



NEOCONSTITUCIONALISMO Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SIGLO XXI

JESSICA ESPINOZA-ESPINOZA (COMPILADORA)



Diseño de carátula y edición: D.I. Yunisley Bruno Díaz
Dirección editorial: PhD. Jorge Luis León González

Sobre la presente edición:
© Editorial EXCED, 2023

ISBN: 978-9942-7163-8-5

Podrá reproducirse, de forma parcial o total el contenido de esta obra, siempre que se haga de forma literal y se mencione la fuente.



Editorial EXCED
Dr. Kennedy Nueva. 2do Callejón 11
A. Manzana 42, Número 26.
Guayaquil, Ecuador.
E-mail: editorial@excedinter.com

NEOCONSTITUCIONALISMO
Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL SIGLO XXI

JESSICA ESPINOZA-ESPINOZA (COMPILADORA)

Prólogo	7
Introducción	13
1. Neoconstitucionalismo como nueva visión del Estado de derecho	17
Mayté Lizbeth Buele Rebolledo, Jessica Espinoza-Espinoza https://doi.org/10.58594/WMJD9126	
2. El neoconstitucionalismo ecuatoriano y sus herramientas para la protección de los derechos fundamentales en el siglo XXI	40
Hoover Marino Sánchez Peñaloza, Juan José Torres Espinoza, Nathaly Michelle Campos Lomas https://doi.org/10.58594/WMJD9126	
3. Fundamentos dogmáticos en las nuevas propuestas constitucionales; contraste entre Ecuador, Colombia y Perú	66
Jackson Vicente Condolo Acaro, Enrique David Luzuriaga Muñoz, Ricardo José Ruiz Mantilla https://doi.org/10.58594/KTNP2420	
4. La protección de los migrantes bajo el derecho internacional de los derechos humanos	94
Estefanía Cristina Vivanco Granda https://doi.org/10.58594/ZPGD7785	
5. El ejercicio del derecho a la resistencia fiscal en el Ecuador	110
Priscila Pilar Porras Villagómez, Henry Manuel Guamán Cueva https://doi.org/10.58594/CHHF4138	
6. El surgimiento del neoconstitucionalismo y su incidencia en la legislación ecuatoriana	130
Karolay Escobar González https://doi.org/10.58594/GGVA7496	
7. El derecho fundamental a la vida y su cumplimiento por parte del estado ecuatoriano	155
Carlos Luis Rodríguez Espinoza, Rolando Medina Peña https://doi.org/10.58594/KTNP2420	

PRÓLOGO

En pleno siglo XXI, el mundo se encuentra en un proceso de transformación jurídica y política de proporciones significativas; proceso que se conoce como Neoconstitucionalismo, surgió como una nueva visión del Estado de Derecho que desafía y enriquece las concepciones tradicionales de la justicia, la legalidad y la autoridad Estatal. En estas páginas, nos adentraremos en el fascinante territorio del Neoconstitucionalismo, explorando su origen, sus fundamentos y su impacto en la teoría y la práctica jurídica contemporánea.

Cabe destacar que el Neoconstitucionalismo, como nueva visión del Estado de Derecho, está lejos de ser un concepto estático, pues a medida que la sociedad y la tecnología evolucionan, también lo hacen las discusiones y debates en torno a la Constitución y el papel de los tribunales en la vida política. Este libro es una invitación a explorar estos debates y comprender mejor cómo el Neoconstitucionalismo ha impactado en la protección de los derechos fundamentales, la consolidación de la democracia y la promoción de un orden jurídico más justo y equitativo.

Los autores aquí reunidos han trabajado arduamente para presentar una visión completa y actualizada del Neoconstitucionalismo, con la esperanza de que este libro sirva como una guía valiosa para estudiantes, académicos, juristas y todos aquellos interesados en comprender la transformación del Estado de Derecho en el siglo. XXI.

La presente obra se divide en 6 temas, de los mismos me permito dar una sucinta opinión.

1. En primer lugar, tenemos al Neoconstitucionalismo como nueva visión del Estado de derecho, aquí las autoras exploran de forma muy puntual cómo la Constitución de 2008, Asamblea Constituyente (2008) transformó radicalmente la estructura legal y el enfoque en la protección de los derechos y la participación ciudadana, sentando las bases para una transformación profunda en la vida política y legal de Ecuador.

