requiere que las intervenciones sobre los derechos no sean desmesuradas o generen efectos intolerables tales, que atenten contra la sustancia del derecho garantizado.

También en algunos ordenamientos iberoamericanos – influenciados por las Constituciones española y alemana – se recoge la teoría del contenido esencial de los derechos constitucionalmente reconocidos.

Es el caso, por ejemplo, de Chile y Colombia, donde los Tribunales Constitucionales han precisado que la disciplina, la limitación e incluso la misma suspensión temporal de algunos derechos constitucionales no puede afectar “el ámbito necesario e irreducible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste, el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.”

Los derechos “pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización”, viceversa, no pueden ser privados de lo que les es consustancial, de manera tal que deja de estar reconocido y se impide “el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo traban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”

Luis Prieto Sanchís (2009) en su libro “JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES” inicia el estudio de nuestra temática en los siguientes términos:

La especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional se manifiesta en un reforzamiento de sus garantías o de su resistencia jurídica frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador. En este sentido, quizá la garantía más llamativa sea la recogida en el artículo 53.1 de la Constitución, al establecer que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio» de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II. Una cláusula que tiene

su origen en el artículo 19 de la Ley Fundamental alemana, con la que, sin embargo, presenta dos diferencias de cierta importancia: la primera es que, así como en Alemania no hay ninguna habilitación genérica en favor de la ley, sino que la garantía entra en juego sólo cuando existe un apoderamiento específico, en España la fórmula constitucional autoriza que la ley pueda interferir en el dominio de todas las libertades, con independencia de que exista una remisión o autorización singular en el propio texto constitucional; la segunda diferencia, más sutil y que aquí tiene menor trascendencia, es que en su redacción alemana la cláusula sólo está prevista para leyes limitadoras de los derechos, mientras que en la española parece extenderse a cualquier intervención legislativa, incluida naturalmente la limitadora.

En todo caso, y como ya se ha dicho, la competencia del legislador en la esfera de los derechos es incuestionable, y no sólo porque lo diga el artículo 53.1 o porque existan numerosas remisiones constitucionales a una futura regulación legal, sino ante todo porque la potestad legislativa es general; aunque, eso sí, siempre que respete el “contenido esencial” del derecho. Sin embargo, qué sea o cómo haya de entenderse dicho contenido es cuestión muy controvertida y, en líneas generales, los debates producidos en Alemania han tenido su reflejo en España. (p.p. 230 y 231)

Enseguida agrega Prieto Sanchís:

De entrada, la interpretación del contenido esencial plantea un problema relativo a la naturaleza misma del objeto protegido, es decir, de los derechos fundamentales. Desde una primera perspectiva, en el contexto de esta garantía lo que resulta protegido es la regulación general del derecho, de manera que el legislador debe respetar el contenido esencial a la hora de perfilar los contornos de un derecho o de establecer sus límites en normas generales. En cambio, ello no impediría que, en algunos casos individuales y por obra de otras restricciones —por ejemplo, normas penales o expropiatorias— un determinado derecho o libertad pudiera llegar a ser

sacrificado hasta su total eliminación para algún sujeto. Esta primera explicación, que suele denominarse *teoría objetiva*, sitúa, pues, la virtualidad de la garantía en el plano abstracto de la actividad legislativa reguladora o limitadora de los derechos.

Y a ella se opone una *teoría subjetiva* que, al contrario, hace hincapié en la dimensión individual que centralmente presentan los derechos fundamentales; éstos, en efecto, se configuran como inmunidades, facultades y pretensiones reconocidas en favor de las personas, por lo que la garantía no puede quedar derogada en esa esfera subjetiva. Naturalmente, nada impide mantener conjuntamente ambos enfoques: siempre que una regulación legal afecte a un derecho fundamental en cualquiera de sus dimensiones debe respetarse dicho contenido. Y a esta interpretación integradora coadyuva la difundida tesis de la doble naturaleza de los derechos fundamentales, que ha sido acogida en ocasiones por la jurisprudencia constitucional; de acuerdo con esta tesis, los derechos fundamentales son al mismo tiempo garantías institucionales, normas objetivas del sistema jurídico, y derechos subjetivos de atribución individual, de forma que su garantía debe comprender ambas facetas.” (p.p. 231 y 232)

Expuesto lo anterior, desarrolla Prieto Sanchís:

Desde mi punto de vista, la cláusula del contenido esencial ha de referirse al derecho fundamental en su totalidad, es decir, incluida la dimensión subjetiva, pero, eso sí, sin olvidar que es una garantía que opera frente al legislador y no directamente en los casos concretos de aplicación individual. Normas de derechos fundamentales no son sólo aquellas que premeditada o expresamente se orientan a una regulación general, sino cualquier norma que interfiera en la esfera protegida; por ejemplo, una ley penal. De ahí que cuando se advierta la restricción de una libertad o derecho en contra de un individuo, es que efectivamente se ha producido una restricción, tanto si esa restricción se apoya en una ley general

reguladora del derecho, como si se funda en cualquier otra previsión legal del ordenamiento: derecho subjetivo y norma objetiva son dos caras de una misma moneda. Lo que ocurre es que quien ha de ser evaluada a la luz de esta garantía es la norma en sí, cuya regulación ha de dejar a salvo el contenido esencial. Pero es entonces cuando sale al paso la cuestión nuclear: ¿qué es el contenido esencial?

El enunciado de esta garantía sugiere a primera vista que el contenido esencial es «una parte» del derecho fundamental, aquella parte que resulta definitoria o identificadora del significado que un derecho tiene en nuestra cultura jurídica, y cuyo sacrificio lo desnaturalizaría por así decirlo. Ésta es la llamada *teoría absoluta*, sostenida por buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia: en todo derecho -viene a decir- existe un “núcleo duro” indisponible que no puede ser restringido en ningún caso, ni siquiera aunque hubiese buenas razones para hacerlo. Sin embargo, al margen del carácter metafórico y un tanto confuso que presenta la idea de que un derecho tiene «partes», la teoría absoluta parece presentar algunas dificultades. En primer lugar, que brinda una protección innecesaria, pues, si los derechos tienen naturaleza constitucional, es obvio que la ley no puede llegar a lesionarlos en su «esencia», pero ello sin que fuese preciso recordarlo; sencillamente, en virtud del principio de constitucionalidad, los derechos fundamentales se muestran resistentes frente al legislador.

En segundo término, que puede propiciar una disminución del nivel de garantías porque si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultaría que toda ley limitadora del “contenido adjetivo o periférico” debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada. Y, finalmente, asumiendo que los derechos operan como principios y no como reglas, se ha criticado también que la teoría absoluta conduce a resultados contradictorios, pues cabe que una intervención normativa deba reputarse legítima a la luz de la ponderación, esto es, justificada en aras de la preservación de otros principios o derechos, e

ilegítima a la luz del contenido esencial. En otras palabras, el tratamiento de los derechos como principios hace inviable la idea de derechos absolutos.

Frente a la tesis absoluta, la *relativa* mantiene sustancialmente una equiparación entre contenido esencial y exigencia de justificación: no tiene sentido desde esta perspectiva tratar de identificar en general un núcleo duro e innegociable para cada derecho fundamental, sino que el contenido esencial se obtiene al final del proceso de argumentación en cada caso concreto y a la vista de los derechos o principios en pugna; más simplemente, el contenido esencial es lo que queda del derecho después de la ponderación y, como es obvio, dado el carácter del juicio de ponderación, lo que queda del derecho variará en cada caso en función de las exigencias de protección de los principios en conflicto que pretende tutelar cada particular ley.

El punto débil de este enfoque es que, así interpretada, la cláusula del contenido esencial podría llegar a tolerar en algún caso la eliminación o sacrificio completo del derecho, justamente en todos aquellos casos en que la intervención legislativa se muestre suficientemente justificada en aras de la protección de un interés constitucional. Tal vez por ello es corriente conjugar ambas interpretaciones, dando lugar a una teoría de doble barrera protectora: toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial del derecho.

Resulta habitual encontrar la formulación teórica de esta doble garantía en la jurisprudencia constitucional, si bien en la práctica no siempre se muestra consecuente: unas veces porque respalda leyes que juzga justificadas sin plantearse la posible vulneración del contenido esencial, y otras veces, a la inversa, porque reconoce libertad al legislador hasta el

límite infranqueable del contenido esencial sin preguntarse sobre la justificación de la medida limitadora.

Ahora bien, creo que el verdadero problema que presenta la cláusula del contenido esencial es que no se trata ya de un concepto indeterminado, sino más bien de un concepto impredecible, en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión....

(...)

El intento de aproximación realizado por el Tribunal Constitucional en la ya citada sentencia 11/1981 creo que confirma este escepticismo: apelar a la naturaleza jurídica o a los intereses protegidos, pedir al juzgador que indague en el metalenguaje o en las convicciones generalmente admitidas por los juristas, y todo ello con el fin de perfilar la esencia de un derecho constitucional en su contraste con un concreto precepto legal, no deja de ser una bienintencionada invitación a la retórica del intérprete, que en el fondo ha de construir con sus propias manos el sentido de una fuente constitucional. Los esfuerzos doctrinales casi veinte años después de aquella sentencia, pese al bagaje jurisprudencial acumulado, no resultan mucho más esclarecedores: el contenido esencial parece evocar “una imagen de cultura que la tradición jurídica, convocada por la Constitución, propone al intérprete”; imagen que, sin embargo, no es todavía el concepto acabado del derecho o de su esencia, pues esto es algo que “no puede preceder al juicio.

Se construye en él” a partir de una dialéctica entre la fidelidad a la tradición y el respeto al pluralismo político. Dicho en forma algo más tosca: el contenido esencial de un derecho fundamental es lo que el

legislador y el juez de constitucionalidad, con mejores o peores argumentos, dicen que es. (p.p.232, 233, 234 y 235)

Martín Borowski en su obra: “La estructura de los derechos fundamentales” (2003) expresa:

VI. CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Existe toda una serie de variantes de la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, concepto que aparece tipificado en el artículo 19 inciso 2 de la Ley Fundamental xxx y en el artículo 53 inciso 1 de la Constitución española. Nuestra investigación debe restringirse en este punto a cuatro variantes, que se producen tras aplicar dos diferenciaciones. La primera es aquella que se propone entre las teorías subjetiva y objetiva del contenido esencial. De acuerdo con la teoría subjetiva, el contenido esencial de los derechos fundamentales se relaciona con los derechos fundamentales como derechos subjetivos; por su parte, según la teoría objetiva, el contenido esencial se refiere a los derechos fundamentales como instituciones objetivas del sistema jurídico. No debe excluirse tampoco la posibilidad de que se combinen la teoría subjetiva y objetiva. Como quiera que los derechos fundamentales son, en su más pura esencia, derechos subjetivos del individuo frente al Estado, la teoría subjetiva es atinada en todo caso...

1. Teoría relativa del contenido esencial

Según esta teoría, el contenido esencial de los derechos fundamentales debe determinarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido lato. Ahora bien, la forma de aplicación del principio de proporcionalidad es algo que se determina de acuerdo con la estructura que éste tiene en cada una de las funciones de los derechos fundamentales, es decir, en la forma de interdicción del exceso, cuando se trata de los derechos de defensa, y en la forma de prohibición de protección deficiente, cuando se trata de los derechos de prestación. De

esta manera, el contenido esencial se determina ante todo mediante una ponderación. Dependiendo del peso que los principios contrapuestos tengan en la ponderación, ésta puede llevar en el caso concreto a que un derecho fundamental de un ciudadano sea restringido completamente. En este caso al ciudadano no le queda nada. Con la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad en sentido lato, la teoría relativa del contenido esencial presupone el carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

2. Teoría absoluta del contenido esencial

En contraposición a lo anterior, según la teoría absoluta del contenido esencial, existe un núcleo fijo que no depende de la ponderación. De acuerdo con esta teoría, dado que las normas de derecho fundamental no pueden ser ponderadas, ellas representan necesariamente reglas. Entonces, la teoría absoluta del contenido esencial plantea inmediatamente la pregunta acerca de por medio de qué métodos debe determinarse aquello que constituya el contenido esencial. En este punto deben considerarse dos estrategias. La primera remite a que el núcleo absoluto sea fijado de manera autoritativa. Sin embargo, en general puede decirse que una cosa es afirmar que un derecho fundamental tiene un núcleo absoluto y otra muy distinta es señalar qué contenido tiene ese núcleo.

Es preciso advertir que a partir de las fórmulas en que están redactadas las disposiciones de derecho fundamental en una constitución, fórmulas por lo general cortas e indeterminadas, no puede determinarse exactamente ningún núcleo absoluto, así como tampoco puede hacerse a partir de la voluntad del constituyente. Esta circunstancia lleva a la segunda estrategia, es decir, a la determinación del contenido esencial absoluto por medio de la solución de una colisión entre principios mediante una ponderación. No obstante, con ello debe abandonarse ya la posición de la teoría absoluta del contenido esencial y adoptar la postura de la teoría relativa.

3. Teoría mixta (absoluta/relativa) del contenido esencial

Aún queda el interrogante de si es posible combinar las teorías absoluta y relativa del contenido esencial. Como quiera que la teoría absoluta del contenido esencial presupone concebir a la norma de derecho fundamental como una regla y que la teoría relativa presupone considerarla como un principio, y que, por otra parte, una norma no puede ser nunca una regla y un principio al mismo tiempo, entonces, si se quiere combinar ambas teorías, sería necesario presuponer la existencia de dos diferentes normas de derecho fundamental. Esto no es imposible desde el punto de vista analítico, porque siempre es posible adscribir interpretativamente a la misma disposición de derecho fundamental dos normas diferentes. Sin embargo, la pregunta es si debe preferirse una teoría mixta de este tipo.

El punto de partida estaría en un núcleo absoluto, estricto, de los derechos fundamentales, que no podría ser restringido por el Estado en ninguna circunstancia. Este núcleo estaría rodeado por una corona en la que las intervenciones estatales serían admisibles, siempre y cuando respetaran el principio de proporcionalidad en sentido amplio. En la aplicación de esta teoría mixta del contenido esencial, lo primero que debe preguntarse es si se vulnera el núcleo absoluto; luego debe analizarse la proporcionalidad de la intervención en la corona del derecho. Lo que ocurre, sin embargo, es que tan pronto la teoría mixta debe enfrentarse a la tarea de determinar el núcleo absoluto del derecho, se sitúa ante el mismo dilema que afecta a la teoría absoluta: la imposibilidad de determinar el contenido esencial del derecho sin tener que recurrir a la ponderación. Esto nos lleva a la conclusión de que la teoría relativa del contenido esencial es atinada. (p.p. 97 a 101)

Bernal Pulido (2007), en la obra citada, destaca, entre otros:

La teoría espacial-absoluta del contenido esencial ha congregado desde el comienzo de los años 80 importantes adhesiones en la dogmática española, que aún perviven en gran medida. Además, se reconoció durante algún tiempo como la doctrina que el Tribunal Constitucional preconizaba de

manera oficial, aunque soslayando muchas veces de que, en algunas de sus sentencias más tempranas ya se comenzaba a abrir paso la aplicación del principio de proporcionalidad.

La teoría espacial-absoluta, en cuanto teoría espacial, se contrapone a las teorías temporales del contenido esencial. Una teoría temporal define el núcleo de los derechos fundamentales como un conjunto de normas y posiciones jurídicas que siempre permanece en la estructura del derecho, a pesar de que éste sufra mutaciones con el paso del tiempo. Por el contrario, las teorías espaciales representan a los derechos fundamentales de modo estático, como entidades corpóreas dotadas de substancia, que ocupan un lugar con coordenadas –piénsese en la metáfora de las células–. Definido de esta forma, el contenido de los derechos fundamentales se exploya a través de un determinado ámbito, en el centro del cual se ubica su núcleo.

A su vez, las teorías espaciales pueden ser absolutas y relativas. Las teorías relativas, coincidentes como hemos dicho en gran medida con la teoría del principio de proporcionalidad, aseguran que el Legislador puede intervenir en cualquier parte del contenido del derecho, siempre y cuando la intervención sea proporcionada. Por el contrario, desde la perspectiva de las teorías absolutas, la intervención legislativa sólo es constitucionalmente admisible en la zona accidental o «no esencial», pero nunca en el núcleo del derecho. (p.p. 409 y 410)

la teoría espacial-absoluta presupone que el conjunto de todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a cada disposición iusfundamental, se divide en realidad en dos subconjuntos: el núcleo, o lo indisponible por el Legislador, y lo accidental, el contorno, la periferia, que puede ser modificado, restringido o incluso suprimido por las decisiones políticas. Tanto el núcleo como la periferia forman parte del contenido del derecho, que se entiende como una substancia.” (p. 410)

De manera correlativa, el carácter absolutamente irrestringible de la parte nuclear también implica dificultades. ¿Qué ocurre si una exigencia derivada de otro derecho o de un bien constitucional muy relevante hace necesaria la intervención en este ámbito? En los casos más evidentes, el sentido común indica que si la afectación es imperiosa debe ser admitida. El sistema de derechos fundamentales no puede ser tan rígido que inclusive favorezca la irracionalidad y auspicie su propia deslegitimación política, por no poder adaptarse a las necesidades de la sociedad. Sin embargo, si se admite que en casos de extrema urgencia se puede afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, se llega entonces a la paradoja insalvable según la cual, en abstracto estaría prescrito⁵⁵ no afectar el contenido esencial de ningún derecho, pero en el caso concreto, a la vista de una necesidad imperiosa, la intervención legislativa en el contenido esencial debería ser admisible. Lo que valdría en la teoría, no valdría para la práctica.” (p.p. 420 y 421)

El artículo 9.3 CE es tajante al prescribir que toda restricción arbitraria o desproporcionada de los derechos es inconstitucional. Lo que ocurre es que «la cláusula del contenido esencial constituye un parámetro independiente y distinto al de la proporcionalidad». Toda injerencia legislativa en el contenido de los derechos fundamentales ha de respetar el límite absoluto del contenido esencial, además de estar justificada en los términos del principio de proporcionalidad. En todo caso, la justificación que brinda la proporcionalidad sólo es válida en la zona periférica del derecho; toda medida que afecte su contenido esencial es inconstitucional, así encuentre una justificación plausible a partir del principio de proporcionalidad: «toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho» (p. 429)

⁵⁵ Debiera ser “proscrito” en lugar de “prescrito”, para que tenga sentido. Ha de tratarse de un error de transcripción en el libro.

La teoría mixta integra estos dos elementos en un solo concepto teórico, según el cual, el contenido de todo derecho fundamental se divide en dos partes: un contenido esencial, cuyas normas y posiciones valen de modo *definitivo*, son absolutas en el sentido rawlsiano; y un contenido periférico, cuyas normas y posiciones tienen una validez *prima facie*, porque su validez definitiva puede ser desplazada por razones de mayor peso, que se deriven de otros derechos y que prevalezcan en la ponderación. Sin embargo, la teoría mixta no se percató de que los dos elementos que toma respectivamente de la teoría absoluta y de la relativa, son irreconciliables desde el punto de vista metodológico, se excluyen mutuamente entre sí. La idea de que cada derecho fundamental tiene una zona nuclear que no puede ser restringida, es incompatible por entero con la ponderación entre derechos y bienes, y con la aplicación del principio de proporcionalidad; correlativamente, la ponderación y la proporcionalidad son conceptos metodológicamente contradictorios con la idea del contenido esencial, entendido en los términos de la teoría absoluta.

La única manera en que los términos principio de proporcionalidad y contenido esencial puedan integrarse en una misma estructura teórica, es si se piensa que el contenido esencial no es nada distinto a lo que resulta de la aplicación del principio de proporcionalidad, tal como sostiene la teoría relativa. Con todo, de esta contradicción en que incurre la teoría mixta también puede derivarse un interesante aporte. (p. 432)

Mientras la teoría absoluta del contenido esencial observa a cada derecho aisladamente, para intentar diferenciar el núcleo de la periferia, la teoría de la proporcionalidad analiza al derecho en sus relaciones con los demás derechos y bienes, para establecer una relación proporcional entre todos ellos. La idea de que todo derecho fundamental tiene un núcleo esencial, en donde no caben restricciones, presupone una observación del derecho en abstracto y en solitario; y la idea de que las restricciones a un derecho fundamental son admisibles si son proporcionales a las exigencias que se

derivan de otros derechos o bienes constitucionales, presupone una observación del derecho en concreto e implícito en el sistema de relaciones constitucionales. (p. 433)

En síntesis, si hay núcleo no puede haber ponderación y si hay ponderación no puede haber núcleo. En otros términos, el juicio de constitucionalidad es unidireccional, de acuerdo con la teoría absoluta, y por tanto, el Tribunal Constitucional se limita a detectar el núcleo del derecho y a observar si la restricción legislativa lo afecta o no lo afecta; o por el contrario, el juicio de constitucionalidad es relacional, en los términos del principio de proporcionalidad, y por tanto, la labor del Tribunal Constitucional consiste en establecer si las ventajas que la restricción legislativa implica para el derecho o bien que la justifica, compensan las desventajas para el derecho restringido, en un examen de relaciones entre las ventajas y las desventajas. Lo que no es posible, es que el juicio de constitucionalidad sea a la vez relacional (principio de proporcionalidad) y no relacional (teoría del núcleo esencial). (p. 436)

Pedro Serna y Fernando Toller (2000) en su estudio titulado “LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA ALTERNATIVA A LOS CONFLICTOS DE DERECHO” precisan:

Pero el contenido esencial – o la regla de que los derechos y garantías constitucionales no deben ser alterados – no es sólo una garantía específica ante la ley, sino – en la intelección aquí propuesta – una pauta interpretativa: puede y debe ir más allá, y debe ser respetado también por la sentencia judicial. Esto viene impuesto por la vinculación de *todos* los poderes públicos a la *Constitución*, y no sólo del legislador; y sólo puede ser negado si se concibe la función judicial como una tarea meramente mecánica y, simultáneamente, se entiende que el contenido esencial de un derecho puede ser fijado de una vez por todas y para siempre por el

legislador o por un Tribunal Constitucional en su función de control constitucional abstracto, es decir, de legislador negativo (151).

Por tanto, el respeto al contenido esencial por parte de los jueces debe darse no sólo cuando una sentencia debe declarar la inconstitucionalidad de una ley que se haya extralimitado al regular un derecho constitucional, lo cual sería superfluo por evidente, sino que deben respetar ese contenido también en los innumerables casos donde los tribunales deben determinar qué alcance concreto tienen los derechos y cómo compatibilizarlos ante el aparente conflicto dicho de otro modo, dado que de hecho el juez puede concluir un litigio mediante la violación del contenido esencial, resulta lógico entender que está vinculado él también por esa garantía. Si, pudiendo lograr la compatibilidad en el caso, el juez resuelve un conflicto postergando un derecho en virtud de jerarquías o ponderaciones, él *directamente* - y no la ley - viola el contenido esencial, altera el derecho, puesto que en el caso destruye toda posibilidad de funcionalidad al derecho sacrificado.

Prestigiosa doctrina apoya esta interpretación. Así, hace más de medio siglo Linares afirmó - en el contexto argentino - que el respeto a la esencia de los derechos, impuesto constitucionalmente por normas como las citadas, “constituye una limitación al *arbitrio* legislativo, administrativo y *judicial*, de fuerza extraordinaria” (153). En la misma línea, se ha dicho por alguna doctrina española que esta garantía frente a la ley es decisiva para la positivación de los derechos fundamentales, “pero no es menor su incidencia en lo que atañe a su interpretación” (154); y que el contenido esencial no opera tan sólo en el momento normativo de los derechos, sino que modula también la aplicación concreta de los límites en la labor de la jurisdicción ordinaria (155). En el ámbito normativo puede citarse, en el caso de España, lo dispuesto por la propia Constitución: “los derechos y libertades reconocidos (...) vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1) (156).

En definitiva, lo que se debe advertir es que la determinación del contenido esencial puede y debe operar como pauta para resolver los aparentes conflictos entre derechos, más allá de su alcance como garantía específica, lo cual no sólo no se opone a lo dispuesto constitucionalmente, sino que resulta consonante con una interpretación sistemática de la Constitución y con una visión realista sobre lo que de hecho pueden hacer los jueces cuando “aplican” las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales. (p.p. 54 y 55)

El doctor Pablo Alarcón (2013, p. 64) en su libro “La ordinarización de la acción de protección” destaca, entre otros:

De manera general, la teoría del núcleo esencial del derecho fundamental ha sido dirigida concretamente al legislador con el objeto de evitar restricciones o limitaciones injustificadas a aquel segmento o parte dura que sostiene la esencia del derecho fundamental. No obstante, el núcleo esencial del derecho resulta igualmente importante para la administración de justicia, concretamente para el juez constitucional. En efecto, el operador judicial a partir de la activación de una garantía debe concentrar su análisis en la protección de aquel núcleo del derecho constitucional o fundamental.