Se explora el concepto de neoconstitucionalismo como una nueva visión del Estado de derecho. Se discuten las innovaciones que transforman la comprensión del derecho, incluyendo la formulación de principios, valores y derechos constitucionales, la institución del control de constitucionalidad de las normas y la aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales. También se discute la apreciación positiva del neoconstitucionalismo hacia los cambios políticos y legales del proceso de constitucionalización, especialmente valorando las ventajas de una Constitución rígida que incorpore derechos fundamentales y otorgue facultades a los jueces para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, como lo señalan las autoras, el neoconstitucionalismo en el mundo jurídico es importante, debido a su enfoque en la protección de los derechos fundamentales y en la primacía de la Constitución.

2. Por lo que se refiere a, el neoconstitucionalismo ecuatoriano y sus herramientas para la protección de los derechos fundamentales en el Siglo XXI, se aborda la importancia de encontrar los mecanismos adecuados para proteger los derechos fundamentales en un mundo cada vez más desarrollado y donde los ordenamientos jurídicos reconocen grandes gamas de derechos fundamentales. El artículo se enfoca en el contexto ecuatoriano y en cómo el neoconstitucionalismo ha llevado a la necesidad de contar con herramientas constitucionales efectivas para garantizar la protección de los derechos fundamentales. El artículo menciona algunas de estas herramientas, como las medidas cautelares constitucionales, la acción de protección, la acción de hábeas corpus, la acción de hábeas data, entre otras.

3. Ahora bien, en el siguiente tema, encontrarán una perspectiva jurídica sobre las nuevas propuestas constitucionales en Ecuador, Colombia y Perú, y cómo se relacionan con el surgimiento del neoconstitucionalismo en Latinoamérica. Los derechos fundamentales son un tema central en el neoconstitucionalismo andino y en las nuevas propuestas constitucionales de Ecuador, Colombia y Perú; este enfoque jurídico busca expandir y proteger los derechos fundamentales de las personas, incluyendo a los grupos más vulnerables de la sociedad. El neoconstitucionalismo andino también promueve la democracia participativa y el control de constitucionalidad mixto, entre otras particularidades.

Se señala que, los derechos de la naturaleza son una característica distintiva de las nuevas Constituciones de la región andina, como

la ecuatoriana y boliviana. Estas Constituciones reconocen a la naturaleza como sujeto de derechos, lo que ha generado controversia en la academia. Además, estas Constituciones también reconocen una amplia gama de derechos, incluyendo los derechos de tercera generación, como el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la identidad, el derecho a la cultura, el derecho al patrimonio histórico, entre otros.

En cuanto a la ciudadanía universal, este concepto se refiere a la idea de que todas las personas tienen derechos y deberes universales, independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio. En general, las nuevas Constituciones de la región andina buscan proteger y expandir los derechos de todas las personas, incluyendo a los grupos históricamente excluidos y marginados.

4. Consecutivamente, se enuncia la protección de los migrantes bajo el derecho internacional de los derechos humanos, y hallaremos una reflexión sobre las problemáticas existentes y propuestas de soluciones para optimizar el desempeño de los Estados en pro de los derechos humanos de los migrantes.

5. En el quinto tema encontraremos información valiosa sobre la importancia de garantizar la transparencia en el destino de los fondos públicos y cómo esto puede influir en la actitud de los contribuyentes hacia el pago de tributos.

El ejercicio del derecho a la resistencia en la recaudación tributaria en Ecuador se refiere a la posibilidad de los ciudadanos de oponerse al pago de tributos que consideren injustos o que no se ajusten a su capacidad económica, ya sea de forma individual o colectiva, mediante la expresión de su objeción a través de su exteriorización, como manifestaciones populares o escritos. Este derecho está reconocido constitucionalmente y convencionalmente.

Para garantizar la transparencia en el destino de los fondos públicos provenientes de la recaudación tributaria, se pueden tomar medidas como la rendición de cuentas mediante informes, el uso de otros mecanismos de participación social en la toma de decisiones que contribuyan al desarrollo y fortalecimiento del Estado, y el acceso a la información y el intercambio de información entre los tres niveles de gobierno.

6. Ahora bien, como tema sexto tenemos al neoconstitucionalismo y su impacto en la legislación ecuatoriana, en el que, la autora Karolay

Escobar González nos lleva en un viaje a través de la historia y la evolución del derecho constitucional en Europa y su influencia en la legislación de Ecuador. Descubre cómo esta nueva corriente constitucional ha transformado la forma en que se concibe al Estado y al derecho, y cómo se han garantizado los derechos humanos de las personas.

7. El derecho fundamental a la vida y su cumplimiento por parte del estado ecuatoriano, como penúltimo tema, no enuncia que, se reconocen y garantizan derechos relacionados con la salud, la alimentación, la vivienda, la educación y el acceso a la justicia, mismos que son fundamentales para la protección integral de la vida de las personas. El Estado ecuatoriano tiene la obligación de promover y garantizar el pleno ejercicio del derecho a la vida, adoptando medidas que aseguren la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos. Además, se aborda la protección del derecho a la vida en el continente americano y se mencionan las formas de trato cruel, inhumano o degradante prohibidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según, la Constitución Política de Ecuador de 1998, Asamblea Constituyente (1998), ya presentaba notables rasgos de la corriente neoconstitucionalista, lo que significó un gran paso en el desarrollo y reconocimiento de derechos y garantías. Además, se reconoció el sistema internacional de Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por lo tanto, el neoconstitucionalismo ha tenido un impacto significativo en la legislación ecuatoriana y en la protección de los derechos humanos, aunque aún hay áreas de oportunidades, que necesitan mejoras.

En las páginas que siguen, el lector encontrará una exploración apasionante y esclarecedora de este paradigma emergente, que sin duda continuará moldeando la teoría y la práctica jurídica en los años venideros. El Neoconstitucionalismo nos desafía a repensar nuestra concepción de la justicia y el papel del Estado en la sociedad, y nos invita a reflexionar sobre cómo podemos construir un mundo más justo y equitativo a través del poder de la Constitución y la jurisprudencia.

No me queda más que incitar a la lectura de la obra, estoy seguro de que no sólo será de interés, sino que constituye una experiencia memorable como lector. En el umbral de este libro, siento una profunda gratitud que me embarga y que merece ser compartido. La realización de este libro es gracias a todos los autores que participan y reconozco

su liderazgo y arduo trabajo y dedicación. Extiendo un agradecimiento especial a la Dra. Jessica Elizabet Espinoza Espinoza, quien forma parte de International Legal Bar & Professionals Association (ILBPA), por el honor e invitación de participar como prologuista de la presente obra.

Con gratitud,

Roberto Benjamín Ramírez-Sánchez

Vicepresidente de Vinculación Internacional y fundador de
International Legal Bar & Professionals Association (ILBPA).

Londres, noviembre 2023.

INTRODUCCIÓN

La Carrera de Derecho de la UMET Sede Machala, la Maestría en Derecho con mención en Derechos Constitucionales, Humanos y Ambientales (Medina & Portela 2020) y el proyecto de investigación “Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador” (Medina, et al., 2021), presenta a nuestros lectores y a la comunidad universitaria, el libro “Neoconstitucionalismo y tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI”. Este libro constituye el resultado de un proceso integral de docencia, investigación y vinculación de docentes y estudiantes de la UMET Sede Machala, tanto de pregrado como de postgrado, que se han articulado con objetivos y metas concretas de calidad e innovación social.

El presente libro es el resultado del proyecto de investigación que se ha propuesto en su planificación anual, contribuir con publicaciones pertinentes socialmente que orienten la correcta aplicación jurídica y práctica del neoconstitucionalismo, partiendo de teorías jurídicas que sustenten la influencia de los principios y valores en los cambios estructurales de la concepción del estado y su incidencia en la aplicación en el derecho nacional e internacional.

A través de este trabajo socializamos con nuestros lectores los procesos de investigación de la UMET Sede Machala, que responden a una planificación pertinente con las necesidades de su entorno social, económico, político e institucional del territorio. La teoría *ius* filosófica en su concepción histórica, axiológica y pragmática; el bloque de constitucionalidad en el neoconstitucionalismo; y los principios y garantías constitucionales en relación al derecho natural y el derecho positivo en el paradigma neoconstitucional latinoamericano, constituyen el marco de referencia para analizar problemáticas de la realidad nacional y latinoamericana.

La UMET Sede Machala a través de la carrera de Derecho y el proyecto de investigación, asume el reto de impulsar al neoconstitucionalismo como corriente desafiante para

el pensamiento jurídico contemporáneo, más aún en el contexto del inquietante y sorpresivo mundo de hoy. El desafío debe aceptarse y, para hacerlo, es menester adentrarse en la comprensión de todo lo que implica y todo lo que moviliza el neoconstitucionalismo (Briones 2022); en este caso contribuir desde la academia con el desarrollo de la sociedad.