Juan Cianciardo (2009, p.p. 114 – 116) en el subtítulo “*EL JUICIO DE ALTERACIÓN O AFECTACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL*” de su trabajo “El principio de razonabilidad” expresa:

Cabe preguntarse, a estas alturas, en qué consiste el juicio de alteración.

La determinación de si una medida altera o no un derecho fundamental presupone una previa indagación acerca del contenido inalterable del derecho fundamental de que se trate. Determinado el contenido, solo restaría examinar si la medida en cuestión interfiere o no en él. La cuestión decisiva resulta ser, por ello, la identificación del contenido inalterable. Se

trata de una tarea a cargo del intérprete de la Constitución, especialmente de los jueces competentes, y que debe realizarse “ a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a las que obedece su protección”.

Lo decisivo será, a nuestro juicio, una interpretación teleológica dirigida a determinar el bien protegido objeto del derecho fundamental, atenta a los bienes o intereses cuya protección se pretende mediante su reconocimiento, como explícitamente ha reconocido el Tribunal Constitucional español, sin olvidar el relevante papel, al que ya se ha hecho alusión, de los hechos del caso de que se trate. “ Es que cuando los derechos constitucionales se ejercen en su auténtico sentido media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lastimar el ejercicio de los otros.

A través del principio de razonabilidad y de la garantía del contenido esencial se pretende asegurar la intangibilidad de determinados bienes junto con la necesaria articulación o armonización de pretensiones contradictorias: la de los particulares entre sí o las de los particulares con el Estado. En nuestra opinión, no se trata de finalidades contradictorias: la intangibilidad supone armonización, y viceversa

Capítulo V

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y COLOMBIANA

1.- EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Revisaremos a continuación algunos desarrollos realizados por diversas sentencias del Tribunal Constitucional español que abordan nuestra temática.⁵⁶

El artículo 53.1 de la Constitución española se refiere al contenido esencial de los derechos:

53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

El Título I trata sobre los derechos y libertades fundamentales. Y el Capítulo II sobre los derechos y libertades. Entre ellos figuran: la igualdad, la vida, la integridad física y moral, las libertades ideológica, religiosa y de culto; la libertad y la seguridad; el honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, el domicilio, las comunicaciones, elegir libremente la residencia, entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca; libertad de expresión; a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; a la libertad de cátedra; a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; el derecho de reunión pacífica y sin armas; el derecho de asociación; el derecho de participar en los asuntos públicos,

⁵⁶ Después de nuestra extensa investigación en la página web del Tribunal Constitucional español y de indagar en diversas obras, podemos concluir que en el caso de España casi no hay sentencias actualizadas que aborden el contenido esencial de los derechos. Por ello las sentencias que reproducimos datan mayoritariamente de la década de los ochenta y noventa. Tomamos los casos básicamente de: "CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA". 1.a EDICIÓN. CIVITAS. Legislación y Jurisprudencia. 2002. Cuando tomamos las sentencias de otra fuente lo enunciamos oportunamente.

directamente o por medio de representantes; de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos; el derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la asistencia de letrado; al juez ordinario predeterminado por la ley; a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables; derecho a la tipicidad penal y administrativa; a la educación, a la libertad de enseñanza; a sindicarse libremente, a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses; al derecho de petición individual y colectiva; el derecho de defender a España; a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; a la propiedad privada y a la herencia; el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley; derecho al trabajo; derecho a la negociación colectiva laboral; el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo; la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Veamos los casos:

1.- Libertad de expresión ⁵⁷

“(…)

3. Pasamos ahora a referirnos al segundo recurso de amparo, que se fundamenta en que la Sentencia del Tribunal Supremo, y demás resoluciones judiciales impugnadas, van en contra del derecho de libertad de expresión, del principio de igualdad, de la presunción de inocencia, del principio de legalidad y del derecho reconocido a los padres en el art. 27.3 de la Constitución (antecedentes 4 y 6 b). En el presente epígrafe nos referimos al primero de ellos.

Para determinar si el derecho a la libertad de expresión ha quedado o no vulnerado es preciso referirse a las siguientes cuestiones: En primer lugar,

⁵⁷ Sentencia tomada de la página web del Tribunal Constitucional español. de ⁵⁷ Sentencia STC 62/1982 del 15 de octubre de 1982. Dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en los recursos de amparo números 185/1980 y 402/1981, acumulados.
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/104>

hay que examinar si el concepto de moral -que es el bien protegido por las resoluciones impugnadas- puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; en segundo término, si la respuesta es afirmativa, será necesario precisar en qué medida la moral puede constituir un límite de tal libertad; por último, habrá que concretar si tal medida ha quedado o no superada en el caso planteado, lo que exigirá precisar previamente el ámbito de la competencia del Tribunal Constitucional para entender de recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, dadas las peculiaridades que presenta tal supuesto.

A) Para resolver la primera cuestión enunciada -la moral como posible límite de la libertad de expresión-, hay que partir del art. 20.4 de la Constitución que dice así: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos contenidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

De acuerdo con el precepto transcrito, en conexión con el 53.1 de la Constitución, la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador, o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión. Problema que puede resolverse fácilmente a partir del art. 10.2 de la Constitución, dado que tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública [art. 19.3 b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10 Convenio de

Roma). El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art. 21 de la Constitución.

En relación con este punto el recurrente plantea la cuestión de que el Código Penal refleja un concepto de moral que es la propia de la religión católica, y afirma que la jurisprudencia que interpreta su art. 431 se refiere a esta particular moral con rechazo de toda concepción pluralista. Estamos, añade el actor, en una sociedad aconfesional y pluralista (arts. 16.3 y 1.1 de la Constitución) y por ello puede alegarse como vulnerado el art. 27.3 de la Constitución, en virtud del cual el libro «A Ver» se publica para aquéllos padres que deseen que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sin perjuicio de ulteriores precisiones, debe recordarse que, como ha declarado ya este Tribunal en reiteradas ocasiones, las normas preconstitucionales han de interpretarse de conformidad con la Constitución, por lo que cualquiera que fuera el concepto de moral que tomara en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, valores y derechos consagrados en la misma. Pero dicho lo anterior, es lo cierto, según hemos visto, que de acuerdo con la Constitución, y con la Declaración Universal, acuerdos y tratados ratificados por España, el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, como así lo ha hecho el legislador posconstitucional al regular en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, la libertad religiosa (art. 3.1), y señalar como límite de su ejercicio «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos

del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».”

2.- Contenido esencial y libertad de expresión

(Sentencia STC 62/82, aprobada el 15 de octubre de 1982⁵⁸)

“...

A) Para resolver la primera cuestión enunciada -la moral como posible límite de la libertad de expresión-, hay que partir del art. 20.4 de la Constitución que dice así: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos contenidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

De acuerdo con el precepto transcrito, en conexión con el 53.1 de la Constitución, la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador, o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión. Problema que puede resolverse fácilmente a partir del art. 10.2 de la Constitución, dado que tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública [art. 19.3 b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10 Convenio de Roma). El principio de interpretación de conformidad con la Declaración

⁵⁸ Tomado de la página web del Tribunal Constitucional de España, <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/104>

Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art. 21 de la Constitución.

En relación con este punto el recurrente plantea la cuestión de que el Código Penal refleja un concepto de moral que es la propia de la religión católica, y afirma que la jurisprudencia que interpreta su art. 431 se refiere a esta particular moral con rechazo de toda concepción pluralista. Estamos, añade el actor, en una sociedad aconfesional y pluralista (arts. 16.3 y 1.1 de la Constitución) y por ello puede alegarse como vulnerado el art. 27.3 de la Constitución, en virtud del cual el libro «A Ver» se publica para aquéllos padres que deseen que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sin perjuicio de ulteriores precisiones, debe recordarse que, como ha declarado ya este Tribunal en reiteradas ocasiones, las normas preconstitucionales han de interpretarse de conformidad con la Constitución, por lo que cualquiera que fuera el concepto de moral que tomara en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, valores y derechos consagrados en la misma. Pero dicho lo anterior, es lo cierto, según hemos visto, que de acuerdo con la Constitución, y con la Declaración Universal, acuerdos y tratados ratificados por España, el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, como así lo ha hecho el legislador posconstitucional al regular en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, la libertad religiosa (art. 3.1), y señalar como límite de su ejercicio «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad

democrática».

B) Una vez resuelta la primera cuestión enunciada, surge el problema de determinar en qué medida y con qué alcance puede ser delimitada la libertad de expresión por la idea de moral pública. Problema éste de difícil solución si se tiene en cuenta además que la moral pública - como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social. Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimum ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución).

Planteada así la cuestión, para precisar tales garantías hemos de acudir al Convenio de Roma de 1950, dado el contenido del art. 10.2 de nuestra Constitución y la competencia reconocida por España a la Comisión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, las garantías a las que nos referimos se deducen de los arts. 10.2 y 18, del mencionado Convenio, el primero de los cuales se refiere específicamente a la libertad de expresión, y el segundo -con carácter general- a las restricciones de los derechos y libertades de que trata el propio Convenio. Tales preceptos dicen así:

Artículo 10.2 «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para

impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Artículo 18. Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicados más que con la finalidad para la cual han sido previstas».

La lectura de los preceptos transcritos evidencia que el Convenio de Roma prevé dos tipos de garantías para las restricciones a la libertad de expresión de que ahora se trata: En primer lugar, las medidas han de estar previstas en la Ley y tienen que ser «necesarias» en una sociedad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere el art. 10, y por otra parte la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas.”

3.- Derecho de huelga⁵⁹

“(…)

8. Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo

⁵⁹ Sentencia tomada de la página web del Tribunal Constitucional español, <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/11>. Sentencia STC 11/1981, de 8 de abril de 1981 dictada por el pleno del Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de diversos preceptos del Real Decreto Ley 17/77.

abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo.

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. De este modo, en nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en que la normativa contenida en el Real Decreto-Ley 17/77

permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga se trata de satisfacer.

9. El art. 28.2 de la Constitución, al decir que «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses», introduce en el ordenamiento jurídico español una importante novedad: la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y como derecho de carácter fundamental. La fórmula que el texto emplea («se reconoce») es la misma que la Constitución utiliza para referirse al derecho de reunión o al derecho de asociación. De todo ello hay que extraer algunas importantes consecuencias. Ante todo, que no se trata sólo de establecer, frente a anteriores normas prohibitivas, un marco de libertad de huelga, saliendo, además, al paso de posibles prohibiciones, que sólo podrían ser llevadas a cabo en otro orden jurídico-constitucional. La libertad de huelga significa el levantamiento de las específicas prohibiciones, pero significa también que, en un sistema de libertad de huelga, el Estado permanece neutral y deja las consecuencias del fenómeno a la aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico sobre infracciones contractuales en general y sobre la infracción del contrato de trabajo en particular.

Hay que subrayar, sin embargo, que el sistema que nace del art. 28 de la Constitución es un sistema de «derecho de huelga». Esto quiere decir que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos. Es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa, como más adelante veremos.

Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución). Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan, como más arriba se dijo, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos. Puede el legislador introducir limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho, siempre que con ello no rebase su contenido esencial.

(...)

Así planteado el tema, la cuestión que a nosotros se nos plantea consiste en averiguar si es o no conforme con la Constitución la reducción que opera el art. 7.1 del Real Decreto-Ley 17/77, al preceptuar que el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse precisamente mediante la cesación de los servicios y al considerar como actos ilícitos o abusivos las huelgas de celo o reglamento y las formas de alteración colectiva del régimen de trabajo distintas de la huelga.

La respuesta que haya de darse al interrogante abierto en el párrafo anterior depende de cómo entendamos el contenido esencial del derecho de huelga, al aplicar a este especial derecho subjetivo las nociones genéricas

que más arriba establecíamos con referencia al contenido esencial de cualquier derecho. Para entrar en materia no será vano reiterar que entendemos por «contenido esencial» aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.

Desde estos dos puntos de vista que son complementarios entre sí no parece descaminado establecer que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Y cabe decirlo así no sólo porque ésta es la más antigua de las formas de hacer huelga y porque es lo que la generalidad reconoce de inmediato cuando se alude a un derecho de este tipo, sino también porque es este un modo que ha permitido la presión para el logro de las reivindicaciones obreras.

La afirmación de que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, no excluye por sí sola que el legislador al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades de cesación del trabajo pueden resultar abusivas, como es posible que remita este juicio en determinados casos a los tribunales de justicia, sin perjuicio de que, como es obvio, el ejercicio de la potestad legislativa quede en tales casos sujeto al control de este Tribunal a través de la vía de la inconstitucionalidad y las decisiones de los tribunales de justicia queden sujetas al recurso de amparo por tratarse de un derecho fundamental.

(...)

15. El ejercicio del derecho de huelga puede quedar sometido en virtud de la ley a procedimientos o a algún tipo de formalismos o de formalidades, porque el art. 53 de la Constitución permite que el legislador regule las

«condiciones de ejercicio» de los derechos fundamentales. Mas es preciso que el procedimiento y los formalismos no sean arbitrarios, tengan por objeto, como más arriba se dijo, proteger otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que no sean tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del derecho.

El Real Decreto-Ley 17/77 somete el ejercicio del derecho de huelga a una serie de exigencias formales y procedimentales, cuyo sentido y alcance es menester estudiar, para decidir la medida en que puede entrar dentro del art. 53 de la Constitución.

Las mencionadas exigencias procedimentales consisten básicamente en la necesidad de un preaviso, la de un referéndum previo y obligatorio, la formación de un comité, la formalización de las reivindicaciones y el traslado o notificación de las mismas al empresario. Dejando de lado estos dos últimos extremos, tan estrictamente ligados al concepto mismo de huelga, que sin ellos la huelga no existe, será conveniente analizar el preaviso, el referéndum obligatorio y la formación del comité.

- a) La necesidad de preaviso la establece el Real Decreto-Ley 17/77 en el art. 3 y la refuerza en los casos de huelgas que afecten a los servicios públicos. Es consecuencia del carácter de instrumento de negociación que la huelga tiene. Antes de que la huelga comience, debe darse a la otra parte la oportunidad de atender las demandas de los huelguistas o establecer con ellos una transacción para evitar la huelga. En el caso de huelgas de servicios públicos, el preaviso tiene por finalidad también advertir a los usuarios y permitirles la adopción de las medidas necesarias para que puedan prevenir a sus propias necesidades. Las huelgas por sorpresa y sin aviso pueden, en ocasiones, ser abusivas y la exigencia del preaviso no priva al ejercicio del derecho de su contenido esencial, siempre que los plazos que el legislador imponga sean plazos razonables y no excesivos. Debe observarse finalmente que estarán exentos de la obligación de cumplir el preaviso los casos en que así lo impongan

una notoria fuerza mayor o un estado de necesidad, que tendrán que probar quienes por tal razón no cumplieran su obligación previa. Que el preaviso por sí solo no sobrepasa el contenido esencial del derecho lo pone de manifiesto el hecho de que algunas formas de ejercicio del derecho de reunión en lugares públicos requieran un preaviso a la autoridad gubernativa sin que por ello se pueda decir que el derecho quede vacío de contenido o que se sobrepase su contenido esencial.

- b) Otro tema distinto es el de la exigencia de referéndum obligatorio y previo entre los eventuales huelguistas, que se exige que se adopte en cada centro de trabajo. La exigencia del Real Decreto-Ley es doble.

Ante todo, localiza cada huelga en cada centro de trabajo, de manera que el sistema que resulta es huelga por centro de trabajo. Por decirlo de algún modo, las huelgas intercentros serían sólo una suma de las huelgas parciales de cada centro. La exigencia de la declaración de huelga centro por centro no tiene verdadera justificación y no tiene más sentido que el de buscar medios de limitación, en lo posible, de los conflictos, especialmente en aquellos casos en que se presume -y estos casos no serán infrecuentes- que la decisión de huelga puede ser más fácil en unos centros que en otros. Sin embargo, el requisito de mayor importancia, en este punto, es el referéndum obligatorio. Algunos han sostenido que la justificación de este requisito radica en ser el único medio de dar a la decisión sobre la huelga un carácter genuinamente democrático, sin dejarla al influjo de algunos concretos intervinientes.

Sería, además, el medio para salvaguardar la libertad. Sin embargo, frente a ello se ha observado que la exigencia de un referéndum, especialmente en aquellos casos en que el quórum se refuerza, es una manera de ahogar el nacimiento de la huelga y constituye una importante limitación a este derecho. Por otra parte, parece bastante claro que el referéndum sólo

tendría sentido si la voluntad de la mayoría se impusiera necesariamente a la minoría de los no huelguistas de acuerdo con los principios democráticos. Esta conclusión no es, sin embargo, coherente con la libertad y el derecho al trabajo que la Constitución y la legislación reconocen, porque si la huelga es, como ya se ha dicho, un derecho de carácter individual (aunque de ejercicio colectivo) es claro que no puede ser al mismo tiempo una obligación.

Por ello, hay que estimar que el referéndum previo carece de justificación, opera como una pura medida impeditiva del derecho que va más allá del contenido esencial y debe por ello considerarse inconstitucional.

Hay que estimar que contraviene el contenido esencial del derecho de huelga del art. 28 de la Constitución el art. 3 del Real Decreto-Ley de 1977. Dicho artículo prevé dos vías para el ejercicio del derecho de huelga o, lo que es lo mismo, para la «declaración de huelga» el ejercicio por medio de representante y el ejercicio directo. En uno y otro caso la regulación viola el contenido esencial del derecho. En el primer caso -ejercicio por medio de representación-, porque se exige que se trate de una reunión conjunta de todos los representantes, de reunión a la que asista por lo menos el 75 por 100 y de decisión mayoritaria. Parece, en seguida, claro que, al reforzar los quórums, el ejercicio del derecho se dificulta extraordinariamente y que además se privilegia a la minoría contraria o simplemente abstencionista.

Lo mismo ocurre cuando se trata de un ejercicio directo, pues se requiere, como trámite previo, que un 25 por 100 de los componentes de la plantilla de un centro de trabajo decida que se someta a votación el acuerdo sobre la huelga que ha de ser tomado además en cada centro de trabajo. Un derecho de naturaleza individual no puede quedar coartado o impedido por minorías contrarias o simplemente abstencionistas. La naturaleza del derecho de huelga que define el art. 28 como derecho perteneciente a los trabajadores, hace necesario, para respetar el referido art. 28, que pueda ser

ejercitado directamente por los propios trabajadores, sin necesario recurso a los representantes. El ejercicio directo supone únicamente la concurrencia de una pluralidad de actos de ejercicio y la participación colectiva necesaria para que el acto sea reconocible como ejercicio de huelga. A una conclusión parecida a ésta llega la representación del Gobierno en este recurso, para quien el art. 3.2 del Real Decreto-Ley hay que entenderlo adicionado o completado con lo que resulta de los convenios 88 y 89 de la O. I. T. del Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, de la Carta Social Europea y de la Ley de Asociación Sindical.

(...)

18. El art. 28 de la Constitución es muy claro en el sentido de que, la ley ha de establecer las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Esta idea se reitera en el art. 37, cuando dicho precepto alude al derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo. Se habla allí de garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, con una fórmula que es literalmente idéntica a la del art. 28.2. Uno y otro precepto significan que el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes o servicios, cede cuando con ello se ocasiona o se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito. Es claro que ocurre así cuando se impide o se obstaculiza gravemente el funcionamiento de lo que la Constitución llama «servicios esenciales de la comunidad».

En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga. El

límite de este último derecho tiene plena justificación y por el hecho de establecerse tal límite no se viola el contenido esencial del derecho.”

4.- Derechos fundamentales

1.- STC 254/1988, de 21 de diciembre (RTC 1988, 254):⁶⁰

“FJ3: “«Como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las normas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como “fundamento del orden político y de la paz social”. Se produce, así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos [STC 159/1986, entre otras (RTC 1986, 159)].»”

2.- STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292):⁶¹

“FJ 15: «De otro lado, aun teniendo un fundamento constitucional y

⁶⁰ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. CIVITAS LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. PRIMERA EDICIÓN. 2002. Pág. 67

⁶¹ Obra citada. Páginas 275 y 276.

resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley [STC 178/1985 (RTC, 1985, 178)], éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. Conclusión que se corrobora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido citada en el FJ 8 y que aquí ha de darse por reproducida. Y ha de señalarse, asimismo, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio [SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 142), FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341), FJ 7].

De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica.»

5.- Derechos del detenido

STC 196/1987, de 11 de diciembre (RTC 1987, 196):⁶²

“(…)

La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la

⁶² Obra citada. Página 97.

efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación.

En esta línea doctrinal, que se deja expuesta, acorde con la declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictada el 13 de mayo de 1980 en el caso Artico, la libre elección de Abogado forma parte del contenido normal del derecho del detenido a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo de Abogado de oficio no hace irreconoscible o impracticable el derecho, ni lo despoja de la necesaria protección.

Sin embargo, constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen.»

6.- Prohibición de la censura previa

STC 187/ 1999, de 25 de octubre (RTC 1999, 187):⁶³

“ (...)

La prohibición de todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de expresión no es sino garantía con el fin de limitar al legislador y evitar que, amparado en las reservas de la ley del art. 53.1 y art. 81.1 CE, pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter, aun cuando cimentadas en la protección de aquellos derechos, bienes y valores constitucionales jurídicos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.4 CE, funcionan como límite de aquella libertad en su doble manifestación. Este Tribunal

⁶³ Obra citada. Páginas 136 y 137.

ya ha dicho en reiteradas ocasiones que por censura previa debe tenerse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido de la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el *placet* a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario.»”

7.- Derecho de asociación

STC 173/1998, de 23 de julio (RTC 1998, 173):⁶⁴

“FJ 8: «[...] El derecho fundamental implicado es, pues, el derecho genérico de asociación reconocido y parcialmente regulado en el art. 22 CE. Este derecho, que en su vertiente objetiva es uno de los elementos estructurales básicos del Estado social y democrático de Derecho, en tanto que derecho subjetivo es, en esencia, un derecho de libertad frente a posibles “interferencias de los poderes públicos” [STC 56/1995 (RTC 1995,56)].

Partiendo del referido reconocimiento y de la regulación parcial establecida en el citado art. 22 CE, este Tribunal ha venido destacando que el contenido fundamental de ese derecho se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: La libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas.

Junto a este triple contenido, el derecho de asociación tiene también, según se dijo en la mencionada STC 56/1995, una cuarta dimensión, esta vez *inter privados*, que garantiza un haz de facultades a los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen –o, en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a

⁶⁴ Obra citada. Página 145.

las que pretenden incorporarse–.»”

8.- Derecho al sufragio

STC 27 /1990, de 22 de febrero (RTC 1990, 27):⁶⁵

“FJ 3: «[...] El derecho de sufragio pasivo que consagra el art. 23.2 de la Constitución, en relación con el núm. 1 de dicho precepto, “tiene como contenido esencial, según la STC 71/1989, de 20 de abril (FJ 4) (RTC 1989, 71), asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos”. Por tanto, se vulnera el derecho de sufragio activo y pasivo (art. 23.1 y 2 de la CE) – piedra angular del sistema democrático – cuando, demostrada la votación mayoritaria de un candidato respecto de otro, se hace la proclamación en favor de este último en virtud de una argumentación que contradice abiertamente el sistema electoral y la Ley Orgánica que lo regula»”.

9.- Libertad sindical

1.- STC 292 /1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 292): ⁶⁶

“FJ 4: «[...] A) La libertad de organización y de ejercicio de la actividad dirigida a la defensa y promoción de los intereses generales de los trabajadores no sólo es un principio consagrado en el art. 7 de la Constitución, sino que constituye, además, el núcleo esencial del derecho fundamental de libertad sindical –STC 51/1984 (RTC 1984, 51)– que reconoce el art. 28.1 de la propia Constitución y desarrolla la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, puesto que no puede afirmarse que existan sindicatos, en el sentido democrático de la palabra, si no hay libertad sindical y ésta no es concebible si no se organizan

⁶⁵ Obra citada. Página 156.

⁶⁶ Obra citada. Página 192.

libremente – arts. 2 de la LOLS – y no ejercen en libertad su acción sindical –art. 8 de la misma Ley–.

Por consiguiente, debemos dejar sentado que la libertad sindical, en el plano colectivo, garantiza a los Sindicatos un ámbito esencial de libertad para organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que considere más adecuada a la efectividad de su acción sindical, dentro, claro está, del respeto debido a la Constitución y a la Ley.»

2.- STC 39 /1986, de 31 de marzo (RTC 1986, 39): ⁶⁷

“FJ 3: «[...] A) La enumeración de derechos comprendidos en el de libertad sindical que contiene el art. 28.1 de la Constitución no debe considerarse exhaustiva, sino meramente indicativa pues, aunque dicho precepto no se refiere expresamente a derechos “de actividad”, la conexión con el art. 7 de la Constitución y los tratados internacionales suscritos por España en la materia evidencian que la libertad sindical comprende también “el derecho a que los sindicatos fundados [...] realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático el Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer” – STC 70/1982, de 29 de noviembre, FJ3 (RTC 1982, 70)–. Así, profundizando en esta línea, que reconoce a los sindicatos una capacidad general para representar a los trabajadores, se ha afirmado que “la libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los tratados internacionales ratificados por España y, especialmente, los Convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, y las resoluciones interpretativas de las mismas dictadas por su Comité de Libertad Sindical (...) incluyen la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse también a la incoación de conflictos colectivos” – STC 37/1983, de 11 de mayo, FJ 2 (RTC 1983, 37)–. La libertad sindical, pues, comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a que

⁶⁷ Obra citada. Página 193.

está llamado desde el propio texto constitucional.