El lector podrá ir descubriendo a lo largo de cada uno de los capítulos de este libro, la perspectiva y la propuesta de los autores que, con una sólida base científica y argumentativa desde el paradigma jurídico del neoconstitucionalismo, aseguran con éxito los objetivos propuestos inicialmente en este producto.

Este trabajo a lo largo de todos los capítulos propone temas de actualidad; el lector y la lectora, descubrirán a lo largo de cada uno de los capítulos, temas como: la nueva visión del Estado de derecho, las herramientas para la protección de los derechos fundamentales en el Siglo XXI, perspectiva jurídica andina, la protección de los migrantes bajo el derecho internacional y el derecho a la resistencia en la recaudación tributaria en Ecuador.

El neoconstitucionalismo como concepto clave, se posiciona en el cambio de sistema constitucional que trajo consigo la concepción de la Constitución ecuatoriana de 2008 (Anchaluisa, 2013). Cambio que ha originado una amplia discusión doctrinaria respecto de la naturaleza y alcances de las instituciones jurídicas, de cuyo contexto surge este libro como una propuesta con suficiente pertinencia social con su entorno local, provincial y nacional.

Agradecemos el apoyo del Doctor Rolando Medina Peña, director del Departamento de Investigación de la UMET Sede Machala, sin cuyo apoyo y ánimo esta obra no habría prosperado.

Finalmente agradezco el apoyo invaluable de los docentes y estudiantes con los cuales hemos trabajado este texto. Esperamos que esta obra resulte de mucha utilidad para los lectores, aplaudimos y felicitamos a la UMET Sede Machala, por estos importantes resultados.

Dra. Jessica Espinoza-Espinoza, PhD.

Compiladora

Coordinadora del proyecto de investigación “Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador”.

Referencias bibliográficas

Anchaluisa Shive, C. (2013). El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Línea Sur* 5, 115–133.

Briones Velasteguí, M. (2022). El no tan discreto encanto del neoconstitucionalismo: La tensión entre derecho y moral. *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, 56, 97–122.

Medina Peña, R., & Portela, J. G. (2020). La formación ambiental universitaria a través de un programa de Maestría de Derecho, Universidad Metropolitana de Ecuador. *Conrado*, 16(73), 254-259.

Medina Peña, R., Valarezo Román, J., & Romero Romero, C. D. (2021). Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo Latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 213–225. _



Neoconstitucionalismo como nueva visión del Estado de derecho

Mayté Lizbeth Buele Rebolledo¹

Jessica Espinoza-Espinoza¹

¹ Universidad Metropolitana Sede Machala. Ecuador.

El cambio de constitución marcó un giro hacia el neoconstitucionalismo en Ecuador, donde la norma suprema que limita el poder del estado y establece un marco sólido para la protección de los derechos individuales y colectivos. El neoconstitucionalismo impulsó un enfoque progresista y orientado hacia el bienestar social en la política ecuatoriana, sentando las bases para una transformación profunda en la vida política y legal del país. El presente trabajo investigativo se enfocará en el Neoconstitucionalismo, como un concepto clave que cual ha estado de manifiesto desde la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador 2008 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 2008).

En el ámbito constitucional, se pretende que todas las normas y sanciones, sean en sustento a la racionalidad sobre la base de la razón, en la búsqueda de un orden y un buen vivir en la sociedad como lo denomina la actual constitución. La jurisdicción constitucional permanece, pero se hace un cambio total del cuerpo normativo, el cual contiene, derechos, principios, garantías, entre otros. El estado busca siempre proteger el interés, supremacía, supra legalidad del cuerpo constitucional, en donde los ciudadanos firman un pacto social y limitan así su accionar a cambio de una sana convivencia social.

Al hablar de constitución se menciona el cuerpo normativo que está dotado del conjunto de leyes que predominan en un estado social y en el presente cuerpo normativo marca la supremacía en el estado. Permitiendo así que los derechos que están amparados por la norma tengan estricto respeto y puedan ser ejercidos, permitiendo dar una

nueva visión, al pasar de un estado político a un estado de derechos de justicia y garantía social. La justicia es una figura que también paso a preponderar en el estado, ya que había sido expuesta en la norma constitucional. Los operadores de justicia deben desempeñar sus actos siempre respetando los derechos, permitiendo dar cumplimiento y obediencia a la constitución.