B) No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que, hablando en términos generales, los derechos citados con anterioridad son un núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería “reconoscible”. Es perfectamente claro que los sindicatos pueden recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del artículo 28.1 de la Constitución y que no contradicen el texto constitucional. Y también es perfectamente claro que, en ocasiones, es posible introducir diferencias entre los sindicatos, para asegurar la efectividad de la propia actividad que a aquellos se les encomienda, siempre que las diferencias se introduzcan con arreglo a “criterios objetivos”, que aseguran que en la selección no se van a introducir diferenciaciones caprichosas o arbitrarias porque, en ese caso, la propia diferenciación contradiría el principio de igualdad de trato y quebraría, sin justificación o con justificación insuficiente, el libre e igual disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos. En la medida en que estos derechos adicionales, concedidos a unos sindicatos sí y a otros no, sobrepasan el núcleo esencial de la libertad sindical –que debe ser garantizado a todos–, tampoco se vulnera el art. 28.1 de la Constitución.»”

3.- STC 27/1989, de 11 de abril (RTC 1989, 27): ⁶⁸

“FJ 1: «[...] el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Una de esas limitaciones, expresamente prevista en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la Comunidad, entendidos como servicios que atienden la garantía o ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes

⁶⁸ Obra citada. Página 197.

constitucionalmente protegidos.»”

10.- Objeción de conciencia al servicio militar

STC 160 /1987, de 27 de octubre (RTC 1987, 160): ⁶⁹

“FJ 3: «[...] Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial – aquí su finalidad concreta – consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituye, en ese sentido, una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el art. 30.2, en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales” por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos es justamente su naturaleza excepcional – derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España – lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria “con las debidas garantías”, que, si por un lado son debidas al objetor, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional.»”

11.- Derecho a la propiedad privada

STC 37 /1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37):⁷⁰

⁶⁹ Obra citada. Página 202.

“FJ 2: «[...] la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

[...] la referencia a la “función social” como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración

⁷⁰ Obra citada. Páginas 211 y 212.

subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.”

2.- EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Revisaremos a continuación la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia. En este país no existe disposición expresa sobre el contenido esencial de los derechos, circunstancia que hace más meritorio el desarrollo jurisprudencial.

1.- Contenido esencial del derecho a la honra

(Sentencia No. T-412/92, del 17 de junio de 1992⁷¹)

“...El contenido esencial de un derecho es aquella parte que le es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos y que le dan vida resulten real y efectivamente tutelados.

En el derecho a la honra, el núcleo esencial es el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí mismo y ante los demás, independientemente de toda limitación normativa.

El núcleo esencial de este derecho lo regulan los artículos 21 de la Constitución, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevén todos el mismo núcleo esencial. Los artículos mencionados anteriormente determinan que la ley señalará la forma de protección del derecho a la honra. Esa protección se manifiesta tanto en la acción de tutela como en los artículos 313 a 322 del Código Penal relativos a los Delitos contra la

⁷¹ Tomado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-412-92.htm>

Integridad Moral, concretizados en los hechos punibles de injuria y calumnia. Comete injuria el que hace a otros imputaciones deshonrosas, que menoscaban su reputación o su buen nombre dentro de la comunidad, mediante hechos que pueden ser ciertos o falsos pero no punibles. Incurre en calumnia el que imputa falsamente a otro un delito o una contravención. Respecto del derecho a la honra frente a los particulares, es necesario resaltar que si en algún ámbito tiene sentido hablar de la eficacia entre particulares de los derechos constitucionales fundamentales, éste es sin duda en el campo de la honra.”

2.- Contenido esencial. Contenido esencial del derecho de petición

(Sentencia No. T-426/92 del 24 de junio de 1992⁷²)

“ (...)

Núcleo esencial - Definición

21. La doctrina y la jurisprudencia extranjera han diseñado la teoría del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales como una garantía constitucional contra su vulneración. El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares.

Métodos para la determinación del núcleo esencial

22. En el proceso de determinación de lo que constituye el núcleo esencial de un derecho fundamental, el juzgador dispone de técnicas jurídicas complementarias. Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o

⁷² Tomado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-426-92.htm>

se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Combinación de métodos

23. Tanto la caracterización de las facultades inherentes a un derecho particular, como la determinación de los intereses jurídicamente protegidos, son caminos de indagación que deben converger para establecer el ámbito medular de un derecho fundamental cuyo respeto debe así quedar plenamente asegurado y protegido en el Estado social y democrático de derecho.

Núcleo esencial y reserva legal

24. La teoría del núcleo esencial tiene una estrecha conexión con la reserva de ley para regular los derechos. Esta última persigue que sólo puede ser el legislador el órgano llamado a limitar ciertos derechos fundamentales como garantía de su integridad. No obstante, cuando el legislador haga uso de sus facultades expresas para restringir o limitar ciertos derechos fundamentales debe respetar el valor de la decisión constituyente en torno a la fundamentalidad de un derecho, ésto es, su núcleo esencial.

La garantía del núcleo esencial o intangible de los derechos fundamentales impide que el legislador en uso de la reserva legal (autorización constitucional para limitar los derechos) se convierta en amo y señor de los mismos, lo cual llevaría a su vaciamiento.

La teoría del núcleo esencial limita el alcance de la reserva legal. Esta no puede ser concebida como una facultad unilateral para restringir la eficacia de los derechos fundamentales. Por el contrario, se opera una inversión de los efectos de la reserva legal y el núcleo esencial, en el sentido de que las leyes generales que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales deben a su vez ser interpretadas teniendo en cuenta el significado de los derechos fundamentales en una sociedad libre y democrática, en la cual los efectos restrictivos sobre los mismos deben igualmente quedar limitados.

La restricción a las limitaciones de los derechos fundamentales propugna por su fortalecimiento. El contenido de los derechos fundamentales lleva a limitar la libertad preformativa del legislador.

Interpretación y aplicación del núcleo esencial

25. La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. La ponderación de valores o intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.

Núcleo esencial y ponderación de valores

26. La Constitución contiene una escala de valores que impide, salvo casos de extrema necesidad, conceder prioridad a un bien jurídico por encima de un derecho fundamental. En la ponderación de valores constitucionales requerida en cada caso, es necesario garantizar una especial "fuerza de resistencia" a los derechos fundamentales, representada en la teoría del núcleo esencial, frente a otros valores jurídicos consagrados en la Constitución.

Examen del caso concreto - vulneración del núcleo esencial

27. El ejercicio efectivo del derecho de petición supone **el derecho a obtener una pronta resolución**. Las dilaciones indebidas en la tramitación y respuesta de una solicitud constituyen una vulneración de este derecho fundamental.

El derecho a obtener una pronta resolución hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición; sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad este derecho. Por otra parte, en ejercicio de su atribución de regular los derechos fundamentales (CP art. 152), el legislador no podrá afectar el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta, en este caso, la exigencia de una pronta resolución.

En el caso sub-examine la omisión del Estado en resolver prontamente la solicitud del petente, a pesar de sus repetidos y frustrados intentos de obtener

una respuesta, fue de tal magnitud que puso fuera de las posibilidades del interesado el ejercicio de su derecho, afectando con ello también el interés jurídicamente protegido que perseguía le fuera reconocido, consistente en su derecho fundamental a la seguridad social. Las razones expuestas por la entidad oficial como las deficiencias de personal, volumen de expedientes, orden de las solicitudes, reestructuración de los sistemas de trabajo, entre otros, no representan un interés público general que pudiera esgrimirse para justificar la desatención del deber de respuesta oportuna. Ni las máximas "prius in tempus prius in ius" o "error communis facit ius" pueden justificar el condicionamiento para resolver una solicitud a la resolución de peticiones presentadas por otras personas con anterioridad e igualmente todavía no resueltas.

Lo contrario sería bendecir los vicios burocráticos de una administración contraria a los principios de celeridad, economía y eficiencia que deben caracterizar el funcionamiento de las entidades públicas creadas para el servicio de los ciudadanos.

En consecuencia, debe concluirse que el núcleo esencial del derecho de petición ha sido afectado inconstitucionalmente por parte de la administración al no haber resuelto en forma oportuna la solicitud de sustitución pensional presentada por el accionante.”

3.- Intervención del Estado y contenido esencial. Contenido esencial de la libertad de asociación

(Sentencia aprobada el 14 de diciembre de 1992, expedida con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2o. (parcial); 4o.; 8o. (parcial); 9o, 10o y 11 de la ley 70 de 1979, "Por la cual se reglamenta la profesión de topógrafo y se dictan otras disposiciones sobre la materia."⁷³

“ (...)

⁷³ Tomado de la página web de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-606-92.htm>

2. EL DERECHO A ESCOGER PROFESION U OFICIO Y LA INTERVENCION DEL ESTADO

El derecho a escoger profesión u oficio es una derivación directa del derecho al trabajo. Por ende, el razonamiento expuesto se aplica también al derecho consagrado en el artículo 26 de la Carta. Se trata tanto de un elemento estructural del sistema constitucional, como de un derecho subjetivo que despliega una especial eficacia vinculante frente al poder público. De otra parte, si bien la Constitución garantiza el derecho a escoger profesión u oficio, lo cierto es que tal derecho se vería lesionado si de él no se dedujera el derecho a ejercer la profesión u oficio escogido, en condiciones de libertad e igualdad, dentro de los parámetros de la Constitución. Por eso, la facultad del legislador de exigir títulos de idoneidad, (artículo 26 CN) dice relación no tanto al derecho a escoger profesión u oficio, como al derecho de ejercer la actividad elegida. Igualmente, la función constitucional de las autoridades competentes para inspeccionar y vigilar el ejercicio de las profesiones, lleva a concluir la existencia del derecho a ejercer la profesión u oficio libremente escogida.

Ahora bien, los derechos fundamentales y dentro de ellos el derecho a escoger profesión u oficio, cuentan con límites internos y externos. Son límites internos aquellos que señalan las fronteras del derecho como tal y que conforman su propia definición; son límites externos los establecidos expresa o implícitamente por el propio texto constitucional, para defender otros bienes o derechos protegidos expresamente por la Carta. Así, la Constitución establece un límite al derecho consagrado en el artículo 26, al señalar que el legislador puede exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones que exijan formación académica, y que las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de tales profesiones. Señala entonces la Carta Fundamental que el ejercicio de determinadas profesiones puede estar limitado mediante ley pero exclusivamente a través de la exigencia de títulos de idoneidad. Esta exigencia se encuentra justificada en lo dispuesto por el artículo 2, último inciso de la Constitución, en virtud del cual:

"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares".

Así las cosas, es claro que el legislador está expresamente autorizado para intervenir en el ejercicio del derecho fundamental de escoger profesión u oficio. Pero dadas las garantías de igualdad y libertad que protegen este derecho, las limitaciones establecidas por el legislador deben estar enmarcadas en parámetros concretos, so pena de vulnerar el llamado "límite de los límites", vale decir, el contenido esencial del derecho que se estudia. En primer lugar en la Constitución vigente las limitaciones a este derecho tienen reserva de ley. Así, el legislador es el único competente para establecer los títulos de idoneidad que deben acompañar en cada caso el ejercicio de tareas que exijan formación académica. De otra parte, las normas respecto de las cuales las autoridades competentes vigilarán e inspeccionarán tal ejercicio, deben estar fijadas, bien expresamente por la ley, si se trata de reglamentaciones que toquen directamente con el derecho en cuestión, o bien por delegación legal, cuando se trata de reglamentaciones técnicas o administrativas que no hacen relación directa con el ejercicio del derecho fundamental. En segundo lugar, la exigencia de títulos de idoneidad esta limitada en primera instancia a las profesiones u oficios que exijan realmente estudios académicos, así como por los alcances de la tarea a realizar y el interés concreto que se pretende proteger.

Dichos títulos deben estar directamente encaminados a certificar la cualificación del sujeto para ejercer la tarea. Así, las normas que regulen tal cualificación no pueden establecer exigencias que superen los requisitos que en la práctica se requiere para proteger los derechos de otras personas. Cuando la reglamentación del derecho lo somete a requisitos innecesarios, o lo condiciona más allá de lo razonable, o disminuye las garantías necesarias para su protección, se estará frente a una clara violación del contenido esencial del

derecho. Los títulos de idoneidad, se adquieren entonces, con la formación técnica o intelectual exigida por la ley.

De otra parte, es claro que para poder garantizar la autenticidad de dichos títulos en actividades que comprometen el interés social se requiere, en algunos casos, la creación de licencias, tarjetas o en fin certificaciones públicas de que el título de idoneidad fue debidamente adquirido, en instituciones aptas para expedirlo. Si esto es así, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 26 de la Carta ningún otro requisito, además de los destinados a probar la veracidad o autenticidad del título, puede ser exigido para la expedición de tarjetas o licencias profesionales. Ahora bien, es a través de dichas tarjetas o licencias, como las autoridades competentes pueden inspeccionar o vigilar el ejercicio de determinadas profesiones. En este sentido la posesión de tales documentos puede estar condicionada al cumplimiento de ciertas normas éticas. Dichas normas, en cuanto reglamentan el ejercicio de un derecho fundamental, tienen reserva de ley y deben respetar los principios constitucionales, en particular, los que corresponden al debido proceso.

Acorde con todo lo anterior, esta Corte considera que en materia de reglamentación del derecho fundamental a escoger profesión u oficio, el legislador debe imponer los requisitos estrictamente necesarios para proteger el interés general, toda vez que el ejercicio de una profesión u oficio debe permitir el mayor ámbito de libertad posible, para que en su interior se pueda dar un desarrollo espontáneo de la personalidad, en congruencia con el principio de la dignidad humana. En conclusión, la intervención del Estado en el derecho fundamental consagrado en el artículo 26 de la Carta debe respetar la garantía general de igualdad y de libertad que conforman su contenido esencial. La reglamentación de una profesión no puede favorecer, implícita o explícitamente, discriminaciones injustas, fundadas en distinciones artificiosas entre trabajo manual o trabajo intelectual o entre oficios y profesiones. Todo trabajo lícito dignifica y enaltece a la persona humana.

Ahora bien, no puede decirse que el legislador tiene absoluta libertad para determinar qué actividad debe ser regulada, y establecer cualquier clase de requisitos o condiciones para su ejercicio. Como se ha dicho antes, el valor normativo del texto constitucional y el contenido esencial del derecho que se estudia, imponen al legislador una serie de límites al ejercicio de sus funciones y al contenido material de los actos que expide.

En este sentido, para que sea legítima la reglamentación del derecho, es necesario que sea clara y objetiva la exigencia de cualificación que impone la protección del interés general. En tal virtud, los títulos de idoneidad y las tarjetas y licencias profesionales destinadas a controlar el ejercicio de la profesión, constituyen una excepción frente a la regla general, excepción que no puede desconocer los principios de la Carta del 91. En consecuencia, esta Corte advierte que toda regulación de una profesión debe consultar el interés general, legítimamente definido y debidamente probado. De otro modo existiría el grave riesgo de profundizar la desigualdad social mediante la negación del ejercicio del derecho al trabajo.

... La adecuación de la teoría de los derechos adquiridos, a la nueva axiología constitucional, amerita algunas reconsideraciones, por cuanto lo que prima ahora no es el interés patrimonial del individuo, -que por supuesto merece también particular atención-, sino otros valores, principios y derechos que, como la solidaridad, el interés general y la dignidad humana, podrían llegar a verse afectados por una defensa a ultranza de los derechos patrimoniales.

En cualquier caso, las conclusiones contrarias que puedan aparecer de la aplicación de uno u otro principio, deben seguir el criterio que exige la nueva Carta constitucional, en virtud del cual, el conflicto dialéctico que se pueda presentar entre dos bienes o derechos constitucionalmente protegidos, debe resolverse respetando el contenido esencial de cada uno de ellos. Pero cuando ello no fuere posible, se debe dar primacía a aquel bien o derecho protegido, que mejor encarne los valores y principios que conforman el Estado social y democrático de derecho. En este sentido es necesario señalar que los

principios de la seguridad jurídica y de la irretroactividad de la ley, que se encuentran en la Constitución colombiana como fundamento de la protección de los derechos adquiridos, no pueden aplicarse con independencia del contexto en el que ellos operan. Por el contrario, dichos principios adquieren su real sentido en función del conjunto sistemático de normas que conforman la Carta, y en particular en cuanto promuevan la defensa de los derechos fundamentales y de los valores superiores del ordenamiento jurídico constitucional...

Derecho de asociación

En efecto, el derecho de asociación, entendido como el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o integrar formalmente agrupaciones permanentes con propósitos concretos, incluye también un aspecto negativo: que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad.

En este sentido se ha manifestado ya esta Corporación, cuando señaló que:

"La afiliación tanto como la pertenencia a una asociación son actos voluntarios y libres y dependen exclusivamente y por siempre de la decisión de la persona"⁷⁴.

En conclusión, el artículo que nos ocupa exige, para poder "legalizar" el ejercicio de la profesión de topografía, la obtención de un certificado que por las razones expuestas no puede ser expedido sino a las personas que hacen parte de una determinada asociación privada. Con ello se vulnera, no solamente el derecho consagrado en el artículo 26, sino y especialmente, el contenido esencial de la libertad de asociación. Por ello la parte del artículo 4 que establece como única entidad competente para expedir el certificado de que aquí se habla, a la Asociación Nacional de Topógrafos, será declarada inconstitucional.

⁷⁴ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional T-454 de 13 de julio de 1992, pág 3.

Igualmente estima la Corte que la norma estudiada vulnera la Constitución, no sólo en lo que se refiere al derecho de asociación sino, y particularmente, en cuanto permite un traslado inconstitucional de competencias, vulnera el debido proceso y el principio de buena fe.

Como se dijo arriba, solo la ley está autorizada por la Carta Política para reglamentar el ejercicio de los derechos fundamentales, pero son los entes administrativos, debidamente autorizados quienes tienen la potestad de ejecutar o hacer cumplir las leyes.

En cualquier caso, es claro que la norma que limita un derecho fundamental, como lo hace por ejemplo un código de ética profesional, tiene que tener rango de ley, pues estamos en este caso frente a una de las más importantes garantías normativas del sistema de protección a los derechos fundamentales en nuestro país. Las remisiones legales a la potestad reglamentaria del ejecutivo deben entonces encuadrarse dentro de normas claras que respeten no sólo el contenido esencial de los derechos que se regulan, sino todos y cada uno de los contenidos normativos de la Constitución. La potestad reglamentaria constituye pues, un complemento de la ley, necesario para hacerla cumplir eficazmente, pero la delegación legal no se puede traducir en una transferencia inconstitucional de competencias tal que deslegalice la materia reservada.

Lo anterior no significa que toda cuestión que se relacione de una u otra manera con la libertad de escoger profesión u oficio deba ser regulada por ley: ello dependerá de si la norma afecta o no el ejercicio de un derecho fundamental.”

4.- Contenido esencial y derecho a la educación

(Sentencia No. T-009/92 del 22 de mayo de 1992⁷⁵)

“ (...)

1.1. La educación como derecho fundamental protegido frente a particulares.

⁷⁵ Tomado de la página web de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-009-92.htm>

El artículo 27 de la Constitución utiliza los términos libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra que son consecuencia del derecho a la educación, el cual los antecede. Por lo tanto, la educación es un derecho fundamental que tiene protección no sólo en las relaciones entre el estado y los particulares, sino en las relaciones entre los particulares, logrando así la eficacia social u horizontal inmediata del derecho fundamental garantizado.

A la anterior conclusión llegó esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional², cuando dijo que la educación es ciertamente un derecho constitucional fundamental.

Los derechos tienen un "núcleo esencial" que se expresa en varias manifestaciones de la Carta. Por ejemplo, en el caso concreto, la educación, como núcleo esencial, está consagrada en los artículos 26 y 27 precitados, debido a que lógicamente no es posible "enseñar" ni "aprender", sin pensar al mismo tiempo en "educar".

Como lo tiene establecido esta Sala, "en otras palabras, la educación puede ser encauzada y reglada autónomamente pero no negada en su núcleo esencial. Siguiendo a Peter Häberle, se denomina "contenido esencial" al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas³".

5.- Efectividad y contenido esencial

(Sentencia No. C-546/92, aprobada el 1 de octubre de 1992⁷⁶, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 8o., parte final y 16o. de la Ley 38 de 1989, "Normativa del Presupuesto General de la Nación.")

² Cfr. Sentencia No. 2 de la Corte Constitucional. Santafé de Bogotá, -Sala 4a. de Revisión, mayo 8 de 1992

³ Idem.

⁷⁶ Tomado de la página web de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-546-92.htm>

“ (...)

2.3. La efectividad del contenido esencial

Con la promulgación del derecho no está ganada la batalla por hacerlo realidad. La promulgación es con frecuencia el punto de partida de una confrontación entre fuerzas diversas que propugnan por tipos de aplicación portadoras de sentidos contrapuestos y cuyo resultado no puede ser previsto de antemano. Por ello, la Constitución establece mecanismos para que se logre la efectividad del contenido esencial y objetivo de sus textos y se evite la manipulación y la desviación del sentido original.

La volubilidad del proceso de aplicación de las normas, explica la preocupación del texto constitucional por la efectividad de los derechos, por su realidad y no simplemente por su consagración. Según la Carta de 1991 la efectividad de los derechos no es un mero postulado programático. Es una norma constitucional con toda su fuerza imperativa. Así se desprende del artículo segundo que postula como fin del Estado la garantía de la efectividad de los derechos; del artículo cuarto, conforme al cual la Constitución es norma de normas; del artículo quinto que proclama la primacía de los derechos inalienables de la persona y del artículo ochenta y seis que define la acción de tutela como un mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. Así se desprende también del artículo ochenta y cuatro, en el cual se refiere a la prohibición de exigir requisitos adicionales sobre derechos reglamentados de manera general.”

6.- Contenido esencial del derecho a la educación (Sentencia No. T-450/92 del 10 de julio de 1992⁷⁷)

“ (...)

⁷⁷ Tomado de la página web de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-450-92.htm>

Contenido del derecho a la educación

6. Como también ya lo ha sostenido esta Sala, el derecho a la educación supone la existencia de los derechos al acceso y a la permanencia en el sistema educativo (CP art. 67 inc.5). Respecto del primero, la Corte en sentencia T-402 afirmó:

"La obligación de educarse supone como condición previa el acceso a los centros educativos. Existe entonces un derecho constitucional para acceder a la educación formal, ya que de dicho acceso depende la posibilidad de cumplimiento de una obligación exigida a la persona⁴".

En relación con el derecho a permanecer en el sistema educativo, la misma sentencia sostuvo que

"Con mucha mayor razón debe afirmarse la existencia de un derecho público subjetivo frente al Estado de permanecer en el sistema educativo. La voluntad expresa del constituyente ha sido la de proteger la educación en su integridad. La Constitución garantiza **el acceso y la permanencia en el sistema educativo**, salvo que existan elementos razonables - incumplimiento académico o graves faltas disciplinarias del estudiante - que lleven a privar a la persona del beneficio de permanecer en una entidad educativa determinada⁵.

El contenido esencial del derecho a la educación se ve vulnerado, y es por tanto tutelable, cuando arbitrariamente se niega por parte de la entidad que presta el servicio público el acceso o la permanencia en el sistema educativo. El efecto inmediato de desconocer alguno de estos derechos constitutivos de la educación es la violación de su núcleo esencial por colocar en condiciones de imposibilidad a su titular para ejercer las facultades que se desprenden de su derecho. Para este evento, precisamente, el orden constitucional ha instituido una serie de garantías

⁴ Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-402 del 3 de junio de 1992. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-402 del 3 de junio de 1992. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

para asegurar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución.”

7.- Regulación y contenido esencial

(Sentencia No. T-444/92 del 7 de julio de 1992⁷⁸)

“ (...)

2.3. Fundamento jurídico internacional.

Luego del anterior recorrido por la Constitución, es preciso referirse a los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, relativos al habeas data, de conformidad con lo prescrito por el artículo 93 superior. Este artículo le confiere a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos el carácter de norma prevalente en el ordenamiento interno, si se ajustan al orden constitucional, y les otorga la condición de criterio de interpretación constitucional para buscar el sentido de los derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental.

El artículo 93 de la Constitución establece:

"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), artículos:

-14.1: "... la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes..."

⁷⁸ Tomado de la página web de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-444-92.htm>

-17.1: "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada..."

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto San José de Costa Rica" (Ley 16 de 1972), artículos:

5.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral."

8.2: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad."

11.1: "Toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

11.2: "Nadie puede ser objeto de ... ataques ilegales a su honra o reputación".

Como fundamento de los Tratados Internacionales sobre el derecho a la intimidad, está la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 12 establece:

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

Por otra parte el artículo 32 de la Convención Americana hace una correlación entre deberes y derechos.

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

2.4. La ratio juris.

De conformidad con las normas citadas, esta Sala considera que son varias las conclusiones que de ellas se derivan, a saber:

Primero, uno de los valores materiales que informa la Constitución Política de Colombia de 1991 es el pluralismo. En efecto, desde el preámbulo hasta las

disposiciones transitorias, se consagra una combinación de diferentes valores, principios e ideologías, al tiempo que se protege la confluencia de diferentes razas, étnias, lenguas, sexos y religiones. Ello no hizo sino reflejar la pluralista integración de la Asamblea Constituyente.

Segundo, esta heterogeneidad conceptual está destinada a la convivencia. No se trata pues de establecer cuál orientación debe excluír a las demás, sino de concebir la forma de hacerlas compatibles.

Tercero, dicha pluralidad está destinada a permitir la cohabitación de los hombres en paz. El compartir un tiempo y un espacio por parte de un pueblo implica por lo menos un cierto clima de paz que permita ordenar el desarrollo de las vidas de las personas.

Cuarto, que en ese orden de ideas, se dictan unas reglas de juego de carácter constitucional, en las que el fundamento último es la persona humana.

Quinto, que al tiempo que la persona se regulan también las condiciones para el ejercicio del poder público, destacándose el hecho de que el Estado está concebido para servir a la comunidad, no siendo por tanto un fin en sí mismo.

Sexto, que para que el Estado cumpla con su noble misión debe contar con los instrumentos adecuados y suficientes.

Séptimo, que los derechos humanos son más importantes que los aspectos orgánicos y procedimentales del poder, ya que éste tiene por fin a aquéllos.

Octavo, que los derechos tienen deberes, en la medida en que, por el elemental aspecto de la convivencia civilizada, lo que es derecho para unos es deber para otros.

Noveno, que para el normal ejercicio de un derecho es necesario establecerle un cauce jurídico que lo reglamente pero que no desconozca su contenido esencial. Es decir, un derecho de las personas puede ser regulado, limitado, pero nunca eliminado. El contenido esencial del derecho debe permanecer siempre, así las condiciones para su ejercicio limiten algunas aristas o matices del mismo.

Esta idea del "contenido esencial" de los derechos fue expuesta por Häberle, que la definió como "el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho

fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas".⁷

Recapitulando, en el marco de una sociedad pluralista, destinada a convivir en paz, y a fin de que los hombres disfruten de un Estado que les sirva, debe dotarse a éste de las herramientas legítimas pertinentes para ello, las cuales sin embargo, no deben desconocer el contenido esencial de los derechos humanos, pero sí limitarlos en tanto que su ejercicio civilizado implica deberes respecto a los demás.”

8.- Estados de excepción y contenido esencial

(Sentencia No. C-556/92, aprobada el 15 de octubre de 1992⁷⁹)

“ (...)

La no Suspensión de los Derechos Humanos en los Estados de Excepción

El numeral segundo del artículo 214 de la Constitución Política afirma:

"Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

"...2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales..."

Sin perjuicio de que el Decreto 1155 hace alusión en sus considerandos a las garantías procesales de los sindicatos de los delitos de narcotráfico, terrorismo y magnicidio y sus nexos con las garantías procesales, la norma sólo declara la conmoción interior, sin entrar en su parte resolutive a regular situaciones que involucren los derechos humanos.

La norma es clara en expresar la imposibilidad de "suspender" los derechos constitucionales fundamentales en los casos de conmoción interior, como ya tuvo ocasión de expresarlo la Corte en Sentencia No. 459 del 15 de Julio de 1992, de la Sala Tercera de Revisión.

Ello es lógico porque en los estados de crisis el Ejecutivo debe gozar de poderes extraordinarios para conjurar tal situación, pero su ejercicio no

⁷ HÄBERLEN, Peter. El Contenido Esencial como Garantía de los Derechos Fundamentales.

⁷⁹ Tomado de la página web de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-556-92.htm>

debe desconocer el contenido esencial de los derechos, sino tan sólo regular su ejercicio, probablemente mediante la imposición de mayores limitaciones a los derechos. Pero una cosa es canalizar una actividad y otra muy distinta es erradicarla de plano a través de la "suspensión" de la misma. Así lo ha afirmado ya esta Corporación. Como anota Haberle, "el contenido esencial es el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas".

El artículo 214.2 de la Carta debe ser leído a la luz del artículo 93 de la Constitución, que consagra un doble carácter -vinculante e interpretativo- de los pactos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

9.- Contenido esencial y derecho de petición

(Auto 029/96 del 23 de julio de 1996⁸⁰)

“(…)

6. El núcleo esencial de los derechos fundamentales

La Corte Constitucional, en ejercicio de la función de unificar la jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales, ha introducido la doctrina del núcleo esencial, que cuenta con una larga tradición en el derecho público alemán, fuente de inspiración de las constituciones española y portuguesa que la consagran expresamente.

Según la Corte, el núcleo esencial comprende aquel "ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares" y para su determinación se recurre a varios métodos; así, "desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o

⁸⁰ Tomado de la página web de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/1996/a029-96.htm>

posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin los cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose" y de acuerdo a la fórmula diseñada por la jurisprudencia de intereses "el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten, real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

Interesa puntualizar que la doctrina del núcleo esencial implica que el contenido del derecho viene fijado por la propia Constitución. En consecuencia, en aquellas hipótesis en las que la Carta prevé reservas de ley para regular los derechos, el legislador, si bien puede establecer límites, dado que no hay derechos absolutos, se encuentra imposibilitado para traspasar la frontera del núcleo esencial que se erige así, como lo ha destacado la doctrina, en el límite de los límites. "La garantía del núcleo esencial o intangible de los derechos fundamentales -ha puesto de manifiesto la Corte Constitucional- impide que el legislador en uso de la reserva legal (autorización constitucional para limitar derechos) se convierta en amo y señor de los mismos, lo cual llevaría a su vaciamiento"

El núcleo esencial de los derechos fundamentales hace posible, entonces, la distinción entre la tarea del poder constituyente, plasmada a la manera de un límite infranqueable en la Carta y la labor confiada al legislador que, al acometer la regulación de los derechos, está abocado a detenerse frente a ese contenido indisponible.

7. La pronta resolución, el núcleo esencial del derecho de petición y el silencio administrativo negativo

Ya se ha reiterado, en otros apartes de esta providencia, que la pronta resolución hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición, de ahí se sigue que el legislador no puede afectar ese núcleo esencial conformado por la exigencia de una pronta resolución y, pese a que, en ausencia de regulación legal posterior a la vigencia de la Carta, se recurra a la preexistente establecida en el Código Contencioso Administrativo, no resulta acertada la interpretación que hace del silencio administrativo negativo, contemplado en ese ordenamiento, un sustituto de la obligación de dar respuesta oportuna y sustancial, porque una interpretación semejante entraña traspasar el límite que la Carta impone tratándose de la regulación del derecho consagrado en el artículo 23 superior, reduciendo el ámbito de protección fijado por el Constituyente. La Corte Constitucional ha enfatizado que "la posibilidad de las autoridades de no contestar reclamaciones o solicitudes que conlleva la configuración del fenómeno del silencio administrativo (arts. 40 a 42 Código Contencioso Administrativo) no debe entenderse como vía expedita para el desconocimiento del núcleo esencial del derecho fundamental de petición".⁸¹

8. El núcleo esencial de los derechos fundamentales y la doctrina constitucional

Así las cosas, en Colombia la doctrina del núcleo esencial es fruto de la labor interpretativa desarrollada por la Corte Constitucional y cuando, en relación con derechos constitucionales fundamentales específicos, la Corporación identifica ese contenido esencial e irreductible, los operadores jurídicos se encuentran frente a una doctrina constitucional que es de obligatorio cumplimiento, ya que, al estar vedado al legislador penetrar el núcleo esencial, es patente que, por definición, no hay ley aplicable al caso controvertido y que la doctrina por cuya virtud la Corte reconoce ese núcleo esencial, presente en la regulación

⁸¹ Las referencias a la doctrina del núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales han sido tomadas de la sentencia No. T-426 de 1992. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

constitucional de los derechos, debe ser acatada por las autoridades públicas y, particularmente, por los jueces que también tienen ese carácter.

Ya la Corte hizo claridad acerca del ámbito que, tratándose de los derechos constitucionales fundamentales, corresponde al Constituyente, separándolo del que atañe al legislador al regular mediante leyes estatutarias los "derechos y deberes fundamentales de las personas" (art. 152-a C.P.). "Cuando de la regulación de un derecho fundamental se trata -expone la Corte-, la exigencia de que se realice mediante ley estatutaria, **debe entenderse limitada a los contenidos más cercanos al núcleo esencial de ese derecho...**"⁸², luego la tarea del legislador llega hasta ese límite infranqueable, que no es otra cosa que la Constitución misma que define e incorpora ese contenido mínimo del derecho fundamental respectivo, con la fuerza normativa que le es consustancial (art. 4. C.P).

En estos casos, por venir el núcleo esencial definido por la Carta lo que se aplica es la Constitución, salvo que, en palabras de la Corte que conviene recordar, dadas las características de las normas que integran el Estatuto Superior, se agrega **"una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que de ese modo, la aplicación de las normas superiores está tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo (Art. 241 C.P.)"** y quien aplica la Constitución "aplica la ley en su expresión más primigenia y genuina."⁸³ (Negrillas fuera de texto)."

⁸² Cf. Sentencia No. C-408 de 1994. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

⁸³ Cf. Sentencia No. C-083 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

10.- Contenido esencial y libertad de empresa

(Sentencia C-258/13⁸⁴)

“ ...

1.1.1.1. Por último, esta Corte ha resaltado que los criterios de limitación de los derechos deben enmarcarse en todo caso dentro del respeto **(i)** del núcleo esencial del contenido del derecho, y **(ii)** del principio de proporcionalidad.

1.1.1.1.1. En relación con la primera de las exigencias que debe operar frente a dicha restricción, la doctrina ha señalado que el **núcleo esencial** de los derechos constituye “*una garantía constitucional contra su vulneración*”⁸⁵. Por su parte, la jurisprudencia ha entendido que “*el núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares*”⁸⁶

Con respecto a los métodos de los que dispone el juzgador para determinar el núcleo esencial de un derecho, esta Corporación ha desarrollado dos visiones, la primera desde una perspectiva de los derechos subjetivos, y la segunda desde los intereses protegidos. En efecto, la Sentencia T-426 de 1992, sostuvo que “*(...) desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose*”. De otra parte, visto por la jurisprudencia “*(...) el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente*

⁸⁴ Tomado de la página web de la Corte Constitucional de Colombia <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-258-13.htm> Destacamos que en la sentencia no aparece la fecha de emisión.

⁸⁵ Sentencia T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁶ *Ibíd.*

protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.

De este modo, aunque dentro del marco del Estado Social de Derecho, nuestra Carta permite la limitación del ejercicio de los derechos, la misma no puede desconocer ese contenido esencial, que, restringido, haría impracticable tal garantía.

A manera de ejemplo, puede citarse la Sentencia C-756 de 2008⁸⁷, la cual esta Corte reiteró que si bien es cierto que el legislador al regular el derecho al ejercicio de la profesión goza de una amplia configuración normativa y está sometido a mayor margen de intervención del Estado *“no puede imponer requisitos irrazonables o desproporcionados que modifiquen su esencia o constituyan verdaderas barreras para su desempeño, ni puede exigir títulos de idoneidad que no sean absolutamente necesarios para proteger a la sociedad”.*

En esa medida, estableció que el núcleo esencial de este derecho *“supone, entre otros aspectos, la existencia y goce de la facultad que el Estado otorga o reconoce a una persona para desempeñarse en el campo técnico en el que su titular acreditó conocimientos y aptitudes. De igual manera, hace parte del mínimo de protección del derecho la posibilidad de desarrollar, aplicar y aprovechar los conocimientos profesionales adquiridos, en condiciones de igualdad, dignidad y libertad. Se afecta el contenido mínimo de este derecho fundamental cuando el legislador exige requisitos que vulneren el principio de igualdad [o] restrinjan más allá de lo estrictamente necesario el acceso a un puesto de trabajo o*

⁸⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta oportunidad la Corte estudió una demanda contra la supuesta inconstitucionalidad de los artículos 10, literal d) y parágrafo 1º (parcial), 24 (parcial) y 25 de la Ley 1164 de 2007, por afectar, en opinión del actor, el núcleo esencial del derecho fundamental a la libre escogencia de profesión u oficio establecido en el artículo 26 del Estatuto Superior.

impongan condiciones exageradas para la adquisición del título de idoneidad.”

En esa línea de protección del núcleo esencial de los derechos, en la Sentencia C-263 de 2011⁸⁸ se estudió la constitucionalidad del párrafo 2º del artículo 13 de la Ley 1101 de 2006 “*por la cual se modifica la Ley 300 de 1996- Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones*” y el literal g) del artículo 71 de la Ley 300 de 1996 “*por la cual se expide la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones*”. En esta providencia la Corporación indicó que las libertades económicas no son absolutas y que el Estado tiene la obligación de intervenir en la economía para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad, precisando que, aunque estas libertades pueden ser limitadas, el legislador no goza de absoluta discrecionalidad y por tanto debe respetar el **núcleo esencial** de la libertad involucrada.

Sobre el particular, sostuvo que la definición del “**núcleo esencial**” de las libertades económicas no es una tarea sencilla y, específicamente en materia de **libertad de empresa**, entre otros contenidos, mencionó los siguientes: “*(i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición*⁸⁹; *(ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión*⁹⁰; *(iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el*

⁸⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁹ Ver sentencia T-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁰ Ver la sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. La Corte, en esta oportunidad, expresó: “[E]l Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., **pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado**

derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable”.

de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada (...) (negrilla fuera de texto).

Capítulo VI METODOLOGÍA

I. METODOLOGÍA

1.- Cualitativa.

2.- Problema: la falta o insuficiente aplicación de la teoría del contenido esencial de los derechos en las sentencias del máximo órgano de administración de justicia constitucional.

3.- Muestra: treinta sentencias en total, del Tribunal Constitucional, de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y de la Corte Constitucional en funciones.

Es importante anotar que la muestra de treinta sentencias es bastante representativa, habida consideración de que las decisiones sobre inconstitucionalidad de normas jurídicas- que es el escenario jurídico clásico en el cual corresponde que se aborde la teoría del contenido esencial de los derechos - constituyen uno de los rubros de menor producción jurídica por la administración de justicia constitucional en razón del poco número de sentencias sobre inconstitucionalidad de normas jurídicas en relación con el universo de sentencias constitucionales expedidas.

Esta realidad se explica en función del poco número de acciones de inconstitucionalidad de normas jurídicas que se presentan en relación con el universo de acciones constitucionales ante la administración de justicia constitucional concentrada.

Actualmente la acción de inconstitucionalidad de normas jurídicas es una *acción popular*, según lo ha reiterado la Corte Constitucional. En el marco de la Constitución Política de agosto de 1998 las demandas de inconstitucionalidad de normas se podían presentar por “Mil ciudadanos en goce de derechos políticos, o

cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia”, según el artículo 277 numeral 5 de dicha Ley suprema. Este condicionamiento sin duda influyó en el acceso a la administración de justicia constitucional a nivel de control concentrado.

Debemos anotar que las sentencias sobre inconstitucionalidad de normas jurídicas representan un porcentaje notablemente pequeño en relación con la globalidad de las sentencias que expide el máximo órgano de administración de justicia constitucional. Debemos añadir que hemos leído *cientos* de sentencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y decenas de la Corte actual no referidas a la inconstitucionalidad de normas jurídicas ni a consultas de constitucionalidad de normas de derecho, *con el propósito de identificar si la teoría del contenido esencial de los derechos ha sido utilizada fuera del ámbito tradicional, que es el de la inconstitucionalidad de normas jurídicas*. La respuesta fue casi nula.

En el cuadro en el que consta la muestra de treinta sentencias se corrobora. Desde el punto de vista comparado, hemos leído cientos de sentencias extranjeras procurando encontrar la recepción en ellas de la teoría que nos ocupa. Incluimos sentencias españolas y colombianas de alto nivel en este trabajo.

4.- Recolección de datos a través del Registro Oficial

Sobre la base de la interpretación de los resultados de la muestra se prepara un **cuestionario** a los magistrado/as de la Corte Constitucional, el cual nos permite obtener una visión clara sobre su vinculación con la teoría del contenido esencial de los derechos y las perspectivas de su aplicación en las sentencias constitucionales. *Reiteramos, el contenido del cuestionario se desarrolla luego de la etapa del análisis de la muestra.*

5.- El análisis de datos lo realiza el autor de la tesis.

6.- La interpretación de resultados está a cargo del autor de la tesis; el reporte de los resultados del cuestionario se realiza básicamente con la intervención del mismo autor de la tesis.

7.- La investigación será aplicada, descriptiva y explicativa; transversal. Comprende diversos periodos de la administración de justicia constitucional. En efecto, analizamos sentencias constitucionales producidas antes de la vigencia de la actual Ley suprema, como a partir de ésta.

8.- En cuanto a la exposición estructurada en esta tesis: en una primera etapa representamos la muestra de sentencias constitucionales que acredita la mínima utilización de la teoría del contenido esencial de los derechos por parte de la administración de justicia constitucional a nivel concentrado. *Cabe destacar que ciertas sentencias enuncian la teoría pero no definen el contenido esencial del respectivo derecho.*

9.- Investigamos no sólo si se aplica o no la indicada teoría sino también si cada sentencia define el contenido del derecho. De esta manera pudimos conocer si no obstante la no definición del **contenido esencial** del derecho respectivo el tribunal de justicia constitucional había realizado una **definición** de ese derecho, aunque no en su contenido esencial. Identificar esta definición exige un análisis bastante detenido de las sentencias.

10.- Para desarrollar el anteproyecto de Ley se considera el contenido de la jurisprudencia estudiada: española y colombiana.

II.- ETAPAS DEL TRABAJO

- a) Investigación doctrinaria y jurisprudencial;
- b) Análisis de la muestra de las treinta sentencias referidas.
- c) Realización de cuestionario a los magistrados/as de la Corte Constitucional.
- d) Análisis e interpretación de los resultados
- e) Entrega del borrador de tesis, que incluye un anteproyecto de Ley.

Capítulo VII

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

a) DOCUMENTAL

a.1 La Muestra

El producto central de nuestro trabajo, esto es, el ANTEPROYECTO DE LEY QUE DELIMITA EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y ESTABLECE LA NECESIDAD DE DEFINIR, EN TODA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, PREVIO A RESOLVER LO DE FONDO, CUÁL ES EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO ACUSADO DE SER VIOLADO O DEL DERECHO OBJETO DEL RESPECTIVO PROCESO ha considerado como antecedente necesario la muestra de sentencias referida (30 sentencias), como el criterio de magistradas y magistrados de la Corte Constitucional expuesto en las respuestas a nuestro cuestionario.

Cabe destacar que en un inicio consideramos definiciones *implícitas* de contenido esencial en las sentencias investigadas, pero para efectos de lograr determinaciones totalmente objetivas en este trabajo nos inclinamos luego por considerar únicamente las definiciones *expresas* de contenido esencial. Sobre esta base está construido el cuadro de sentencias que luego detallamos.

Hemos leído *cientos* de sentencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y decenas de la Corte actual no referidas a la inconstitucionalidad de normas jurídicas ni a consultas de constitucionalidad de normas de derecho, con el propósito de identificar si la teoría del contenido esencial de los derechos ha sido utilizada fuera del ámbito tradicional, que es el de la inconstitucionalidad de normas jurídicas. La respuesta fue casi nula. La muestra lo comprueba.

La administración de justicia constitucional a nivel de control concentrado, casi no ha aplicado la teoría del contenido esencial de los derechos. Las sentencias

analizadas como muestra en este trabajo ratifican lo dicho. El detalle consta en el cuadro. Pero dejemos sentado que el punto de partida es el reconocimiento de que los derechos de las personas pueden válidamente ser limitados - pues no son absolutos - para no afectar los derechos de terceros ni el interés general. Esa limitación no debe afectar el contenido esencial de los respectivos derechos.

La solución que planteamos ante la falta de aplicación de la teoría, es un anteproyecto de Ley que establece el deber de definir en toda sentencia de la Corte Constitucional, previo a resolver lo de fondo, cuál es el contenido esencial del derecho acusado de ser violado o del derecho objeto del proceso.

a.2 Preguntas aplicadas a cada sentencia de la muestra

Las preguntas aplicadas en cada sentencia objeto de la muestra, fueron las siguientes:

- a) ¿ERA PERTINENTE QUE SE CITE LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS?
- b) ¿SE CITÓ ESTA TEORÍA?
- c) ¿SE DEFINIÓ EL CONTENIDO **ESENCIAL** DEL DERECHO EN RIESGO?
- d) ¿SE DEFINIÓ EL CONTENIDO DEL DERECHO EN RIESGO?

Para definir la profundidad o no en el abordaje de la teoría del contenido esencial de los derechos en el caso de las sentencias que recogen efectivamente tal teoría, proyectamos tres indicadores: **a)** definición del objeto del respectivo derecho, esto es, del bien jurídico protegido; **b)** definición de los efectos de la violación del contenido esencial del derecho respectivo; **c)** definición de cómo la actuación impugnada afecta o no afecta el contenido esencial del respectivo derecho.

Tales indicadores que habíamos establecido para definir, pues, la profundidad de las sentencias del máximo órgano de administración de justicia constitucional en cuanto a la aplicación de la teoría del contenido esencial (**a** definición del objeto del respectivo derecho, esto es, del bien

jurídico protegido; **b** definición de los efectos de la violación del contenido esencial del derecho respectivo; **c** determinación de cómo la actuación impugnada afecta o no afecta el contenido esencial del respectivo derecho) debido a la virtualmente nula aplicación de la teoría casi no se han utilizado. Decimos “casi”, pues de la muestra de sentencias sólo 1 sentencia de la Corte Constitucional para el periodo de transición aplicó la teoría respecto de una acción de inconstitucionalidad de norma jurídica. La otra sentencia versó sobre una acción por incumplimiento, en la cual no es académicamente pertinente ni exigible la aplicación de dicha teoría.

a.3 Síntesis de la muestra

Revisemos brevemente el detalle de la síntesis de las 30 sentencias de muestra referidas:

- a) 24 sentencias son de la Corte Constitucional para el periodo de Transición.**
- b) 4 sentencias son de la Corte Constitucional.**
- c) 2 sentencias son del Tribunal Constitucional.**

De este total de sentencias solamente 2 definen el contenido esencial del derecho.

1.- La sentencia No 0012-08-TC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 641 del 24 de julio de 2009, expedida por la Corte Constitucional para el periodo de transición sí cumple en precisar el bien jurídico protegido, pero no define los efectos de la violación del contenido esencial si bien enuncia los elementos que estructuran dicho contenido esencial, en el caso concreto, del derecho a la propiedad. La Corte justifica la intervención en tal derecho en función del carácter no absoluto de la propiedad. Por tratarse de una Ley expropiatoria, es evidente que hay afectación al derecho a la propiedad.

2.- La sentencia No 001-10-SAN-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 196 del 19 de mayo de 2010 (Acción por incumplimiento respecto del mandato constituyente número 2, artículo 8) define el contenido esencial del derecho a la igualdad; alude al bien jurídico. Por tratarse de una acción por incumplimiento – y no de inconstitucionalidad de norma jurídica o de consulta de constitucionalidad, que son las acciones en las que corresponde tradicionalmente, por su objeto, el pronunciamiento sobre si hay violación o no del contenido esencial de un derecho – no es razonablemente pertinente ni académicamente exigible que defina los efectos de la violación del contenido esencial, ni tampoco cómo la actuación impugnada afecta o no afecta el contenido esencial del respectivo derecho, pues el objeto de esta acción por incumplimiento es la observancia de un mandato constituyente: el 2, artículo 8.

b) El cuestionario a los jueces de la Corte Constitucional

En función de la respuesta dada a nuestro cuestionario por los magistrados/as de la Corte Constitucional, podemos concluir en lo que a continuación vamos a mostrar, no sin antes destacar que el cuestionario como herramienta metodológica adquirió en esta tesis una trascendencia mayor a la prevista, pues logramos que todos los magistrados/as de la Corte lo respondan, gracias al apoyo, por cierto, de los propios magistrados/as como particularmente del Presidente de la Corte Constitucional, de su secretaria y de nuestro compañero de maestría, el abogado Danny Cevallos.

b.1 Conclusiones basadas en el cuestionario a los jueces

- 1.- A todos los magistrados/as les es familiar la teoría del contenido esencial de los derechos.
- 2.- No sólo respecto de los derechos constitucionales se puede hablar de contenido esencial de los derechos. (7 magistrados opinaron así, no así dos de ellos)
- 3.- Los derechos de las personas pueden válidamente limitarse en razón de no

afectar los derechos de los demás ni el interés público. (8 magistrados opinaron así. 1 opinó que no. Que el límite está en la existencia digna del individuo, no en que se afecte a otras personas o afecte el interés público.) Lo cual nos confirma el concepto del llamado poder de policía estatal, denominación criticada por un sector de la doctrina. Poder limitador que está expresado en diversas normas jurídicas vigentes en el Ecuador.