Según lo menciona Alteiro (2015), “*el neoconstitucionalismo es un tema relevante en el mundo jurídico y para las sociedades contemporáneas en general*” (p.23). La nueva constitución ha permitido un cambio en el estado, el cual se pretende favorable para los ciudadanos que siempre esperan que se les brinde protección en una sociedad dominada por masas.

El derecho constitucional es importancia ya que permite proteger los derechos de los ciudadanos, establecer límites al poder político, garantizar el Estado de derecho y asegurar el cumplimiento de la normativa. Es una disciplina fundamental en el ámbito jurídico y en la protección de la democracia y los derechos fundamentales.

El Ecuador en el año 2008 sufrió un cambio a lo que respecta se encontraba estipulado en los cuerpos normativos, debido a que se buscaron otros fines sociales, y predominaron derechos mucho más que intereses políticos como en la anterior Constitución de 1998. En la actualidad un Estado de justicia y derechos son los principales objetivos, en donde se pretende alcanzar un buen vivir. “*Es así como el neoconstitucionalismo viene a poner fin a antiguos dogmas iuspositivistas y reivindica de alguna manera la prevalencia de los derechos constitucionales por encima incluso de la propia ley*” (Ruíz, 2021, p. 143).

Relación entre los derechos fundamentales y el poder legislativo

Dentro del contexto legal de un país, los derechos ocupan una posición central y se encuentran respaldados por la Constitución y otras leyes vigentes. El objetivo principal de los derechos es garantizar la protección de los individuos y promover su bienestar, asegurando su libertad, igualdad y dignidad. Estos derechos son considerados fundamentales

debido a su importancia para el desarrollo pleno de la persona y su participación en la sociedad (Vallejo, 2017).

La interacción entre los derechos fundamentales y el poder legislativo es un tema fundamental en el neoconstitucionalismo. Esta interacción se refiere a cómo el poder legislativo, que es responsable de crear leyes y políticas públicas, debe considerar y respetar los derechos fundamentales de los individuos al elaborar, promulgar y reformar leyes. Estos derechos tienen un valor jurídico superior, ya que tienen como finalidad proteger la dignidad humana, asegurando que sean respetados y garantizados por el Estado.

Los derechos fundamentales se convierten en vínculos para las mayorías, porque compele a legislar y administrar los recursos públicos. Los recursos no solamente deben beneficiar a los servidores públicos, sino debe contribuir al bienestar de todos, con especial énfasis en los menos favorecidos, quienes no pueden ejercer por sí mismo sus derechos y requieren de asistencia estatal (Vallejo, 2023).

Los derechos fundamentales establecen un límite para los gobiernos, debido a que restringe las facultades del poder público y lo compele a adecuarse a las normativas legales establecidas en la Constitución. Los derechos forman parte esencial en un Estado que ofrece garantías, ya que estos permiten que puedan desenvolverse en un medio donde se sientan seguros.

“El Estado de derecho además de estar regido por normas a las que deben someterse las autoridades sin excepción, garantiza un freno al abuso y a la arbitrariedad, procura el ejercicio pleno de libertad, razón por la cual las personas disfrutan enteramente de sus derechos, sin que el estado le corresponda intervenir para regularlos o limitarlos”. (Brito 2014, p. 23)

El surgimiento del neoconstitucionalismo es la superación de las inflexibles reglas positivistas, que se fundamenta en la estructuración del Estado y la salvaguardia de los derechos individuales debe ir más allá de la mera aplicación rigurosa de una norma legal positiva. En su lugar, debe transformarse en un instrumento mediante el cual el Estado trabaje en pro de la máxima satisfacción de los derechos de sus ciudadanos (Anchaluisa, 2013, p. 12).

Dentro de este orden de ideas el poder legislativo debe asegurarse de que las leyes que promulga sean compatibles con los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Esto implica que las leyes no pueden violar de manera injustificada los derechos individuales. El poder legislativo también tiene la responsabilidad de crear leyes que protejan y promuevan activamente los derechos fundamentales. Esto puede incluir leyes antidiscriminación, leyes de privacidad, leyes de libertad de expresión, entre otras.

Por consiguiente, el estricto cumplimiento de los derechos fundamentales es esencial para garantizar la protección de la dignidad humana y asegurar la igualdad y la libertad de las personas. Los derechos fundamentales son de suma importancia, pero estos pueden llegar a ser limitados en ciertas circunstancias, como, por ejemplo, cuando se busca proteger otros derechos fundamentales o intereses generales.