4.- El legislador cuando regula un derecho debe tener como límite no afectar el contenido esencial de ese derecho. (Existió unanimidad en la respuesta)

5.- Todos están de acuerdo con nuestro concepto de contenido esencial, incluido en el cuestionario y en esta tesis:

“constituye aquel espacio jurídico sustancial y mínimo que le da sentido al derecho, y que por lo mismo le permite proteger con suficiencia, idoneidad, eficacia y certeza el bien jurídico en razón del cual existe ese derecho. El *contenido esencial* de un derecho le da identidad al derecho, permite caracterizarlo como tal, y por lo mismo facilita la protección necesaria e idónea para la conservación de su utilidad sin desdibujar su contenido. Es, pues, un contenido irreductible que permite que el derecho pueda cumplir efectivamente su papel de tutela al titular del mismo. Por ejemplo, el *contenido esencial* del derecho de apelar de una sentencia consiste en que el órgano judicial de alzada pueda analizar la decisión de fondo y, motivadamente, *revocarla, confirmarla o reformarla*. El recurso de apelación sin ese mínimo y sustancial contenido jurídico no sería ya recurso de apelación; lo que lo identifica es su idoneidad o aptitud para revertir, reformar o confirmar la decisión apelada.” (Una magistrada nos hizo una observación de denominación en el ejemplo que expusimos junto con el concepto: derecho al debido proceso en la garantía de recurrir el fallo; en lugar del derecho de apelar de una sentencia)

6.- Si les toca actuar como magistrado ponente en una acción de inconstitucionalidad de norma jurídica utilizarían el concepto del contenido

esencial del derecho como barrera o límite que no puede ser superado a través de la norma demandada (6 magistrados opinan así. 1 consideró que no. 1 estimó que *falta claridad en la pregunta*. Y 1 consideró que “La respuesta no podría ser absoluta, pues en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad la Corte podría recurrir también a otros métodos de interpretación constitucional para verificar la conformidad de una norma infra constitucional respecto a la Constitución, entre ellos, por ejemplo, el principio de proporcionalidad.”)

7.- Sin perjuicio de la posibilidad de variar fundamentadamente el criterio jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, es trascendente en razón de la seguridad jurídica que exista uniformidad de concepción en la Corte sobre lo que constituye el contenido esencial de los derechos. (7 magistrados opinaron así. 1 opinó en contra. Y 1 respondió lo siguiente:

“La respuesta dependerá del tipo de proceso de competencia de la Corte y de las circunstancias fácticas que existan en cada uno de los procesos, ese es el presupuesto esencial para la construcción de criterios jurisprudenciales. No obstante de ello, si nos referimos a un criterio abstracto relacionado al contenido esencial (teórico) si resultará necesario que la Corte mantenga un criterio uniforme.”)

Luego del camino recorrido, y sin perjuicio de la lectura de las conclusiones que constan en esta tesis, podemos determinar que *la teoría del contenido esencial de los derechos tiene un ambiente favorable en la Corte Constitucional del Ecuador*.

Destacamos el hecho de que ocho de los nueve magistrados de la Corte Constitucional comparten el criterio de que los derechos de las personas pueden válidamente limitarse en razón de no afectar los derechos de los demás ni el interés público. (Respuesta a la pregunta 4 del cuestionario)

Los magistrados/as de la Corte Constitucional unánimemente no están de

acuerdo con la expedición de una Ley en ese sentido. La respuesta a las pertinentes preguntas del cuestionario fue uniforme. (preguntas 10 y 11)

b.2 Análisis de las entrevistas a los jueces de la Corte Constitucional

- a) A LA PRIMERA PREGUNTA TODOS LOS MAGISTRADOS CONTESTAN POSITIVAMENTE. ES DECIR, TODOS ESTÁN FAMILIARIZADOS CON LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS.

- b) 5 DE LOS 9 MAGISTRADOS CONTESTAN AFIRMATIVAMENTE LA PREGUNTA 2, ESTO ES, QUE SÍ APLICAN LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL EN SUS SENTENCIAS. SEGUNDA PREGUNTA.

- c) 7 DE LOS 9 MAGISTRADOS CONTESTARON QUE NO SÓLO RESPECTO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SE PUEDE HABLAR DE CONTENIDO ESENCIAL (RESPUESTA NEGATIVA). TERCERA PREGUNTA.

- d) 8 DE LOS 9 MAGISTRADOS CONTESTARON AFIRMATIVAMENTE QUE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PUEDEN VÁLIDAMENTE LIMITARSE EN RAZÓN DE NO AFECTAR LOS DERECHOS DE LOS DEMÁS NI EL INTERÉS PÚBLICO. 1 OPINÓ QUE NO, Y 1 CONSIDERÓ QUE EL LÍMITE ESTÁ EN LA EXISTENCIA DIGNA DEL INDIVIDUO, NO EN QUE SE AFECTE A OTRAS PERSONAS O AFECTE EL INTERÉS PÚBLICO. CUARTA PREGUNTA.

- e) TODOS LOS MAGISTRADOS CONSIDERAN QUE EL LEGISLADOR CUANDO REGULA UN DERECHO DEBE TENER COMO LÍMITE NO AFECTAR EL CONTENIDO ESENCIAL DE ESE DERECHO. PREGUNTA 5, RESPONDIDA POSITIVAMENTE.

- f) TODOS LOS MAGISTRADOS ESTÁN DE ACUERDO CON NUESTRO CONCEPTO DE CONTENIDO ESENCIAL. PREGUNTA 6, RESPUESTA AFIRMATIVA.
- g) 6 DE LOS 9 MAGISTRADOS CONTESTARON AFIRMATIVAMENTE QUE SI LES TOCA ACTUAR COMO MAGISTRADOS PONENTES EN UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMA JURÍDICA UTILIZARÍAN EL CONCEPTO DE CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO COMO BARRERA O LÍMITE QUE NO PUEDE SER SUPERADO A TRAVÉS DE LA NORMA DEMANDADA.. PREGUNTA 7. (1 consideró que no. 1 estimó que *falta claridad en la pregunta*. Y 1 consideró que “La respuesta no podría ser absoluta, pues en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad la Corte podría recurrir también a otros métodos de interpretación constitucional para verificar la conformidad de una norma infra constitucional respecto a la Constitución, entre ellos, por ejemplo, el principio de proporcionalidad.”)
- h) 5 MAGISTRADOS NO ESTÁN DE ACUERDO EN QUE EN TODA SENTENCIA QUE DEBA EXPEDIR LA CORTE CONSTITUCIONAL ES PERTINENTE – SINO NECESARIO – COMO PUNTO DE PARTIDA, DEFINIR CUÁL ES EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO ACUSADO DE SER VIOLADO O DEL DERECHO OBJETO DEL RESPECTIVO PROCESO, PARA, A PARTIR DE AHÍ, PODER DEFINIR SI HAY VIOLACIÓN O NO DE ESE DERECHO, O DECIDIR SOBRE LO DE FONDO RESPECTO DEL DERECHO OBJETO DEL PROCESO. 4 SÍ CONTESTARON AFIRMATIVAMENTE. PREGUNTA 8.
- i) 7 DE LOS 9 MAGISTRADOS CONTESTARON AFIRMATIVAMENTE QUE SIN PERJUICIO DE LA POSIBILIDAD DE VARIAR FUNDAMENTADAMENTE EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL POR

PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, ES TRASCENDENTE, EN RAZÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA, QUE EXISTA UNIFORMIDAD DE CONCEPCIÓN EN LA CORTE SOBRE LO QUE CONSTITUYE EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS. 1 MAGISTRADO opinó en contra. Y 1 respondió lo siguiente:

“La respuesta dependerá del tipo de proceso de competencia de la Corte y de las circunstancias fácticas que existan en cada uno de los procesos, ese es el presupuesto esencial para la construcción de criterios jurisprudenciales. No obstante de ello, si nos referimos a un criterio abstracto relacionado al contenido esencial (teórico) si resultará necesario que la Corte mantenga un criterio uniforme.”) PREGUNTA 9

j) TODOS LOS MAGISTRADOS CONTESTARON NEGATIVAMENTE LAS PREGUNTAS 10 Y 11, ES DECIR, NO CREEN QUE SERÍA ÚTIL, QUE CONTRIBUIRÍA A UN MÁS ÁGIL DESPACHO DE LAS CAUSAS CONSTITUCIONALES, EN FUNCIÓN DE LA UNIFORMIDAD DE CRITERIO, EL QUE A TRAVÉS DE UNA LEY SE DISPONGA EL DEBER DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE, PREVIO A RESOLVER, PRECISE CUÁL ES EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO ACUSADO DE SER VIOLADO O DEL DERECHO OBJETO DEL RESPECTIVO PROCESO. PREGUNTA 10. ASÍ COMO TAMBIÉN QUE NO APOYARÍAN QUE SE EXPIDA UNA LEY EN TAL SENTIDO, Y QUE DELIMITE EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS SEGÚN EL CONCEPTO QUE SOMETIMOS A SU CONSIDERACIÓN EN ESTE CUESTIONARIO ACADÉMICO. PREGUNTA 11

B. 3) MUESTRA DE 30 SENTENCIAS

**SENTENCIAS QUE RESUELVEN, MAYORITARIAMENTE, SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE
NORMAS JURÍDICAS, YA SEA POR DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD, COMO POR
CONSULTAS DE CONSTITUCIONALIDAD; EXCEPCIONALMENTE SOBRE OTRAS ACCIONES
CONSTITUCIONALES**

SENTENCIA No.	¿ERA PERTINENTE QUE SE CITE LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS?	SE CITÓ ESTA TEORÍA	¿SE DEFINIÓ EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO EN RIESGO?	¿ SE DEFINIÓ EL CONTENIDO DEL DERECHO EN RIESGO?
008-13-SCN-CC. GACETA CONSTITUCIONAL No 002. R.O No 2 DEL 19 DE MARZO DE 2013 (CONSULTA DE NORMAS SOBRE EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA Y SOBRE LA NEGACIÓN DE RECURSO ALGUNO EN MATERIA CONTRAVENCIONAL DE TRÁNSITO). DERECHOS EN RIESGO: EL DERECHO A LA DEFENSA; EL DEBIDO PROCESO EN LA GARANTÍA DE RECURRIR EL FALLO O RESOLUCIÓN.	SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS	SÍ, RESPECTO DEL DERECHO A RECURRIR	NO, DE NINGUNO DE LOS DOS DERECHOS EN RIESGO	SÍ, RESPECTO DEL DERECHO A RECURRIR, NO DEL DERECHO A LA DEFENSA
0018-07-TC. SUPLEMENTO R. O 240 DEL 27 DICIEMBRE DE 2007(SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE REGULACIÓN 146-2007 DEL DIRECTORIO DEL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR) DERECHOS EN RIESGO: SEGURIDAD JURÍDICA, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY	SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS	NO	NO, DE NINGUNO	SÍ, RESPECTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LA RESERVA DE LEY. NO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

<p>002-2002-DI. R.O. 710 DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 2002 (SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 153 DE LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO). DERECHOS EN RIESGO: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA E INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ</p>
<p>0003-2008-DI. R.O SUPLEMENTO 584 DEL 6 DE MAYO DE 2009. (SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 79 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR). DERECHO EN RIESGO: A LA IGUALDAD DE TODAS LAS PERSONAS</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ</p>
<p>0040-2007-TC. R. O . SUPLEMENTO 577 DEL 24 DE ABRIL DE 2009 (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NEGACIÓN DE LA LIBERTAD CONTROLADA A LOS REINCIDENTES, A LOS HABITUALES; NI A QUIENES SE HUBIERAN FUGADO O INTENTADO FUGARSE; Y SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXIGENCIA DE NO SER REINCIDENTE PARA LA CONCESIÓN DE LA PRELIBERTAD). DERECHO EN RIESGO: LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ</p>

<p>0019-2008-TC. R.O SUPLEMENTO 571 DEL 16 DE ABRIL DE 2009(SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 10 DEL DECRETO No 708 Y PRIMERA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DEL MISMO, SOBRE LA REELECCIÓN DE AUTORIDADES DE COLEGIOS PÚBLICOS, CONCURSO DE MEREcimientos, REMOCIÓN DE DICHAS AUTORIDADES, ETC). DERECHOS EN RIESGO: PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, RESERVA DE LEY, SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL; DEBIDO PROCESO, DERECHO A LA DEFENSA.</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>
<p>009-08-TC. R.O SUPLEMENTO 641 DEL 24 DE JULIO DE 2009 (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO Y DE FORMA DE LA LEY DE EJERCICIO PROFESIONAL DE LOS DOCTORES Y PROFESIONALES EN QUÍMICA Y FARMACIA, BIOQUÍMICA Y FARMACIA, QUÍMICO EN ALIMENTOS, BIOQUÍMICO CLÍNICO Y QUIMICO DEL ECUADOR). DERECHOS EN RIESGO: IGUALDAD , LIBERTAD DE EMPRESA CON SUJECIÓN A LA LEY, Y LIBERTAD DE ASOCIACIÓN</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ</p>

<p>0012-08-TC. R.O SUPLEMENTO 641 DEL 24 DE JULIO DE 2009. (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO Y DE FORMA DE LA LEY No 2001-50 DE LEGALIZACIÓN DE TERRENOS A FAVOR DE LOS MORADORES Y POSESIONARIOS DE PREDIOS QUE SE ENCUENTRAN DENTRO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL DEL CANTÓN MACHALA. DERECHO EN RIESGO: A LA PROPIEDAD PRIVADA.</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>SÍ</p>	<p>SÍ</p>	<p>SÍ</p>
<p>006-2006-DI. R.O. SUPLEMENTO 531 DEL 18 DE FEBRERO DE 2009(SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NEGATIVA A RECURSO ALGUNO EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR CONTRAVENCIONES. ART. 403 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL). DERECHO EN RIESGO: DERECHO A RECURRIR COMO PARTE DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ</p>
<p>012-13-SIN-CC. R. O SUPLEMENTO 184 DEL 14 DE FEBRERO DE 2014(SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDENANZA QUE REGULA LAS ACTIVIDADES PRODUCTIVAS, DE INVERSIONES, DE INFRAESTRUCTURA TURÍSTICA Y HABITACIONAL EN EL CANTÓN ISABELA. ART. 8). DERECHO EN RIESGO: DERECHO A LA IGUALDAD.</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>SÍ</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ</p>

<p>0023-2008-TC. R. O 518 DEL 30 DE ENERO DE 2009. (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RESOLUCIÓN No RCP.S09.No 119.06 DEL CONESUP, QUE DEJÓ SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN No RCP.S 17.388.04 DEL 27 DE OCTUBRE DE 2004, Y QUE RECONOCIÓ COMO ESTUDIOS DE CUARTO NIVEL LOS DOCTORADOS EN JURISPRUDENCIA Y FILOSOFÍA). DERECHOS EN RIESGO: MOTIVACIÓN JURÍDICA Y SEGURIDAD JURÍDICA)</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>
<p>0016-2008-TC. R.O SUPLEMENTO 504 DEL 12 DE ENERO DE 2009.(SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE CONTRIBUCIÓN OBLIGATORIA DE LOS ARQUITECTOS Y ABOGADOS A SUS RESPECTIVOS GREMIOS). DERECHOS EN RIESGO: IGUALDAD, LIBERTAD DE EMPRESA. DERECHO A LA LIBERTAD: NADIE PUEDE SER OBLIGADO A HACER ALGO PROHIBIDO O A DEJAR DE HACER ALGO NO PROHIBIDO POR LA LEY. DERECHO A ASOCIARSE , REUNIRSE Y MANIFESTARSE EN FORMA LIBRE Y VOLUNTARIA</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>

<p>0022-2008-TC. R. O SUPLEMENTO No 504 DEL 12 DE ENERO DE 2009 (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE AFILIARSE AL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA RESPECTIVA PROVINCIA COMO REQUISITO PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA). DERECHO EN RIESGO: LIBERTAD DE ASOCIACIÓN</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ</p>
<p>0017-07-TC. R.O SUPLEMENTO No 656 DEL 8 DE MARZO DE 2012 (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO No468 QUE CONTIENE REFORMA AL REGLAMENTO DE LA LEY DE RADIODIFUSIÓN Y TELEVISIÓN, R.O 129 DEL 18 DE JULIO DE 2007. PROHIBICIÓN DE REPRODUCIR VIDEOS Y/O GRABACIONES MAGNETOFÓNICAS CLANDESTINAS Y/O NO AUTORIZADAS A GRABAR POR PARTE DEL QUE O LOS QUE APARECIEREN INVOLUCRADOS O INTERVENGAN EN EL VIDEO O GRABACIÓN). DERECHO EN RIESGO: LIBERTAD DE EXPRESIÓN</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ, SU CONTENIDO ES EXPLÍCITO EN LA LEGISLACIÓN APLICABLE</p>

<p>009-12-SIN-CC. R. O. SUPLEMENTO No 743 DEL 11 DE JULIO DE 2012 (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXPRESIÓN " EL ARRAIGO Y LA PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE" DEL ART. 164 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, QUE SON MEDIDAS PRECAUTELATORIAS QUE PUEDEN DICTAR JUECES DE COACTIVA). DERECHO EN RIESGO: EL DERECHO A TRANSITAR LIBREMENTE POR EL TERRITORIO NACIONAL; EL DERECHO A ENTRAR Y SALIR LIBREMENTE DEL PAÍS. LA PROHIBICIÓN DE SALIR DEL PAÍS SÓLO PUEDE SER ORDENADA POR JUEZ COMPETENTE. ART. 66 NUERAL 14 .</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ. SU DEFINICIÓN ES EXPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN.</p>
<p>004-11-SIN-CC. R. O SUPLEMENTO No 572 DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2011.(SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY No 70-06, PUBLICADA EN EL R.O. 413 DEL 17 DE ABRIL DE 1970, QUE DESTINA EL IMPUESTO DEL 2 POR MIL AL CAPITAL EN GIRO DE LOS COMERCIANTES, BANQUEROS E INDUSTRIALES AL HOSPITAL DE LA UNIVERSIDAD DE GUAYAQUI)L. DERECHO EN RIESGO, ENTRE OTROS: A LA IGUALDAD.</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>sí</p>

<p>022-12-SIN-CC. SUPLEMENTO DEL R. O. No 222 DEL 9 DE ABRIL DE 2014. (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PARTE DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA). DERECHOS EN RIESGO: IGUALDAD, APLICACIÓN DIRECTA DE DERECHOS Y GARANTÍAS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN,NO RESTRICCIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS NI DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES; LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, DERECHO A LA DEFENSA,LIBERTAD DE CONTRATACIÓN, A LA PROPIEDAD, A LA SEGURIDAD JURÍDICA, ENTRE OTROS</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÓLO EL DERECHO A LA IGUALDAD</p>
<p>0001-10-SAN-CC. SUPLEMENTO DEL R.O. 196 DEL 19 DE MAYO DE 2010 (ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 8 DEL MANDATO CONSTITUYENTE No 2 EXPEDIDO POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE). DERECHO EN RIESGO: DERECHO A LA IGUALDAD.</p>	<p>NO NECESARIAMENTE, PUES LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO NO DISCUTE EL CONTENIDO DE LA NORMA JURÍDICA COMO FUENTE DE RESTRICCIÓN O LIMITACIÓN DE UN DERECHO.</p>	<p>SÍ</p>	<p>sí</p>	<p>sí</p>

<p>0004-10-SIN-CC. R. O SUPLEMENTTO 196 DEL 19 DE MAYO DE 2010. (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACUERDO MINISTERIAL No 093 DEL MINISTRO DE MINAS Y PETRÓLEOS QUE PROHÍBE A LOS CENTROS DE DISTRIBUCIÓN REALIZAR LA VENTA DE GLP ENVASADO EN CILINDROS A LOS CONSUMIDORES FINALES O A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS QUE NO SE ENCUENTREN REGISTRADOS EN LA DIRECCIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS, COMO DISTRIBUIDORES DE GLP, O AQUELLOS QUE SIENDO DISTRIBUIDORES NO TIENEN ASIGNADO DETERMINADO CENTRO DE DISTRIBUCIÓN COMO LUGAR DE ABASTECIMIENTO). DERECHOS EN RIESGO: LIBERTAD DE TRABAJO, LIBERTAD DE CONTRATACIÓN; IGUALDAD ANTE LA LEY, PROPIEDAD, DERECHO DE PETICIÓN, ENTRE OTROS</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>
<p>007-10-SCN-CC. R.O. SUPLEMENTO 192 DE 13 DE MAYO DE 2010. (SOBRE CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE SI PROCEDE EL RECURSO DE LOS FALLOS DICTADOS EN JUICIOS DE RECUSACIÓN, CONFORME LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 76 NUMERAL 7 LETRA M DE LA CONSTITUCIÓN, QUE GARANTIZA EL DERECHO DE LAS PERSONAS A RECURRIR EL FALLO O RESOLUCIÓN QUE SE DICTE EN LOS PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE SE DECIDAN SOBRE SUS DERECHOS). DERECHOS EN RIESGO: DERECHO A LA DEFENSA DEL JUEZ RECUSADO Y EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA.</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>

<p>0002-10-SIN-CC . R.O SUPLEMENTO 188 DE 7 DE MAYO DE 2010. (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE PARTE DEL ACUERDO No 422 DE 30 DE AGOSTO DE 2006, DEL MINISTRO DE EDUCACIÓN, Y DE PARTE DEL ACUERDO MINISTERIAL No 183 DEL 22 DE MAYO DE 2007, DEL MISMO ÓRGANO, RELATI VOS A LOS REQUISITOS PARA HACERSE ACREEDOR A LAS DISTINCIONES DE ABANDERADO, PORTAESTANDARTES Y ESCOLTAS). DERECHOS EN RIESGO: A LA IGUALDAD; A LA NO RESTRICCIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS NI DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES POR PARTE DE LAS NORMAS JURÍDICAS, ENTRE OTROS</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ; SÓLO EL DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY.</p>
<p>0005-10-SEP-CC. SUPLEMENTO DEL R. O. 159 DEL 26 DE MARZO DE 2010 (ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN QUE PLANTEA SE DEJE SIN EFECTO TODAS Y CADA UNA DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES , SENTENCIAS Y AUTOS DICTADOS DENTRO DEL JUICIO DE EXPROPIACIÓN No 556-5-1995, Y SE DISPONGA LA REPARACIÓN INMEDIATA E INTEGRAL). DERECHOS EN RIESGO: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A NO SER JUZGADO MÁS DE UNA VEZ POR LA MISMA CAUSA Y MATERIA; A LA PROPIEDAD, Y EL ARTÍCULO 323 DE LA CONSTITUCIÓN.</p>	<p>SÍ, PUES EN LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN SE DISCUTE SOBRE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÓLO EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA</p>

<p>002-10-SCN-CC. SUPLEMENTO DEL R. O. No 159 DEL 26 DE MARZO DE 2010 (CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA CONSULTA OBLIGATORIA RESPECTO DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS Y ABSOLUTORIAS DICTADAS EN EL MARCO DE LA LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, ART. 123, Y SOBRE LA PENA DE COMISO ESPECIAL). DERECHOS EN RIESGO: INDEPENDENCIA JUDICIAL , PROHIBICIÓN DE CONFISCACIÓN, DERECHO A LA DEFENSA; LOS PRINCIPIOS DE CELERIDAD E INMEDIACIÓN; BÁSICAMENTE.</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>
<p>003-10-SCN-CC. SUPLEMENTO DEL R.O. 159 DEL 26 DE MARZO DE 2010 (CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA NEGACION DEL DERECHO A RECURRIR EN LOS JUICIOS DE EXPROPIACIÓN, ARTÍCULO 889 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. DERECHO EN RIESGO: EL DERECHO A RECURRIR EL FALLO O RESOLUCIÓN EN TODOS LOS PROCEDIMIENTOS ENLOS QUE SE DECIDA SOBRE SUS DERECHOS. ART. 76, NUMERAL 7 LETRA L DE LA CONSTITUCIÓN)</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SI</p>

<p>004-10-SCN-CC. SUPLEMENTO DEL R.O. 159 DEL 26 DE MARZO DE 2010 (CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS INCISOS TERCERO Y QUINTO DEL ARTÍCULO INNUMERADO AGREGADO LUEGO DEL ART. 226 POR LEY REFORMATIVA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, PUBLICADA EN SUPLEMENTO DEL R.O. 555 DEL 24 DE MARZO DE 2009. SOBRE EL EFECTO VINCULANTE DEL DICTAMEN FISCAL ACUSATORIO PARA EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO, Y SOBRE EL EFECTO VINCULANTE DE LA ACUSACIÓN DEL FISCAL SIN CONTAR CON LA EVIDENCIA QUE SE CONSIDERA INEFICAZ). DERECHOS EN RIESGO: SEGURIDAD JURÍDICA, INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIALES, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÓLO LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA</p>
<p>0003-10-SIN-CC. SUPLEMENTO DEL R.O. 183 DEL 30 DE ABRIL DE 2010.(SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS 8 Y 9 DE LA LEY DE ESPECTÁCULOS TAURINOS Y EJERCICIO PROFESIONAL DE TOREROS NACIONALES Y LA PARTE FINAL DEL ARTÍCULO IV 201 DEL CÓDIGO MUNICIPAL PARA EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO. SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS TOREROS PROFESIONALES NACIONALES A AFILIARSE A LA UNIÓN DE TOREROS DEL ECUADOR). DERECHOS EN RIESGO: LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD DE ASOCIACIÓN</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÓLO EL DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN</p>

<p>0029-06-TC. SEGUNDO SUPLEMENTO DEL R.O 180 DEL 27 DE ABRIL DE 2010 (SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO FINAL DEL ART. 97 DE LA CODIFICACIÓN CÓDIGO DEL TRABAJO, PUBLICADA EN EL SUPLEMENTO DEL R.O. 167 DEL 16 DE DICIEMBRE DE 2005(RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LEY DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO APLICABLE A LAS ENTIDADES DE DERECHO PRIVADO EN LAS CUALES LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO TIENEN PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DE RECURSOS PÚBLICOS; INCISO FINAL DEL ART. 118 DEL MISMO CÓDIGO (COMPETENCIA DE LA SENRES PARA DETERMINAR POLÍTICAS Y LA FIJACIÓN DE REMUNERACIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS Y OBREROS DEL SECTOR PÚBLICO SUJETOS A LA LEY DE SERVICIO CIVIL Y AL CÓDIGO DEL TRABAJO, RESPECTIVAMENTE; INCISO FINAL DE LA DISPOSICIÓN GENERAL DÉCIMO PRIMERA DE LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DEL TRABAJO MEDIANTE LA CUAL SE REGULA LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, PUBLICADA EN EL SUPLEMENTO DEL R.O 298 DEL 23 DE JUNIO DE 2006 (LIMITACIÓN A LA PERCEPCIÓN DE UTILIDADES ANUALES EN LAS ENTIDADES DE DERECHO PRIVADO EN LAS CUALES LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO TIENEN PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DE RECURSOS PUBLICOS) ; EL ART. 234 DEL CÓDIGO DELTRABAJO(LIMITACIÓN A LA PRESENTACIÓN DE PLIEGO DE PETICIONES QUE CONTUVIEREN TEMAS O ASPECTOS CONTEMPLADOS EN EL CONTRATO</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------	-----------	-----------

<p>COLECTIVO VIGENTE). DERECHOS EN RIESGO: IGUALDAD ANTE LA LEY, LIBERTAD DE TRABAJO, LIBERTAD DE CONTRATACIÓN, SEGURIDAD JURÍDICA, JUSTICIA SIN DILACIONES</p>				
<p>0001-07-TC. SEGUNDO SUPLEMENTO DEL R.O. 180 DEL 27 DE ABRIL DE 2010 (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY REFORMATIVA DE LA LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO, LRSE, PUBLICADA EN EL R.O. 364 DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2006, REFERIDAS, ENTRE OTROS, AL VALOR AGREGADO DE DISTRIBUCIÓN, VAD, COMO ELEMENTO QUE DEBE CUBRIR LA TARIFA APLICABLE A LOS CONSUMIDORES; A LA CREACIÓN OBLIGATORIA DE UN FONDO FIDUCIARIO; SOBRE EL VOTO OBLIGATORIO EN LAS JUNTAS GENERALES DE ACCIONISTAS A FAVOR DEL PROFESIONAL QUE HUBIERE OBTENIDO LAS MÁS ALTAS CALIFICACIONES EN EL CONCURSO PÚBLICO DE MERECIMIENTOS Y OPOSICIÓN RESPECTIVO PARA LA DESIGNACIÓN DE MIEMBROS DEL DIRECTORIO, PRESIDENTES EJECUTIVOS O GERENTES GENERALES DE LAS COMPAÑÍAS DEL SECTOR ELÉCTRICO EN LAS QUE TENGA PARTICIPACIÓN ACCIONARIA EL ESTADO ECUATORIANO). DERECHOS EN RIESGO: IGUALDAD, LIBRE EMPRESA, LIBERTAD DE CONTRATACIÓN, SEGURIDAD JURÍDICA</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>

<p>006-10-SIN-CC. SUPLEMENTO DEL R.O. 238 DEL 19 DE JULIO DE 2010 (SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEY REFORMATORIA 2007-103, PUBLICADA EN EL SUPLEMENTO DEL R.O. 223 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2007, RELATIVA A LA RETENCIÓN DE UN VALOR MENSUAL DE LA PENSIÓN DE CADA JUBILADO DESTINADO, EN PARTES IGUALES, AL SOSTENIMIENTO DE LA CONFEDERACIÓN NACIONAL DE JUBILADOS Y PENSIONISTAS, Y DE CADA UNA DE LAS FEDERACIONES PROVINCIALES). DERECHOS EN RIESGO: A ASOCIARSE LIBREMENTE; PROHIBICIÓN DE RETENER LAS PRESTACIONES EN DINERO DEL SEGURO SOCIAL; PROHIBICIÓN DE QUE NINGUNA PERSONA PUEDE SER OBLIGADA A HACER ALGO PROHIBIDO O A DEJAR DE HACER ALGO NO PROHIBIDO POR LA LEY.</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ, SU CONTENIDO ES EXPLÍCITO EN LA CONSTITUCIÓN</p>
<p>010-13-SIN-CC. SEGUNDO SUPLEMENTO DEL R. O. 203 DEL 14 DE MARZO DE 2014 (SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE, ENTRE OTROS, LOS ARTÍCULOS 29,31 Y 32 DE LA LEY ORGÁNICA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA; ARTÍCULO 25 LETRA G) DEL SU REGLAMENTO; 21 NUMERAL 8 DE LA LEY; 13 NUMERAL G DE DIVERSOS REGLAMENTOS SOBRE ESPECÍFICOS CONCURSOS; DISPOSICIÓN TRANSITORIA OCTAVA DE LA LEY;). DERECHOS EN RIESGO: A RECURRIR; DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA; A LA IGUALDAD; A DESEMPEÑAR EMPLEOS Y FUNCIONES PÚBLICAS CON BASE EN MÉRITOS Y CAPACIDADES.</p>	<p>SÍ, PUES ESTA TEORÍA TRATA SOBRE LAS LIMITACIONES O RESTRICCIONES DE LOS DERECHOS POR PARTE DE NORMAS JURÍDICAS</p>	<p>SÍ</p>	<p>NO</p>	<p>SÍ, EXCEPTO EL DERECHO A LA IGUALDAD.</p>

CONCLUSIONES

Después del camino recorrido podemos decir con convencimiento, que:

- a) La circunstancia de haberse convertido el Ecuador en un Estado constitucional de derechos y justicia constituye un elemento transformador, determinante y cualificador del trabajo de la institucionalidad pública. En efecto, el *eje* de la misión del Estado son los derechos y su realización. No una realización formal solamente, sino también material o efectiva, como es propio de una tutela verdadera. Ser un Estado constitucional de derechos y justicia es motivo de orgullo en la medida en que, efectivamente, los derechos se materialicen.

En un Estado constitucional de derechos y justicia la supremacía constitucional debe entenderse también como supremacía de los derechos.

- b) Tan significativa variante constitucional exige de los órganos del poder público expresiones consistentes de reorientación hacia la vivencia efectiva de los derechos de las personas. En el ámbito legislativo dicha reforma determina la necesidad de producir legislación dirigida en forma directa a cualificar el ejercicio de los derechos, por un lado, y a solidificar la tutela estatal por otro. La Constitución de la República da algunos impulsos que la Asamblea Nacional debe secundar con sabiduría. A continuación algunas manifestaciones del claro afán del constituyente ecuatoriano por la *realización de los derechos*. La Ley suprema:

1.- Consagra como deber primordial del Estado, entre otros, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, como también el ordenamiento jurídico, al tenor del artículo 3 numerales 1 y 4;

2.- Define que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”; (Art. 11 numeral 9)

3.- Ordena en el artículo 84:

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

4.- Dispone como consagración fundamental de las garantías jurisdiccionales, entre otros, que:

1. - “ Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.” (Art. 87 numeral 3); y,

2.- “ Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”.

c) Es jurídicamente razonable afirmar que todo derecho tiene un contenido esencial. Esto es, una parte infranqueable, irreductible que no puede ser disminuida sin afectar la identidad del derecho, su misión, su idoneidad y suficiencia para proteger el bien jurídico que justifica su existencia.

Como decimos en esta obra, “ constituye aquel espacio jurídico sustancial y mínimo que le da sentido al derecho, y que por lo mismo le permite proteger con suficiencia, idoneidad, eficacia y certeza el bien jurídico en razón del cual existe

ese derecho. El *contenido esencial* de un derecho le da identidad al derecho, permite caracterizarlo como tal, y por lo mismo facilita la protección necesaria e idónea para la conservación de su utilidad sin desdibujar su contenido. Es, pues, un contenido irreductible que permite que el derecho pueda cumplir efectivamente su papel de tutela al titular del mismo. Por ejemplo, el *contenido esencial* del derecho de apelar de una sentencia consiste en que el órgano judicial de alzada pueda analizar la decisión de fondo y, motivadamente, *revocarla, confirmarla o reformarla*. El recurso de apelación sin ese mínimo y sustancial contenido jurídico no sería ya recurso de apelación; lo que lo identifica es su idoneidad o aptitud para revertir, reformar o confirmar la decisión apelada.”

- d) El respeto del contenido esencial de los derechos es parte de la garantía del ordenamiento jurídico establecida como deber primordial del Estado en el artículo 3 numeral 4 de la Constitución de la República. Es inentendible una garantía del ordenamiento jurídico que no comprenda el respeto al contenido esencial de los derechos que reconoce dicho ordenamiento; así como es inconcebible un Estado de Derecho sin ordenamiento jurídico. Ergo, es de la esencia de este Estado la existencia de dicho ordenamiento, como es de la esencia de la garantía del ordenamiento jurídico el respeto del contenido esencial de los derechos.

El respeto de los derechos es base de la paz social.

- e) El sentido del contenido esencial de los derechos es doble: por un lado constituye el límite al poder de limitar el ejercicio de los derechos por parte del legislador; una especie de dignidad de los derechos, por lo irreductible; y por otro es un elemento de notable utilidad en la administración de justicia ordinaria y constitucional, pues si cada juez previo a definir en la parte dispositiva de la decisión de fondo sobre un derecho, sobre una situación jurídica que involucra un derecho o en general sobre la respectiva pretensión que se refiere a un derecho, precisa el contenido esencial de ese derecho, habrá mayor certeza, certidumbre y razonabilidad en su decisión, pues previo a resolver lo de fondo ha

delimitado el contenido del pertinente derecho.

Es un contrasentido jurídico que los jueces resuelvan sobre un derecho sin conocer con precisión cuál es su contenido esencial, o conociéndolo no lo expresen. Por excepción pueden haber procesos en los cuales no sea racional delimitar el alcance de un derecho, atenta la naturaleza del conflicto jurídico.

- f) La doble misión referida en nada afecta el desarrollo de la jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional ni de la Corte Nacional de Justicia en los términos del artículo 185 de la Constitución, ni tampoco la posibilidad de variación justificada del contenido esencial de los derechos. Más aún, recuérdese que el artículo 11 numeral 8 de la Ley suprema ordena, entre otros, que “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

- g) El trabajo jurisdiccional exige como invariable punto de partida una clara ubicación conceptual respecto de las materias jurídicas que deben ser abordadas en la motivación de la respectiva decisión de fondo, y especialmente sobre los derechos en disputa, sobre sus alcances, sobre su *contenido esencial*. Es un contrasentido material y lógico que quien define una situación jurídica, quien resuelve sobre un derecho no conozca en qué consiste esa situación jurídica, qué es lo medular en ese derecho, cuál es su *contenido esencial*. Dar la razón sobre un derecho, sobre el alcance del mismo en el marco de una determinada realidad fáctica presupone la necesidad invariable de que el administrador de justicia ordinario y constitucional tengan certeza sobre lo que constituye el *contenido esencial* del derecho o de los derechos en cuestión, y lo hagan conocer en su decisión de fondo.

Es una cuestión que va más allá de la presunción de conocimiento de la ley. Decidir, pues, sobre un derecho sin saber cuál es su *contenido esencial*, o sabiéndolo no expresarlo, sencillamente es ilógico, no tiene

sentido jurídico. La expresión sobre dicho contenido, además, permitirá impugnarlo en los casos en que es posible hacerlo.

- h)** La existencia del contenido esencial de los derechos como límite al poder de limitar el ejercicio de los derechos por parte del legislador no significa, ni puede traducirse, máxime en un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el legislador tiene un espectro absoluto para limitar arbitrariamente la parte no esencial de los derechos. La razonabilidad en el ejercicio de las funciones públicas, y dentro de ellas del fundamental papel de legislar, es incompatible con los extremos para desacreditar una teoría.
- i)** La definición del contenido esencial “in abstracto” de un derecho, realizada en el respectivo auto o sentencia, es la base de la aplicación “in concreto” al caso de que se trate.
- j)** La doctrina del contenido esencial de los derechos está recogida en las Leyes supremas de Alemania, Portugal, España, Chile, y ha sido objeto de una valiosa jurisprudencia por parte de la reconocida Corte Constitucional de Colombia y del Tribunal Constitucional español. Desconocemos el detalle de la jurisprudencia alemana y de Portugal. De Chile encontramos pocos casos.
- k)** Consideramos que dicha teoría está recogida implícitamente en el artículo 11 numeral 4 de la Constitución ecuatoriana. Sólo así adquiere sentido lógico jurídico el principio consagrado en dicho numeral:

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

Lo contrario supone aceptar que los derechos son *absolutos*, no limitables. E implica el desconocimiento de una realidad jurídica establecida en la propia Constitución de la República: la posibilidad de limitar los derechos. Esa posibilidad está reconocida en diversos instrumentos internacionales que hemos revisado. En Constituciones también. Por ejemplo, la de

España expresa en el artículo 16.1:

“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Citamos a continuación algunas disposiciones de la Constitución del Ecuador que validan el poder jurídico de limitar los derechos:⁹¹:

1.- El artículo 23 determina:

“... El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá *sin más limitaciones que las que establezca la ley*, con sujeción a los principios constitucionales”.

2.- El artículo 46 numeral 7 establece:

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

(...)

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos”.

3.- El artículo 66 en los numerales 5 y 8 consagra:

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

(...)

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

(...)

⁹¹ Las cursivas en la reproducción de dichos textos son nuestras.

8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, *con las restricciones que impone el respeto a los derechos*”

4- El artículo 69 numeral 2 establece:

“**Art. 69.-** Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

(...)

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y *con las condiciones y limitaciones que establezca la ley...*”

También diversos instrumentos internacionales expresamente citados en este trabajo confirman la plena posibilidad jurídica de limitar los derechos. Así:

1.- *La Convención Americana sobre Derechos Humanos* consagra, entre otros:

“**Artículo 32.** Correlación entre Deberes y Derechos

(...)

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

“**Artículo 30.** Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

“**Artículo 12.** Libertad de Conciencia y de Religión

(...)

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que

sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.

“Artículo 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

2.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos determina:

“Artículo 29

(...)

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

3.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales define:

“Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

“Artículo 5

1 Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la

destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él”.

“Artículo 8

1.- Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado...”

Nótese que hemos hablado de limitar los derechos, no así las garantías. Pues éstas son el mecanismo para hacer efectivos los derechos. A través de ellas se responde a la pregunta ¿cómo se hacen realidad los derechos? Los derechos, en cambio, constituyen el objeto de las garantías.

Es muy importante destacar que ocho de los nueve magistrados de la Corte Constitucional en funciones, al contestar el cuestionario que les planteamos sobre

el contenido esencial de los derechos, en el mes de agosto de 2014, respondieron afirmativamente que los derechos de las personas pueden válidamente limitarse en razón de no afectar los derechos de los demás ni el interés público. Dicho cuestionario es un anexo de esta tesis.

- l) Consideramos fundamental, en aras de una calificada administración de justicia constitucional, que la Corte Constitucional previo a resolver en la parte dispositiva de la sentencia sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica, valore si tal disposición afecta o no el contenido esencial del derecho pertinente. Si realizada esta valoración jurídica la Corte llega a la conclusión de que la disposición afecta el contenido esencial del derecho pertinente, entonces corresponderá que declare la inconstitucionalidad de tal precepto, o si fuere del caso dicte la correspondiente sentencia modulativa o condicionada, considerando que la declaratoria de inconstitucionalidad es la última ratio. La argumentación jurídica debe reflejar las razones de la decisión de la Corte Constitucional. Las Leyes supremas de Alemania, Portugal, España, Chile y abundante jurisprudencia de la prestigiosa Corte Constitucional Colombiana respaldan la doctrina del contenido esencial de los derechos como límite a la capacidad (regulatoria) de limitar el ejercicio de los derechos.
- m) La Corte Constitucional está familiarizada con la teoría del contenido esencial de los derechos. Así lo afirman todos los magistrados/as de la Corte en el cuestionario que le planteamos en el mes de agosto de 2014, y que todos contestaron.
- n) La administración de justicia constitucional a nivel concentrado casi no ha aplicado la teoría del contenido esencial de los derechos como límite al poder de limitar los derechos de las personas por parte del legislador. Creemos que la explicación para esta realidad radica en que no se ha considerado *necesaria* la aplicación de dicha teoría, como por la dificultad que puede plantear construir el significado del contenido esencial de los derechos respectivos en los correspondientes juicios. Desde nuestro punto

de vista la doctrina jurídica no es muy práctica en la explicación de cómo se configura el contenido esencial de los derechos. Hace énfasis en su fortaleza, en lo impenetrable del concepto, pero no en la practicidad de la construcción jurídica en casos concretos. Tampoco hay norma jurídica que obligue a considerar tal teoría. Ésta se diluye entre los tantos criterios de interpretación jurídica.

- o) Cae por su propio peso que para todo Estado y para toda Democracia la protección de los derechos de las personas ocupa un papel singularmente estelar. En efecto, tal tutela es una *necesidad pública* que el Estado debe satisfacer. Máxime en un Estado constitucional de derechos y justicia como el ecuatoriano, en el cual, además, es deber primordial estatal garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales; como también garantizar el ordenamiento jurídico, todo ello al tenor del artículo 3 numerales 1 y 4 de la Ley suprema. Esta realidad jurídica hace - y debiera hacer - a la sociedad totalmente trascendente la preocupación institucional del Estado, y particularmente de la Corte Constitucional sobre la capacidad para limitar los derechos de las personas por parte del legislador.

- p) El contenido esencial de los derechos constituye la sustancia mínima de todo derecho que no puede ser reducida o atacada, so pena de la *pérdida de la identidad del derecho y hasta de su misión respecto del respectivo bien jurídico*. Por lo mismo, en el campo del deber ser, la Corte Constitucional es una institución que debe velar con eficacia, en cada caso, porque el poder regulatorio del Estado no ataque dicho contenido mínimo, pues de hacerlo menoscaba el derecho respectivo convirtiéndolo en inútil. No decimos que sea criticable la no atención suficiente a tal teoría; no somos nadie para hacerlo; pero sí creemos trascendente que se reencause tal posición como quiera que *el papel de dicha teoría es el de limitar el poder de limitar los derechos por parte del legislador*.

La teoría del contenido esencial de los derechos, creemos, es la más específica en cuanto parámetro para limitar el poder de limitar los derechos. *La Corte Constitucional del Ecuador ha dado muestras reiteradas de su preocupación efectiva por la realización del Estado constitucional de derechos y justicia.* Actitud que felicitamos.

- q) El problema planteado por la presente tesis se ha confirmado. En efecto, la administración de justicia constitucional a nivel de control concentrado, casi no ha aplicado dicha teoría. Las sentencias analizadas como muestra en este trabajo ratifican dicho problema. Veamos el detalle. Pero primero dejemos sentado que el punto de partida es el reconocimiento de que los derechos pueden ser limitados, pues no son absolutos, para no afectar los derechos de terceros ni el interés general. Destacamos que ocho de los nueve magistrados de la Corte Constitucional consideran que los derechos de las personas pueden válidamente limitarse en razón de no afectar los derechos de los demás ni el interés público. Lo cual nos confirma el concepto del llamado poder de policía estatal, denominación criticada por un sector de la doctrina. Poder limitador que está expresado en diversas normas que hemos reproducido.

La consideración aludida fue expuesta en respuesta a la pregunta 4 del cuestionario que les planteáramos en el mes de agosto de 2014.

Como dato destacable anotamos que siete de los nueve magistrados de la Corte consideran que no sólo de los derechos constitucionales se puede hablar de contenido esencial.

Ahora sí revisemos el detalle de la síntesis de las 30 sentencias de muestra referidas:

- a) **24 sentencias son de la Corte Constitucional para el periodo de Transición.**
- b) **4 sentencias son de la Corte Constitucional.**

c) 2 sentencias son del Tribunal Constitucional.

d) De este total de sentencias solamente 2 definen el contenido esencial del derecho.

1.- La sentencia No 0012-08-TC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 641 del 24 de julio de 2009, expedida por la Corte Constitucional para el periodo de transición sí cumple en precisar el bien jurídico protegido, pero no define los efectos de la violación del contenido esencial si bien enuncia los elementos que estructuran dicho contenido esencial, en el caso concreto, del derecho a la propiedad. La Corte justifica la intervención en tal derecho en función del carácter no absoluto de la propiedad. Por tratarse de una Ley expropiatoria, es evidente que hay afectación al derecho a la propiedad.

2.- La sentencia No 001-10-SAN-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 196 del 19 de mayo de 2010 (Acción por incumplimiento respecto del mandato constituyente número 2, artículo 8) define el contenido esencial del derecho a la igualdad; alude al bien jurídico. Por tratarse de una acción por incumplimiento – y no de inconstitucionalidad de norma jurídica o de consulta de constitucionalidad, que son las acciones en las que corresponde tradicionalmente, por su objeto, el pronunciamiento sobre si hay violación o no del contenido esencial de un derecho – no es razonablemente pertinente ni académicamente exigible que defina los efectos de la violación del contenido esencial, ni tampoco cómo la actuación impugnada afecta o no afecta el contenido esencial del respectivo derecho, pues el objeto de esta acción por incumplimiento es la observancia de un mandato constituyente: el 2, artículo 8.

r) Consideramos que los magistrados de la Corte Constitucional del Ecuador conocen cabalmente la teoría del contenido esencial de los derechos. A esta conclusión arribamos tanto por el resultado unánime a la pertinente pregunta del cuestionario (la número 1 sobre la familiaridad con tal teoría) que les hiciéramos en el mes de agosto de 2014, como por la también

unánime respuesta a la pregunta 5: *los nueve magistrados de la Corte Constitucional estiman que el legislador cuando regula un derecho debe tener como límite no afectar el contenido esencial de ese derecho*. La teoría del contenido esencial de los derechos constituye un límite al poder de limitar los derechos por parte del legislador.

- s) La recién referida unánime respuesta a la pregunta número 5, como también la mayoritaria respuesta a favor de la pregunta 7: **“7.- Si a usted le toca actuar como magistrado ponente en una acción de inconstitucionalidad de norma jurídica utilizaría el concepto del contenido esencial del derecho como barrera o límite que no puede ser superado a través de la norma demandada? 6 a favor** (una respuesta fue negativa; otra afirmó que había falta de claridad en la pregunta, y otra sostuvo lo siguiente: “ La respuesta no podría ser absoluta, pues en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad la Corte podría recurrir también a otros métodos de interpretación constitucional para verificar la conformidad de una norma infra constitucional respecto a la Constitución, entre ellos, por ejemplo, el principio de proporcionalidad”) nos lleva a concluir que los magistrados de la Corte Constitucional - y por ende la Corte - dimensionan la trascendencia de la teoría del contenido esencial de los derechos.⁹²

No obstante, desde el punto de vista de la aplicación de tal teoría en las sentencias puede colegirse que la Corte Constitucional para el Periodo de Transición y la Corte Constitucional no han dimensionado la trascendencia de la teoría del contenido esencial de los derechos *como límite al poder de limitar los derechos*;

⁹² Destacamos que uno de los magistrados que contestó afirmativamente observó que la graduación y forma de aplicación de la teoría del contenido esencial de los derechos dependerá y se justificará en gran medida a partir del contexto y particularidades del caso en concreto.