El neoconstitucionalismo propone una interpretación de la Constitución que tenga en cuenta los derechos fundamentales, busca garantizar su protección y promoción, protege a las minorías y busca la transformación social a través de la promoción de la igualdad y la justicia social. El neoconstitucionalismo no prescinde del constitucionalismo; en cambio, lo modifica o reconfigura (Gil Rendón, 2011).

Debe señalarse, que los derechos reconocen y protegen la dignidad inherente de cada persona. Esto significa que todos los seres humanos tienen un valor intrínseco y merecen ser tratados con respeto y consideración, esperando recibir un trato ameno por parte de los demás, estos también aseguran libertad y autonomía en las personas para tomar decisiones sobre sus vidas, sus creencias, su sexualidad y su bienestar general. Esto permite que las personas desarrollen su potencial y vivan de acuerdo con sus valores y preferencias personales.

Se prevé que la presencia de los derechos puede contribuir a la creación de una sociedad más justa al asegurar que todos tengan acceso a servicios básicos como educación, atención médica y vivienda, y al proteger a los grupos más vulnerables y marginados. La protección de los derechos humanos es fundamental para mantener la paz y la estabilidad social. Es importante que en la sociedad los derechos

sean respetados, en donde se prevean menos conflictos y tensiones sociales.

Según lo menciona Anchaluisa (2013), “*en los debates actuales que se han dado a nivel internacional, se han llevado a cabo discusiones extensas y significativas sobre cuestiones legales y políticas*” (p.23). Estas discusiones se centran en la evolución del derecho como un conjunto de reglas y regulaciones y, más específicamente, en la naturaleza misma del derecho constitucional. Este último es fundamental para la existencia y el funcionamiento de los estados, así como para el reconocimiento de los derechos inherentes a los seres humanos y los mecanismos destinados a protegerlos.

La evolución del derecho como un conjunto de reglas y regulaciones ha sido un proceso continuo a lo largo de la historia de la humanidad, ya que constantemente se encuentra en cambio y modernización. A medida que las sociedades evolucionan y se enfrentan a nuevos desafíos, también lo hacen sus sistemas legales para adaptarse y proporcionar soluciones a las necesidades cambiantes. La interacción entre derechos fundamentales y el poder legislativo también involucra la influencia de la opinión pública y las organizaciones de derechos humanos en la formulación y revisión de leyes.

Los nuevos paradigmas a los que se enfrenta un Estado de Derecho y justicia social están relacionados con la evolución de los derechos humanos y la adaptación del ordenamiento jurídico para garantizar la igualdad, la inclusión y la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Un ejemplo es el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres, la igualdad de género y la lucha contra la violencia de género son aspectos fundamentales que han ganado relevancia en los últimos años.

Aspectos fundamentales del Neoconstitucionalismo

Un aspecto fundamental en el neoconstitucionalismo, es que se fundamenta en un Estado moderno y social que tenga bases sólidas respecto a derechos. Busca el buen vivir en la sociedad, en conjunto con la incorporación de la amplia gama de derechos fundamentales, culturales, sociales y un sector fundamental económicos. Los cuales

son bases para la nueva constitución, ya que además constan principios que permiten encaminar el verdadero significado para una correcta aplicación de los estudiosos del derecho.

El surgimiento del neoconstitucionalismo radica en el reconocimiento y minuciosa especificación de los derechos constitucionales de individuos y colectivos, reafirmando y fortaleciendo las garantías jurídicas existentes. En este contexto, se produce un cambio desde el principio tradicional que establece que los derechos solo tienen valor en la medida en que son reconocidos por las leyes, hacia una concepción neoconstitucional que enfatiza que las leyes y demás normas jurídicas adquieren validez en la medida en que respeten los contenidos esenciales de los derechos fundamentales (Hoyos, 2021).

Por su parte, el respeto a la norma, llega a tornar un papel fundamental dentro de un estado que adoptó el neoconstitucionalismo, el cual se centra en los derechos fundamentales que son enfatizados en las normas nacionales e internacionales. El neoconstitucionalismo busca establecer mecanismos para limitar y controlar el poder del Estado, asegurando que las instituciones estatales actúen dentro de los límites establecidos por la Constitución y respeten los derechos de los ciudadanos.