- t) Respecto de la Corte de Transición fue imposible aplicar el cuestionario, pues ella orgánicamente ya no existe. Decimos orgánicamente, pues varios magistrados de la Corte de Transición forman parte de la Corte Constitucional.
- u) Los indicadores que habíamos establecido para definir la profundidad de las sentencias del máximo órgano de administración de justicia constitucional en cuanto a la aplicación de la teoría del contenido esencial (**a** definición del objeto del respectivo derecho, esto es, del bien jurídico protegido; **b** definición de los efectos de la violación del contenido esencial del derecho respectivo; **c** determinación de cómo la actuación impugnada afecta o no afecta el contenido esencial del respectivo derecho) debido a la virtualmente nula aplicación de la teoría casi no se han utilizado. Decimos “casi”, pues de la muestra de sentencias sólo 1 sentencia de la Corte Constitucional para el periodo de transición aplicó la teoría respecto de una acción de inconstitucionalidad de norma jurídica. La otra sentencia versó sobre una acción por incumplimiento, en la cual no es académicamente pertinente ni exigible la aplicación de dicha teoría.
- v) La administración de justicia constitucional a nivel concentrado en sus fallos no ha dado importancia a la teoría del contenido esencial de los derechos como límite al poder de limitar los derechos de las personas por parte del legislador. Creemos que la explicación para esta realidad radica en que no se ha considerado *necesaria* la aplicación de dicha teoría, como por la dificultad que puede plantear construir el significado del contenido esencial de los derechos respectivos en los correspondientes juicios. Desde nuestro punto de vista la doctrina jurídica no es muy práctica en la explicación de cómo se configura el contenido esencial de los derechos. Hace énfasis en su fortaleza, en lo impenetrable del concepto, pero no en la practicidad de la construcción jurídica en casos concretos. Tampoco hay norma jurídica que obligue a considerar tal teoría. Ésta se diluye entre los tantos criterios de interpretación jurídica.

w) Cae por su propio peso que para todo Estado y para toda Democracia la protección de los derechos de las personas ocupa un papel singularmente estelar. En efecto, tal tutela es una *necesidad pública* que el Estado debe satisfacer. Máxime en un Estado constitucional de derechos y justicia como el ecuatoriano, en el cual, además, es deber primordial estatal garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales; como también garantizar el ordenamiento jurídico, todo ello al tenor del artículo 3 numerales 1 y 4 de la Ley suprema. Esta realidad jurídica hace - y debiera hacer - a la sociedad totalmente trascendente la preocupación institucional del Estado, y particularmente de la Corte Constitucional sobre la capacidad para limitar los derechos de las personas por parte del legislador.

El contenido esencial de un derecho constituye la sustancia mínima de todo derecho que no puede ser reducida o atacada, so pena de la *pérdida de la identidad del derecho y hasta de su misión respecto del respectivo bien jurídico*. Por lo mismo, en el campo del deber ser, la Corte Constitucional es una institución que debe velar con eficacia, en cada caso, porque el poder regulatorio del Estado no ataque dicho contenido mínimo, pues de hacerlo menoscaba el derecho respectivo convirtiéndolo en inútil.

No decimos que sea criticable la no atención suficiente a tal teoría; no somos nadie para hacerlo; pero sí creemos trascendente que se reencause tal posición como quiera que *el papel de dicha teoría es el de limitar el poder de limitar los derechos por parte del legislador. La Corte Constitucional del Ecuador ha dado muestras reiteradas de su preocupación efectiva por la realización del Estado constitucional de derechos y justicia. Nos hemos congratulado y nos congratulamos por ello.*

No es la teoría del contenido esencial de los derechos la única útil para definir si hay o no violación de un derecho, pero sí es, creemos, la más específica para utilizarse a efectos de limitar el poder de limitar el contenido

de los derechos por parte del legislador, y por ende es útil para definir si hay o no violación al contenido mínimo de un derecho en función del quebranto o no de ese límite. Nosotros abonamos por tal teoría. Tanto no es la única que el principio de proporcionalidad constituye uno de los conceptos más útiles en la vida del Derecho - de la administración y de la economía - y de plena aplicación posible a la hora de definir respecto de la violación o no de un derecho por parte de una norma jurídica. Uno de los más importantes tratadistas del Derecho Público, Carlos Bernal Pulido, es un insistente partidario de dicho principio, y un crítico de la teoría del contenido esencial de los derechos.

x) Consideramos que existe un ambiente favorable respecto de la teoría del contenido esencial de los derechos en los magistrados de la Corte Constitucional. Esto se refleja en el hecho de que:

1.- Todos estiman que el legislador cuando regula un derecho debe tener como límite no afectar el contenido esencial de ese derecho. (No obstante, sólo cinco afirman que la Corte Constitucional aplica la teoría del contenido esencial de los derechos en sus sentencias. Los otros cuatro afirman que no. Cabe destacar que uno de los que contestan que no, observó como comentario general respecto de las respuestas a nuestro cuestionario, que *un sí o no no sería absoluto y está condicionado a las situaciones fácticas de cada caso*)

2.- Siete consideran que sin perjuicio de la posibilidad de variar fundamentalmente el criterio jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, es trascendente, en razón de la seguridad jurídica, que exista uniformidad de concepción en la Corte sobre lo que constituye el contenido esencial de los derechos. Uno cree lo contrario; y uno nos respondió así:

“La respuesta dependerá del tipo de proceso de competencia de la Corte y de las circunstancias fácticas que existan en cada uno de los procesos, ese

es el presupuesto esencial para la construcción de criterios jurisprudenciales. No obstante de ello, si nos referimos a un criterio abstracto relacionado al contenido esencial (teórico) si resultará necesario que la Corte mantenga un criterio uniforme.”

3.- Todos están de acuerdo con nuestro concepto de contenido esencial de los derechos detallado en la pregunta 6 de nuestro cuestionario. Nos satisface académicamente tal conformidad.

4.- 6 de los 9 jueces consideran que si les toca actuar como magistrados ponentes en una acción de inconstitucionalidad de norma jurídica utilizarían el concepto del contenido esencial del derecho como barrera o límite que no puede ser superado a través de la norma demandada.

y) Convencidos de que contribuiría a un más ágil despacho de las causas constitucionales, en función de la uniformidad de criterio, el que a través de una ley se disponga el deber de la Corte Constitucional de, previo a resolver, precisar cuál es el contenido esencial del derecho acusado de ser violado o del derecho objeto del proceso, delimitamos tal teoría en un anteproyecto de ley. El objeto es el que acabamos de indicar. Dicho objeto tiene la disconformidad de los nueve magistrados de la Corte Constitucional. Así lo expresaron en la respuesta a la pregunta 10 de nuestro cuestionario. Eso sí, todos están de acuerdo en que *el legislador cuando regula un derecho debe tener como límite no afectar el contenido esencial de ese derecho.*

z) Nuestro anteproyecto de LEY SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS involucra tanto a la administración de justicia ordinaria como a la constitucional. En efecto:

En la EXPOSICIÓN DE MOTIVOS del anteproyecto expresamos que para efectos constitucionales y legales la definición del contenido esencial del derecho sobre el cual se va a decidir constituye parte determinante e insustituible de toda

motivación jurídica, y por lo mismo la omisión en el cumplimiento de realizar esta definición implica violación de la obligación establecida en el artículo 76 numeral 7, letra l) de la Constitución de la República.”

PROYECTO DE LEY SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

- a) La circunstancia de haberse convertido el Ecuador en un Estado constitucional de derechos y justicia constituye un elemento transformador, determinante y cualificador del trabajo de la institucionalidad pública. En efecto, el *eje* de la misión del Estado son los derechos y su realización. No una realización formal solamente, sino también material o efectiva, como es propio de una tutela verdadera. Pudiera decirse que ser un Estado constitucional de derechos y justicia es motivo de orgullo.
- b) Tan significativa variante constitucional exige de los órganos del poder público expresiones consistentes de reorientación hacia la vivencia efectiva de los derechos de las personas. En el ámbito legislativo dicha reforma determina la necesidad de producir legislación dirigida en forma directa a cualificar el ejercicio de los derechos, por un lado, y a solidificar la tutela estatal por otro. La Constitución de la República da algunos impulsos que la Asamblea Nacional debe secundar con sabiduría. A continuación algunas manifestaciones del claro afán del constituyente ecuatoriano por la *realización de los derechos*. En efecto, la Ley suprema:

1.- Consagra como deber primordial del Estado, entre otros, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, como también el ordenamiento jurídico, al tenor del artículo 3 numerales 1 y 4.

2.- Define que “ El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.” (Art. 11 numeral 9)

3.- Ordena en el artículo 84:

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

4.- Dispone como consagración fundamental de las garantías jurisdiccionales, entre otros, que:

1. - “Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.” (Art. 87 numeral 3); y,

2.- “Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”.

c) A nivel jurisprudencial es claro que la Corte Constitucional ha expresado con elocuencia numerosos esfuerzos con el claro propósito de hacer realidad la nueva categoría estadual; en tal sentido le ha dado a la jurisprudencia constitucional una importancia extraordinaria al definirla como *fuerza primaria del Derecho*. Esto a pesar de que la Constitución no ha definido un rango específico para la jurisprudencia constitucional. La Corte ha generado jurisprudencia vinculante orientada a la eficacia de los derechos.

d) La Función Judicial y la administración de justicia constitucional representada por la Corte Constitucional tienen en común el claro rol

de encargarse, en el ámbito de sus competencias, de llevar a la realidad el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. El corazón de ambas, el centro de su rol institucional está dado, indudablemente, por la materialización de la *tutela judicial efectiva*, esto es, por lograr lo que el Dr. Miguel Hernández Terán define en su obra “LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO INSTRUMENTO ESENCIAL DE LA DEMOCRACIA”⁹³ como “ el estado o situación cierta de amparo jurídico y realización material del derecho o interés legítimo que, teniendo como antecedente, por regla general, una o más providencias judiciales, permite al titular del derecho o interés legítimo o a quien se encuentra en el ejercicio legítimo de los mismos, el disfrute de sus beneficios patrimoniales y/o extrapatrimoniales, o prepara el camino para su realización permanente.”

e) Doctrina

1.- El Dr. Jorge Zavala Egas en su obra “ DERECHO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”⁹⁴ destaca:

“...los derechos constitucionales valen objetivamente en la misma proporción en que se define el contenido esencial de cada uno. Hé aquí la cuestión que constituye el trasfondo del nuevo constitucionalismo, del surgido después del fracaso del positivismo anterior a 1955.”

2.- El doctor Pablo Alarcón⁹⁵ en su libro “La ordinarización de la acción de protección⁹⁶” destaca, entre otros:

“De manera general, la teoría del núcleo esencial del derecho fundamental ha sido dirigida concretamente al legislador con el objeto de evitar

⁹³ Offset Grabba. 2005. Guayaquil – Ecuador. Página 58.

⁹⁴ Citado con anterioridad. Página 47.

⁹⁵ Asesor del Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador.

⁹⁶ UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL. Serie Magíster. Volumen 148. Quito. 2013. Página 64.

restricciones o limitaciones injustificadas a aquel segmento o parte dura que sostiene la esencia del derecho fundamental. No obstante, el núcleo esencial del derecho resulta igualmente importante para la administración de justicia, concretamente para el juez constitucional. En efecto, el operador judicial a partir de la activación de una garantía debe concentrar su análisis en la protección de aquel núcleo del derecho constitucional o fundamental”.

Afirma también Alarcón⁹⁷:

“...La determinación y delimitación del contenido constitucional de un derecho o su núcleo, debe ser identificado por el juez constitucional en el caso concreto, antes de declarar la procedencia de la garantía constitucional planteada.”

3.- Pedro Serna y Fernando Toller en su estudio titulado “LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA ALTERNATIVA A LOS CONFLICTOS DE DERECHOS”⁹⁸ precisan:

“Pero el contenido esencial – o la regla de que los derechos y garantías constitucionales no deben ser alterados – no es sólo una garantía específica ante la ley, sino – en la intelección aquí propuesta – una pauta interpretativa: puede y debe ir más allá, y debe ser respetado también por la sentencia judicial. Esto viene impuesto por la vinculación de *todos* los poderes públicos a la *Constitución*, y no sólo del legislador; y sólo puede ser negado si se concibe la función judicial como una tarea meramente mecánica...”

f) La *realización judicial de los derechos* a cargo de la Función Judicial y de la Corte Constitucional supone esfuerzos administrativos y jurisdiccionales. Éstos últimos necesitan de los primeros. Lo

⁹⁷ Página 66 de la obra citada.

⁹⁸ Editorial LA LEY. Buenos Aires, Argentina. Año 2000. Páginas 54 y 55.

administrativo en la Función Judicial y en la Corte Constitucional está al servicio de la jurisdicción que ambas ejercen. El trabajo jurisdiccional exige como invariable punto de partida una clara ubicación conceptual respecto de las materias jurídicas que deben ser abordadas en la motivación de la respectiva decisión de fondo, y especialmente sobre los derechos en disputa, sobre sus alcances, sobre su *contenido esencial*. Es un contrasentido material y lógico que quien define una situación jurídica, quien resuelve sobre un derecho no conozca en qué consiste esa situación jurídica, qué es lo medular en ese derecho, cuál es su *contenido esencial*. Dar la razón sobre un derecho, sobre el alcance del mismo en el marco de una determinada realidad fáctica presupone la necesidad invariable de que el administrador de justicia ordinario y constitucional tengan certeza sobre lo que constituye el *contenido esencial* del derecho o de los derechos en cuestión, y lo hagan conocer en su decisión de fondo.

Es una cuestión que va más allá de la presunción de conocimiento de la ley. Decidir, pues, sobre un derecho sin saber cuál es su *contenido esencial*, o sabiéndolo no expresarlo, sencillamente es ilógico, no tiene sentido jurídico. La expresión sobre dicho contenido, además, permitirá impugnarlo en los casos en que es posible hacerlo.

- g) *El contenido esencial de un derecho constituye aquel espacio jurídico sustancial y mínimo que le da sentido al derecho, y que por lo mismo le permite proteger con suficiencia, idoneidad, eficacia y certeza el bien jurídico en razón del cual existe ese derecho. El contenido esencial de un derecho le da identidad al derecho, permite caracterizarlo como tal, y por lo mismo facilita la protección necesaria e idónea para la conservación de su utilidad sin desdibujar su contenido. Es, pues, un contenido irreductible que permite que el derecho pueda cumplir efectivamente su papel de tutela al titular del mismo. Por ejemplo, el contenido esencial del derecho de apelar de una sentencia consiste en que el órgano judicial de alzada pueda*

analizar la decisión de fondo y, motivadamente, revocarla, confirmarla o reformarla. El recurso de apelación sin ese mínimo y sustancial contenido jurídico no sería ya recurso de apelación; lo que lo identifica es su idoneidad o aptitud para revertir, reformar o confirmar la decisión apelada.

Otros ejemplos:

1.- El derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos por la acción u omisión del responsable tiene como *contenido esencial*, mínimo e insustituible, dejar al perjudicado indemne, esto es, libre del daño sufrido. Si la compensación o indemnización que recibe sólo atenúa el daño sin revertirlo o extinguirlo, tal derecho no se habrá realizado en su *contenido esencial*.

2.- Como es conocido, la propiedad sobre un bien, corporal o incorporeal, envuelve la posibilidad de *usar, gozar y disponer del bien*. Ese es su *contenido esencial*. Si se elimina el poder jurídico de disponer del bien se habrá afectado el *contenido esencial* de la propiedad; éste derecho dejará de ser tal, quedará incompleto, habrá perdido su *identidad*, su contenido esencial.

2 El artículo 173 de la Constitución consagra:

“Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

El contenido esencial de ese derecho de impugnación comprende no sólo la aptitud para presentar el reclamo, la acción o recurso, sino la capacidad efectiva de los órganos competentes de la administración pública y de la administración de justicia de resolver dicha impugnación, revirtiendo o reformando la decisión de fondo. Por supuesto también supone la

capacidad de confirmar la decisión.

3 El artículo 66 numeral 23 de la Ley suprema dice:

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

(...)

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

El contenido esencial de este derecho está configurado en la misma disposición constitucional: comprende no sólo quejarse y pedir sino también la recepción de atención o respuestas motivadas. Si a tal derecho se le quita la atención o las respuestas, pierde sentido, queda vacío. Ya no será el derecho de petición que describe la Constitución. La atención o respuesta comprende la decisión de fondo, evidentemente.

h) Encuéntrase en la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949 – conocida doctrinariamente como la Ley Fundamental de Bonn - artículo 19 numeral 2, el reconocido origen de la doctrina del *contenido esencial* de los derechos; la misma que se extendió a la Constitución de Portugal de 1977, a la de España de 1978, y en su momento a la de Hungría. En América del Sur la Constitución de Chile también adoptó la doctrina del contenido esencial de los derechos.

Revisemos los textos:

1.- En el caso de Alemania el artículo 19 numerales 1 y 2 de su Ley Fundamental define⁹⁹:

⁹⁹Tomado de http://www.buenos-aires.diplo.de/contentblob/2227504/Daten/375140/Grundgesetz_Download.pdf

“Artículo 19

[Restricción de los derechos fundamentales]

(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.”

2.- La Constitución de Portugal dispone en el artículo 18: ¹⁰⁰

“Artículo 18

(Fuerza en Derecho)

1. Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a los entes públicos y privados.
2. La ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos previstos expresamente en la Constitución, debiendo limitarse las restricciones a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses protegidos constitucionalmente.
3. Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y no pueden tener efectos retroactivos ni reducir la extensión ni el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales.

3.- La Constitución Española en el artículo 53 numeral 1 determina¹⁰¹:

“ **53. 1** Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo

¹⁰⁰ Tomado de <http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm>

¹⁰¹ “ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA”. 1ª EDICIÓN. CIVITAS. Legislación y Jurisprudencia. Madrid. 2002.

caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).”

4.- En el caso chileno la Ley suprema define en el artículo 19 numeral 26¹⁰²:

“**Artículo 19.** La Constitución asegura a todas las personas:

(....)

26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

i) El doctor Miguel Hernández Terán, autor de la obra: “EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL”¹⁰³ considera que la Constitución del Ecuador reconoce implícitamente la teoría del contenido esencial de los derechos en el artículo 11 numeral 4, al definir como uno de los principios que deben regir el ejercicio de los derechos, el que: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Se entiende que la palabra “esencial “ está sobreentendida luego de la palabra “contenido”. De lo contrario, sostiene el autor, los derechos serían absolutos. Pero la convivencia social pacífica exige que los mismos puedan ser limitados en razón de no afectar los derechos de terceros ni el interés público. El profesor citado para confirmar que las limitaciones a los derechos son legítimas invoca diversas normas de la Constitución vigente:

¹⁰² Tomado de http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf

¹⁰³ Tesis previa a la obtención del grado de Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- El párrafo segundo del artículo 21:

“ No se podrá invocar la cultura *cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución*”.

2.- El artículo 23:

“... El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá *sin más limitaciones que las que establezca la ley*, con sujeción a los principios constitucionales”.

3.- El artículo 46 numeral 7:

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

(...)

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos”.

4.- El artículo 66 en los numerales 5, 8 y 12:

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

(...)

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

(...)

8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, *con las restricciones que impone el respeto a los derechos*

(...)

12. El derecho a la objeción de conciencia, *que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza...*¹⁰⁴

5.- El artículo 69 numeral 2:

“**Art. 69.-** Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

(...)

4. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y *con las condiciones y limitaciones que establezca la ley...*”

6.- El artículo 73:

“**Art. 73.-** *El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales...*”¹⁰⁵

a) En la doctrina jurídica tradicional se plantea que el contenido esencial de los derechos constituye el límite a la capacidad de limitar el ejercicio de los derechos por parte del legislador. Es decir, constituye una barrera infranqueable. Al decir del profesor Hernández Terán, la violación del contenido esencial de un derecho reconocido en la Constitución de la República por parte del legislador genera la responsabilidad civil extracontractual del Estado por la actividad legislativa. Es posible, pues, afectar el contenido esencial de un derecho, pero la consecuencia jurídica de tal proceder acarrea responsabilidad civil; bien entendido que para que ésta opere es necesario que converjan los elementos que permiten su configuración jurídica.

Esa responsabilidad es una reacción propia del derecho a la seguridad jurídica, en criterio del doctor Hernández. Éste sostiene en su libro. “**SEGURIDAD JURÍDICA *Análisis, Doctrina y Jurisprudencia***” que “ la seguridad jurídica, en términos amplios, es la certeza que tiene todo sujeto

¹⁰⁴ Las cursivas en la reproducción de textos son nuestras.

¹⁰⁵ Las cursivas son nuestras.

de Derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico del Estado, o reconocido por éste con eficacia jurídica, y *la garantía de que en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad del país impulsa la materialización de la responsabilidad correspondiente*".¹⁰⁶

Por lo demás, si la violación no proviene del legislador sino de otro órgano con competencia normativa, cabe igualmente la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad normativa. Igual razón igual disposición.

Ahora bien, el referido planteamiento doctrinario tradicional en nada obsta para que, en aras de lograr mayor certeza y razonabilidad en el contenido de las decisiones judiciales y constitucionales de fondo, todos los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial y la Corte Constitucional definan imperativamente antes de resolver en la parte dispositiva del auto o sentencia sobre una situación jurídica, sobre quién tiene la razón, a quién corresponde el derecho, y en general antes de definir sobre la pretensión procesal y la aplicación de las normas jurídicas pertinentes en relación con el caso concreto, *el contenido esencial del pertinente derecho(s)*, de tal manera que a partir de dicha base conceptual cierta puedan racionalmente determinar su decisión de fondo en cuanto al derecho o derechos involucrados.

Por consiguiente, entiéndase para efectos constitucionales y legales que la definición del contenido esencial del derecho sobre el cual se va a decidir constituye parte determinante e insustituible de toda motivación jurídica, y por lo mismo la omisión en el cumplimiento de realizar esta definición implica violación de la obligación establecida en el artículo 76 numeral 7, letra l) de la Constitución de la República. (Obligación de motivar los actos del poder público)

j) El servicio público de administración de justicia tanto a nivel ordinario como constitucional ganará notablemente en términos de certidumbre y razonabilidad con el establecimiento y cumplimiento efectivo de la obligación jurídica de realizar la definición previa antes referida. Lo cual se entiende sin perjuicio del

¹⁰⁶ EDINO. 2004. Guayaquil. Ecuador. Página 93.

desarrollo de la jurisprudencia en los términos constitucionales y legales y de la posibilidad de variación justificada del contenido esencial de los derechos por parte de la jurisprudencia. Más aún, recuérdese que el artículo 11 numeral 8 de la Ley suprema ordena, entre otros, que “ El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

k) La expedición y el cumplimiento efectivo de la LEY SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS en nada afecta que dicho contenido constituya y continúe siendo, una barrera al poder jurídico del legislador de limitar los derechos de las personas. Este proyecto reconoce dicha limitación y dispone la obligación jurídica del Estado de indemnizar a los titulares de los respectivos derechos por la violación del contenido esencial de sus derechos, pues como producto de dicho quebranto tales derechos pierden identidad, *utilidad* y *eficacia* para proteger efectivamente los bienes jurídicos que justifican su existencia.

l) Consideramos fundamental, en aras de una calificada administración de justicia constitucional, que la Corte Constitucional previo a resolver en la parte dispositiva de la sentencia sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica, valore si tal disposición afecta o no el contenido esencial del derecho pertinente. Si realizada esta valoración jurídica la Corte llega a la conclusión de que la disposición afecta el contenido esencial del derecho pertinente, entonces corresponderá que declare la inconstitucionalidad de tal precepto, o si fuere del caso dicte la correspondiente sentencia modulativa o condicionada, considerando que la declaratoria de inconstitucionalidad es la última ratio. La argumentación jurídica debe reflejar las razones de la decisión de la Corte Constitucional. Las Leyes supremas de Alemania, Portugal, España, Chile y abundante jurisprudencia de la prestigiosa Corte Constitucional Colombiana respaldan la doctrina del contenido esencial de los derechos como un límite a la capacidad (regulatoria) de limitar el ejercicio de los derechos por parte del legislador.

A continuación reproducimos parte de una importante decisión de la Corte

Constitucional de Colombia que desarrolla y aplica la teoría del núcleo o contenido esencial de los derechos en relación con el derecho de petición.

Sentencia No. T-426/92 del 24 de junio de 1992 (COLOMBIA, 2014)¹⁰⁷

Núcleo esencial - Definición

21. La doctrina y la jurisprudencia extranjera han diseñado la teoría del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales como una garantía constitucional contra su vulneración. El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares.

Métodos para la determinación del núcleo esencial

22. En el proceso de determinación de lo que constituye el núcleo esencial de un derecho fundamental, el juzgador dispone de técnicas jurídicas complementarias. Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a

¹⁰⁷ Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia son accesibles al público a través de su portal web <http://www.corteconstitucional.gov.ec>. Esta sentencia en particular fue consultada en abril de 2013 en la siguiente dirección <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-426-92.htm>

limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Combinación de métodos

23. Tanto la caracterización de las facultades inherentes a un derecho particular, como la determinación de los intereses jurídicamente protegidos, son caminos de indagación que deben converger para establecer el ámbito medular de un derecho fundamental cuyo respeto debe así quedar plenamente asegurado y protegido en el Estado social y democrático de derecho.

Núcleo esencial y reserva legal

24. La teoría del núcleo esencial tiene una estrecha conexión con la reserva de ley para regular los derechos. Esta última persigue que sólo puede ser el legislador el órgano llamado a limitar ciertos derechos fundamentales como garantía de su integridad. No obstante, cuando el legislador haga uso de sus facultades expresas para restringir o limitar ciertos derechos fundamentales debe respetar el valor de la decisión constituyente en torno a la fundamentalidad de un derecho, ésto es, su núcleo esencial.

La garantía del núcleo esencial o intangible de los derechos fundamentales impide que el legislador en uso de la reserva legal (autorización constitucional para limitar los derechos) se convierta en amo y señor de los mismos, lo cual llevaría a su vaciamiento.

La teoría del núcleo esencial limita el alcance de la reserva legal. Esta no puede ser concebida como una facultad unilateral para restringir la eficacia de los derechos fundamentales. Por el contrario, se opera una inversión de los efectos de la reserva legal y el núcleo esencial, en el sentido de que las leyes generales que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales deben a su vez

ser interpretadas teniendo en cuenta el significado de los derechos fundamentales en una sociedad libre y democrática, en la cual los efectos restrictivos sobre los mismos deben igualmente quedar limitados.

La restricción a las limitaciones de los derechos fundamentales propugna por su fortalecimiento. El contenido de los derechos fundamentales lleva a limitar la libertad preformativa del legislador.

Interpretación y aplicación del núcleo esencial

25. La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. La ponderación de valores o intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.

Núcleo esencial y ponderación de valores

26. La Constitución contiene una escala de valores que impide, salvo casos de extrema necesidad, conceder prioridad a un bien jurídico por encima de un derecho fundamental. En la ponderación de valores constitucionales requerida en cada caso, es necesario garantizar una especial "fuerza de resistencia" a los derechos fundamentales, representada en la teoría del núcleo esencial, frente a otros valores jurídicos consagrados en la Constitución.

Examen del caso concreto - vulneración del núcleo esencial

27. El ejercicio efectivo del derecho de petición supone **el derecho a obtener una pronta resolución**. Las dilaciones indebidas en la tramitación y respuesta de una solicitud constituyen una vulneración de este derecho fundamental.

El derecho a obtener una pronta resolución hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición; sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad este derecho. Por otra parte, en ejercicio de su atribución de regular los derechos fundamentales (CP art. 152), el legislador no podrá afectar el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta, en este caso, la exigencia de una pronta resolución.

En el caso sub-examine la omisión del Estado en resolver prontamente la solicitud del petente, a pesar de sus repetidos y frustrados intentos de obtener una respuesta, fue de tal magnitud que puso fuera de las posibilidades del interesado el ejercicio de su derecho, afectando con ello también el interés jurídicamente protegido que perseguía le fuera reconocido, consistente en su derecho fundamental a la seguridad social. Las razones expuestas por la entidad oficial como las deficiencias de personal, volumen de expedientes, orden de las solicitudes, reestructuración de los sistemas de trabajo, entre otros, no representan un interés público general que pudiera esgrimirse para justificar la desatención del deber de respuesta oportuna. Ni las máximas "*prius in tempus prius in ius*" o "*error communis facit ius*" pueden justificar el condicionamiento para resolver una solicitud a la resolución de peticiones presentadas por otras personas con anterioridad e igualmente todavía no resueltas.

Lo contrario sería bendecir los vicios burocráticos de una administración contraria a los principios de celeridad, economía y eficiencia que deben caracterizar el funcionamiento de las entidades públicas creadas para el servicio de los ciudadanos.

En consecuencia, debe concluirse que el núcleo esencial del derecho de petición ha sido afectado inconstitucionalmente por parte de la administración al no haber resuelto en forma oportuna la solicitud de sustitución pensional presentada por el accionante.”

CONCLUSIÓN

- a) El norte de la Función Judicial y de la Corte Constitucional es el mismo: proveer, en el ámbito de sus respectivas competencias, tutela judicial efectiva a los derechos de las personas.
- b) La acción del Estado debe ser consecuente con su papel central de proteger los derechos.
- c) Tal rol es, por una parte, expresión de la garantía del ordenamiento jurídico que define el artículo 3 numeral 4 de la Ley suprema como deber primordial del Estado; y por otra, manifestación elocuente de uno de los principios más determinantes en materia constitucional: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.” (Art. 11 numeral 9)

En ese marco se inscribe este proyecto de ley, cuya aceptación, por su propósito y sencillez, bien pudiera hacer converger alrededor del mismo a todos los sectores políticos parte de la Asamblea Nacional.

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

QUE, la Constitución de la República consagra en el artículo 1 que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, siendo nuestro país, posiblemente, el único en el orbe que ostente tal categoría;

QUE, el preámbulo de la Carta Constitucional reconoce que el pueblo soberano del Ecuador decidió construir “Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”;

QUE, los derechos están al servicio de la dignidad humana, y por lo mismo la realización de ellos supone el respeto a la dignidad de las personas;

QUE, en un Estado constitucional de derechos y justicia la materialización de los derechos ocupa un papel central en la misión estatal, en razón de lo cual nuestra Ley suprema:

- a) Consagra como deber primordial del Estado, entre otros, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, como también el ordenamiento jurídico, al tenor del artículo 3 numerales 1 y 4;
- b) Define que “ El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”; (Art. 11 numeral 9)
- c) Ordena en el artículo 84:

“ **Art. 84.-** La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún

caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

d) Dispone como expresión fundamental de las garantías jurisdiccionales, entre otros, que :

1.- “ Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.” (Art. 87 numeral 3); y,

2.- “ Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.”

QUE, es deber de la Función Legislativa contribuir a materializar el Estado constitucional de derechos y justicia a través de una legislación dirigida directamente a brindar a los titulares de derechos mayor certeza en cuanto a las decisiones judiciales y constitucionales;

QUE, en tal sentido es fundamental que las decisiones judiciales y constitucionales antes de definir en la parte dispositiva la respectiva situación jurídica, quién tiene la razón, a quién corresponde el derecho, y en general antes de resolver sobre la pretensión procesal y la aplicación de las normas jurídicas pertinentes en relación con el caso concreto, precisen el *contenido esencial* del pertinente derecho, para, sobre la base de esa certeza conceptual, tomar efectivamente la decisión de fondo respecto del o de los derechos involucrados;

QUE, el contenido esencial de un derecho definido en una época determinada no impide su evolución ni su desarrollo jurisprudencial, al tenor del artículo 11 numeral 8 de la Constitución; máxime en un Estado constitucional de derechos y justicia, en el cual la jurisprudencia ocupa un papel estelar como fuente de

Derecho;

QUE, la certeza en el contenido de las sentencias judiciales y constitucionales constituye una importante expresión de seguridad jurídica, seguridad que es vital en todo Estado que respete el ordenamiento jurídico y el Derecho, sin perjuicio del desarrollo o cambio fundamentado de la pertinente jurisprudencia;

QUE, el eje del rol del Estado constitucional de derechos y justicia es la protección efectiva de los derechos, en función del cual debe trabajar toda la institucionalidad pública, y por lo mismo, la Función Judicial en todos sus órganos, y la Corte Constitucional;

QUE, la realización de los derechos tanto a nivel judicial como constitucional constituye un elemento de confianza en la idoneidad del Estado como arbitrador de decisiones justas y correctas;

QUE, la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas justifica el desarrollo de legislación calificada y de acciones estatales idóneas orientadas a su materialización permanente;

QUE, el poder regulatorio respecto de los derechos no tiene por qué afectar el contenido esencial de los mismos;

QUE, es fundamental, en aras de una calificada administración de justicia constitucional, que la Corte Constitucional previo a resolver en la parte dispositiva de la sentencia sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica, valore si tal disposición afecta o no el contenido esencial del derecho pertinente. Si realizada esta valoración jurídica la Corte llega a la conclusión de que la disposición afecta el contenido esencial del derecho referido, entonces corresponderá que declare la inconstitucionalidad de tal precepto, o si fuere del caso dicte la correspondiente sentencia modulativa o condicionada, considerando que la declaratoria de inconstitucionalidad es la última ratio;

En ejercicio de la competencia determinada en el artículo 120 numeral 6 de la Ley suprema, en armonía con el estatus de Estado constitucional de derechos y justicia establecido en el artículo 1 del mismo cuerpo jurídico;

EXPIDE LA SIGUIENTE

LEY SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

Art. 1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN Y OBJETO.- La presente Ley debe aplicarse por parte de todos los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, como por los jueces que ejercen jurisdicción constitucional, incluida la Corte Constitucional. Entiéndase para los efectos de esta ley por jurisdicción constitucional aquella que están obligados a ejercer los jueces ordinarios cuando conocen y resuelven las acciones de garantías previstas en la Constitución y la legislación de la materia, como la que ejerce la Corte Constitucional.

El objeto de esta ley es lograr mayor certeza en las decisiones de fondo de la administración de justicia ordinaria y constitucional a través de una motivación jurídica que incorpore la definición del contenido esencial del respectivo derecho en todo proceso judicial en que corresponda pronunciarse sobre el mismo, de tal manera que la decisión sobre un derecho se realice sobre la base de su cabal entendimiento sobre su rol, contenido y alcance ante determinado bien jurídico protegido.

Entiéndase por bien jurídico, el elemento o conjunto de elementos materiales e inmateriales, de valor individual o colectivo, que el Derecho protege de forma directa e igualitaria a efectos de que el titular del mismo pueda disfrutarlo efectivamente de forma pacífica, en el entendido de que esa tutela lo habilita para ejercer todas las acciones y plantear todas las defensas legítimas en orden a la conservación de la titularidad y disfrute del bien.

Art.- 2.- DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y DE SU RESPETO. - Entiéndase por contenido esencial de un derecho aquel espacio jurídico sustancial y mínimo que le da sentido al derecho, y que por lo mismo le permite proteger con suficiencia, idoneidad, eficacia y certeza el bien jurídico en razón del cual existe ese derecho. El contenido esencial de un derecho le da identidad al derecho, permite caracterizarlo como tal, y por lo mismo facilita la protección necesaria e idónea para la conservación de su utilidad sin desdibujar su contenido. Es, pues, un contenido irreductible que permite que el derecho pueda cumplir efectivamente su papel de tutela al titular del mismo.

El contenido esencial es parte de todo derecho, y por lo mismo no provee una acción especial para materializarlo. Está protegido por el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde proveerse por parte del Estado.

Todo órgano con capacidad normativa, dado el carácter indisponible e irreductible del contenido esencial de los derechos, debe respetar en las regulaciones o disposiciones que expida en su ámbito de competencia, el contenido esencial de los respectivos derechos objeto de la regulación, de tal manera que tales derechos no se conviertan en ineficaces o inútiles para cumplir su misión de protección de los bienes jurídicos pertinentes. Por lo mismo, las normas que regulen los derechos no deben limitarlos de tal manera que sus titulares queden, en la práctica, desprotegidos de la tutela que les debe brindar tales derechos.

La regulación de un derecho tiene por objeto asegurar que en su legítimo ejercicio el titular del mismo no afecte al titular de otro derecho en su válido ejercicio, ni tampoco el interés general. La regulación de los derechos es, pues, un instrumento normativo que contribuye a la convivencia social pacífica, y por ende a la paz social. No es una vía de desnaturalización de los derechos ni de inutilización de los mismos. Es contraria a la arbitrariedad.

Art. 3.- DE LA OPORTUNIDAD DE LA APLICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE TODO DERECHO Y DE LA RACIONALIDAD DE SU DEFINICIÓN.- Todos los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, como

los jueces que ejercen jurisdicción constitucional, incluida la Corte Constitucional, en sus decisiones de fondo previo a definir en la parte dispositiva la respectiva situación jurídica, quién tiene la razón, a quién corresponde el derecho, y en general antes de definir sobre la pretensión procesal y la aplicación de las normas jurídicas pertinentes en relación con el caso concreto, deben establecer el contenido esencial del pertinente derecho (o de los pertinentes derechos) objeto de la resolución, de tal manera que a partir de dicha base conceptual cierta puedan expedir racionalmente su decisión de fondo en cuanto al derecho o derechos involucrados. Esta norma no se aplica cuando el respectivo proceso no involucra un derecho.

Entiéndase para efectos constitucionales y legales que la definición del contenido esencial del derecho sobre el cual se va a decidir constituye parte determinante e insustituible de toda motivación jurídica, y por lo mismo la omisión en el cumplimiento de realizar esta definición implica violación de la obligación establecida en el artículo 76 numeral 7, letra l) de la Constitución de la República. (obligación de motivar los actos del poder público).

La definición del contenido esencial del respectivo derecho debe ser realizada por el juez considerando necesariamente la finalidad del mismo, el bien jurídico protegido, los propósitos de la legislación a la cual pertenece el derecho, su ubicación en el ordenamiento jurídico, la rama del Derecho a la cual corresponde, las características específicas de las normas de las cuales proviene ese derecho – así, del capítulo o Sección de una determinada ley - , y en general considerando todos los elementos que permitan realizar una definición razonable del derecho involucrado. Por lo antes indicado, la definición del contenido esencial de un derecho no es arbitraria ni puede alterar la misión del mismo.

La obligación instituida en el presente artículo debe ser cumplida por parte de todos los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial independientemente de la fuente jurídica de la que provenga el respectivo derecho. Así, sea que se trate de un derecho reconocido en la Constitución, en un tratado internacional, en una ley, en una ordenanza, etc. Los jueces que ejercen jurisdicción constitucional deben

cumplir el presente artículo respecto de los derechos reconocidos en la Constitución de la República atenta su calidad de jueces constitucionales.

Cuando una norma jurídica haya definido un derecho, entonces corresponderá que el respectivo juez reproduzca tal definición, sin perjuicio de que tal como lo dispone la Constitución en el artículo 11 numeral 8, el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva, entre otros, a través de la jurisprudencia. Por consiguiente, el cumplimiento de la presente ley por parte de sus destinatarios no debe entenderse como un freno para el desarrollo del contenido de los derechos por la vía jurisprudencial.

Art. 4.- EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y LAS DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS.- La Corte Constitucional previo a resolver en la parte dispositiva de la sentencia sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica, debe valorar si tal disposición demandada afecta o no el contenido esencial del pertinente derecho. Si realizada esta valoración jurídica la Corte llega a la conclusión de que la disposición afecta el contenido esencial del derecho pertinente, entonces corresponderá que declare la inconstitucionalidad de tal precepto, o si fuere del caso dicte la correspondiente sentencia modulativa o condicionada, considerando que la declaratoria de inconstitucionalidad es la última ratio. La argumentación jurídica debe reflejar las razones de la decisión de la Corte Constitucional.

Esta norma no se aplica cuando la disposición demandada no involucra la violación de un derecho reconocido por la Constitución.

Art. 5.- OBLIGACIÓN INEXCUSABLE.- En función del objeto de la presente ley, y por ser la definición del contenido esencial del respectivo derecho parte de la obligación jurídica de motivar la decisión de fondo, el cumplimiento de la presente ley no tendrá excepción alguna. Constituye obligación inexcusable e insustituible de todo juez comprendido en el ámbito de la presente Ley, cumplir íntegramente la misma. No será excusa para incumplir esta ley la vigencia de un Estado de excepción.

Art. 6.- DEL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.- El contenido y la aplicación de la presente ley no afecta la capacidad jurídica de desarrollar jurisprudencia vinculante por parte de la Corte Nacional de Justicia ni de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

A partir de las respectivas definiciones sobre el contenido esencial de los derechos que realice la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia a través de jurisprudencia obligatoria en los términos del artículo 185 de la Constitución, todo órgano con potestad normativa deberá respetar dicho contenido en las regulaciones que expida, no pudiendo, pues, por medio de normas jurídicas limitar o restringir el contenido mínimo o esencial de tales derechos; de violar esta prohibición se dará lugar a la pertinente responsabilidad civil extracontractual del Estado, la cual para que se configure en el caso concreto deberá cumplir con todos los elementos propios de este tipo de responsabilidad, sin perjuicio del derecho de repetición, de ser el caso y de las responsabilidades penales que correspondan.

Art. 7.- DE LOS DERECHOS CONFIGURADOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN TRATADOS INTERNACIONALES.- Las leyes deben respetar el contenido esencial de los derechos configurados en la Constitución de la República y en los tratados internacionales. Dicho respeto es parte de la garantía del ordenamiento jurídico, deber primordial del Estado según el artículo 3 numeral 4 de la Ley suprema.

DISPOSICIÓN FINAL.- Del cumplimiento de la presente Ley, que tiene carácter de orgánica por estar referida al ejercicio de derechos, encárguense todos los jueces de la Función Judicial y la Corte Constitucional.

La presente Ley deroga las disposiciones de igual y menor jerarquía que la contradigan.

Dado y firmado en

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, P. (2013). *LA ORDINARIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN*. Quito : Corporación Editora Nacional .
- ALEXY, R. (2008). *EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO* . Madrid: Marcial Pons.
- ÁVILA SANTAMARÍA , R. (s.f.). *ECUADOR ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .
- BACHOF, O. (2010). *¿NORMAS CONSTITUCIONALES O INCONSTITUCIONALES?* (Segunda revisada y corregida ed.). Lima: Palestra Editores.
- BERNAL PULIDO, C. (2007). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* . Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales .
- BERNAL PULIDO, C. (2009). *EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO* .
- Blanquer , D. (2010). *DERECHO ADMINISTRATIVO* (Vols. 1 EL FIN, LOS MEDIOS Y EL CONTRO. TIRANT LO BLANCH). Valencia.
- BOROWSKI, M. (2003). *LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. (C. BERNAL PULIDO , Trad.)
- CIANCIARDO , J. (2009). *EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD* . Buenos Aires : Ábaco de Rodolfo Depalma .
- CIVITAS. (2002). *CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA* (Primera ed.). CIVITAS.
- COLOMBIA, C. C. (Junio de 2014). *CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA* . Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-426-92.htm>
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR . (OCTUBRE de 2008). *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR* . QUITO : REGISTRO OFICIAL.
- FERRAJOLI , L. (2011). *PRINCIPIA IURIS* (Vol. Tomo I). TROTTA.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ , T.-R. (2008). *CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO* (Duodécima ed., Vol. II). Bogotá - Lima: TEMIS S.A. PALESTRA.
- HERNÁNDEZ TERÁN , M. (2004). *SEGURIDAD JURÍDICA Análisis, Doctrina y jurisprudencia*. Guayaquil : EDINO.
- Hernández Terán , M. (2005). *LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO INSTRUMENTO ESENCIAL DE LA DEMOCRACIA* . Guayaquil : Offset Graba.
- HERNÁNDEZ TERÁN , M. (2012). *EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA RESISTENCIA ¿REALIDAD O UTOPÍA?* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- HERNÁNDEZ TERÁN , M. (2013). INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL . *NOVEDADES JURÍDICAS*.
- LAGIER, G. (2013). *LAS PARADOJAS DE LA ACCIÓN* (Segunda ed.). Madrid: MARCIAL PONS.
- LAPORTA, F. J. (2007). *EL IMPERIO DE LA LEY, UNA VISIÓN ACTUAL*. Madrid: Trotta.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS . (s.f.). *CONSTITUCIÓN DEL 2008 EN EL CONTEXTO ANDINO* .
- MOLINA , M. (2011). *EL PODER DE POLICÍA AMBIENTAL: UNA MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN*. Buenos Aires: Ediciones Ra S.A.
- NINO, C. S. (2010). *INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO* (15a Reimpresión ed.). Buenos Aires: ASTREA.
- PENAGOS , G. (1994). *EL DAÑO ANTIJURÍDICO*. Santafé de Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- PÉREZ ROYO , J. (2010). *CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. Madrid: Marcial Pons.
- Pietro Sanchís, L. (2009). *JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES*. Madrid: Trotta.
- PIETRO SANCHÍS, L. (2013). *EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS* . TROTTA .
- POSNER, R. A. (2011). *COMO DECIDEN LOS JUECES*. Madrid: Marcial Pons.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA 2014. (MARZO de 2014). *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA* .
- RODRÍGUEZ CALERO , J. (2011). *CREACIÓN JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES*. Perú: ARA EDITORES E.IR.L.
- ROLLA , G. (2010). *TÉCNICAS DE GARANTÍA Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. (2007). *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO* (Tercera ed.). Universidad Externado de Colombia.
- SERNA, P., & Toler , F. (2000). *INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA ALTERNATIVA A LOS CONFLICTOS DE DERECHOS*. Buenos Aires : LA LEY.
- TRABUCCO, F. (1975). *CONSTITUCIONES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR*. Quito, Ecuador : Editorial Universitaria .
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA . (Abril de 2014). *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA*. Obtenido de <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/104>

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR . (2009). *LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR* . Quito : Corporación Editora Nacional .

UNIVERSIDAD AUSTRAL . (2008). *CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO PÚBLICO*. Buenos Aires : Ediciones Rap S.A.

VILA CASADO, I. (2007). *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Colombia: LEGIS EDITORES S.A.

ZAVALA EGAS , J. (2010). *DERECHO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*. Guayaquil : EDILEX EDITORES.

ANEXO

**CUESTIONARIO A LOS MAGISTRADOS/AS DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

**CUESTIONARIO A MAGISTRADAS Y MAGISTRADOS DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL
CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS.**

*EN EL MARCO DE LA TESIS DE MAESTRÍA EN DERECHO
CONSTITUCIONAL DEL DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL.*

NOMBRES Y APELLIDOS DE LA MAGISTRADA O EL MAGISTRADO:

1.- ¿ Le es familiar la teoría del contenido esencial o núcleo duro de los derechos?

SÍ

NO

2.- ¿La Corte Constitucional aplica la teoría del contenido esencial de los derechos en sus sentencias?

SÍ

NO

3.- ¿Cree usted que sólo respecto de los derechos constitucionales se puede hablar de contenido esencial?

4.- ¿Cree usted que los derechos de las personas pueden válidamente limitarse en razón de no afectar los derechos de los demás ni el interés público?

SÍ

NO

5.- Cree usted que el legislador cuando regula un derecho debe tener como límite no afectar el contenido esencial de ese derecho?

SÍ

NO

6.- ¿Está usted de acuerdo con el siguiente concepto de contenido esencial del derecho?

“ constituye aquel espacio jurídico sustancial y mínimo que le da sentido al derecho, y que por lo mismo le permite proteger con suficiencia, idoneidad, eficacia y certeza el bien jurídico en razón del cual existe ese derecho. El *contenido esencial* de un derecho le da identidad al derecho, permite caracterizarlo como tal, y por lo mismo facilita la protección necesaria e idónea para la conservación de su utilidad sin desdibujar su contenido. Es, pues, un contenido irreductible que permite que el derecho pueda cumplir efectivamente su papel de tutela al titular del mismo. Por ejemplo, el *contenido esencial* del derecho de apelar de una sentencia consiste en que el órgano judicial de alzada pueda analizar la decisión de fondo y, motivadamente, *revocarla, confirmarla o reformarla*. El recurso de apelación sin ese mínimo y sustancial contenido jurídico no sería ya recurso de apelación; lo que lo identifica es su idoneidad o aptitud para revertir, reformar o confirmar la decisión apelada.”¹⁰⁸

SÍ

NO

7.- Si a usted le toca actuar como magistrado ponente en una acción de inconstitucionalidad de norma jurídica utilizaría el concepto del contenido esencial del derecho como barrera o límite que no puede ser superado a través de la norma demandada?

SÍ

NO

8.- ¿Está usted de acuerdo en que en toda sentencia que deba expedir la Corte Constitucional es pertinente - sino necesario - como punto de partida, definir cuál es el contenido esencial del derecho acusado de ser violado o del derecho objeto del respectivo proceso, para, a partir de ahí, poder definir si hay violación o no de ese derecho, o decidir sobre lo de fondo respecto del

¹⁰⁸ Concepto del Dr. Miguel Hernández Terán

derecho objeto del proceso?

SÍ

NO

9.- ¿Cree usted que sin perjuicio de la posibilidad de variar fundamentadamente el criterio jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, es trascendente, en razón de la seguridad jurídica, que exista uniformidad de concepción en la Corte sobre lo que constituye el contenido esencial de los derechos?

10.- Cree usted que sería útil, que contribuiría a un más ágil despacho de las causas constitucionales, en función de la uniformidad de criterio, el que a través de una Ley se disponga el deber de la Corte Constitucional de, previo a resolver, precise cuál es el contenido esencial del derecho acusado de ser violado o del derecho objeto del respectivo proceso?

11.- Apoyaría usted que se expida una Ley en tal sentido, y que delimite el contenido esencial de los derechos según el concepto que sometimos a su consideración en este cuestionario académico?