Entre las particularidades del neoconstitucionalismo, se destacan la presencia constante del derecho constitucional en todos los ámbitos, la constitucionalización generalizada de distintas materias, el fortalecimiento del poder judicial, la aparición del desafío del estado de cosas inconstitucional, la limitación de la autonomía del legislador y, por último, la falta de uniformidad en la ideología del texto constitucional, que debe ser conciliada durante el proceso interpretativo (Cortés, 2011).

El neoconstitucionalismo favorece una interpretación constitucional abierta y dialogante, considerando los cambios sociales, culturales y políticos para adaptar la Constitución a las realidades cambiantes. Se menciona la interconexión del Derecho Constitucional, donde las leyes se adecuan al contenido de los derechos fundamentales, y estos ejercen su influencia en las leyes civiles, emitiendo sus efectos en ellas.

En efecto, la interpretación constitucional forma parte, por lo que es un aspecto crucial del neoconstitucionalismo. Se fomenta una interpretación progresista y abierta, tomando en cuenta los principios y valores fundamentales y adaptándolos a los desafíos contemporáneos. La justicia constitucional, del mismo modo es pilar fundamental, debido a que promueve la creación de tribunales especializados en cuestiones constitucionales, como cortes constitucionales, que desempeñan un papel fundamental en la protección y aplicación efectiva de la Constitución.

El Estado Constitucional de Derecho está experimentando constante cambio, introduciendo innovaciones que transforman la comprensión del derecho. Estos avances incluyen la formulación de principios, valores y derechos constitucionales que impactan la estructura de las leyes, la institución del control de constitucionalidad de las normas y la aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales.

Es por ello, que el neoconstitucionalismo contiene una apreciación positiva hacia los cambios políticos y legales del proceso de constitucionalización, especialmente valorando las ventajas de una Constitución rígida que incorpore derechos fundamentales y otorgue facultades a los jueces para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes. Por otro lado, el neoconstitucionalismo teórico busca describir los elementos principales de las constituciones modernas y cómo estos afectan aspectos fundamentales del sistema jurídico, como las funciones de los jueces, la interpretación del texto constitucional y la estructura de las normas, entre otros aspectos (Buritacá y Garay, 2020). Estas transformaciones están dando lugar a una nueva concepción del derecho y al efecto directo a las normas constitucionales, lo que significa que los ciudadanos pueden invocar directamente los derechos y principios constitucionales ante los tribunales, sin necesidad de que exista una ley que regule específicamente su ejercicio.

El neoconstitucionalismo y la protección de minorías

El neoconstitucionalismo tiene una estrecha relación con la protección de las minorías dentro de un Estado, debido a que una de las características fundamentales es la defensa y promoción de los derechos fundamentales, incluyendo los derechos de las minorías.

Esto se debe a que el neoconstitucionalismo busca garantizar que los derechos y principios consagrados en la Constitución sean protegidos y respetados, incluso en situaciones en las que la mayoría pueda tener tendencia a imponer su voluntad sobre los grupos minoritarios.

Los derechos fundamentales garantizan la libertad y la igualdad de las personas, asegurando que todos los ciudadanos tengan los mismos derechos y oportunidades, pero esta aseveración puede verse estrechamente afectada debido a que pueda darse el caso que los derechos hayan sido creados especialmente para cierto grupo de personas.

Existen diferentes textos haciendo referencia a los principales beneficiados de los derechos constitucionales *“todos los libros de leyes demuestran que el miedo a la pobreza es uno de los miedos básicos de la humanidad, ya que en todos esos libros de leyes se puede encontrar diversas leyes destinadas a proteger a los débiles”* (Hill, 2017, p. 37). La ley se encuentra plasmada en reglas, principios, derechos los cuales protegen a los grupos más débiles, no se precisa una conexión entre los vulnerables y los débiles, pero en tal caso el punto de origen tiene un propósito.

En efecto, el neoconstitucionalismo se enfoca en la protección de las minorías, asegurando que sus derechos no sean vulnerados por la mayoría. La protección a los débiles se basa en la idea de que las personas que enfrentan situaciones de desventaja, como la pobreza, la enfermedad, la discapacidad o la discriminación, necesitan una protección especial para asegurar que sus derechos no sean vulnerados y que tengan igualdad de oportunidades en la sociedad.

En la mayoría de estructuras legales, se hallan disposiciones normativas concebidas para salvaguardar a los segmentos más frágiles de la sociedad, abarcando a aquellos que enfrentan desventajas económicas y fragilidades. Estas normas representan una expresión palpable del interés global por enfrentar la aprehensión frente a la carestía y asegurar un umbral elemental de prosperidad para la totalidad de los ciudadanos.

Las minorías pueden enfrentar desafíos y discriminación debido a su posición numéricamente más pequeña y, en algunos casos, pueden

tener menos influencia política o social que los grupos mayoritarios. Pasquale manifiesta que *“el concepto de “minoría” comparte su trasfondo conceptual con la noción de diversidad”* (Buritacá & Garay, 2020, p.20). En la presente minoría se refiere a un grupo de personas que representa una proporción menor de la población total en un área geográfica específica. Esta minoría puede definirse en función de características como etnia, raza, religión, lengua, género u orientación sexual, entre otros factores

En el contexto de los derechos humanos y legales, se enfatiza la protección de los derechos de las minorías. Los derechos buscan garantizar que las necesidades y preocupaciones sean tomadas en cuenta en la sociedad y para prevenir la discriminación o marginalización, ya que estos son uno de los problemas los cuales pueden llegar a afrontar en la sociedad moderna.

El diálogo intercultural también es una característica relevante del neoconstitucionalismo, y contribuye a la protección de las minorías. Reconoce y valora la diversidad cultural y busca garantizar la inclusión y la igualdad de todas las personas dentro de la sociedad. Esto puede implicar reconocer y proteger los derechos colectivos de las comunidades indígenas, culturas minoritarias o grupos étnicos, así como la promoción de políticas públicas que aborden las necesidades específicas de estos grupos.

Dentro de los compendios legislativos, se pueden identificar ciertas normativas dirigidas a resguardar a los que se encuentran en estado de indefensión o menos favorecidos, siendo un ejemplo de ello las leyes laborales y de seguridad social. Estas disposiciones jurídicas establecen derechos y salvaguardias para los empleados, tales como el salario mínimo, condiciones laborales equitativas, permisos por motivos de salud, cobertura por desempleo, pensiones y otras prestaciones sociales.

Del mismo modo se encuentran las leyes y los derechos civiles y antidiscriminación, estas leyes buscan prevenir la discriminación por motivos de raza, género, religión, orientación sexual, discapacidad u otras características personales, garantizando la igualdad de trato y oportunidades para todos. Las leyes de protección al consumidor, estas

leyes buscan proteger a los consumidores de prácticas comerciales injustas o engañosas, asegurando que tengan acceso a productos y servicios seguros y de calidad.

Son varios derechos, artículos de ley, que se pueden hacer alusión respecto al enfoque total a personas que se encuentran en un estado vulnerable. Es importante destacar que, si bien existen leyes y regulaciones que buscan proteger a los débiles, en muchos casos, los desafíos relacionados con la pobreza y las desigualdades sociales requieren de un enfoque multidimensional y de la implementación de políticas públicas integrales para abordar estas cuestiones de manera efectiva.

El enfoque neoconstitucionalista busca asegurar que los derechos de las minorías no sean ignorados o subordinados a los intereses de la mayoría, y que los tribunales constitucionales y el sistema jurídico en general actúen como un contrapeso frente a cualquier forma de discriminación o abuso de poder. A través de la interpretación conforme a la Constitución y la aplicación directa de los derechos fundamentales, se busca salvaguardar los derechos de todos los ciudadanos, independientemente de su origen, creencias, orientación sexual, raza o cualquier otra característica que pueda colocarlos en una posición de minoría.

Los grupos sociales reivindican una identidad étnica peculiar, con el objetivo de preservar sus propias tradiciones y estructura social tales como surgieron a través de la experiencia, la oralidad y la memoria (diversamente de las normas jurídicas positivas del ordenamiento correspondiente) o como una evolución de la tradición. Los objetos necesarios de estudio para el análisis del derecho comparado. Así, la importancia de revelar cómo las constituciones contemporáneas se ocupan de los grupos minoritarios para cumplir con sus obligaciones frente a los ciudadanos y las personas que viven en el sistema jurídico positivo (Pasquale, 2020).

Ante tal mencionado nos manifiesta, que ciertos grupos sociales se identifican a sí mismos como pertenecientes a una etnia específica y buscan mantener esa identidad particular. Esto es importante para ellos debido a los aspectos culturales, históricos o tradicionales

asociados con esa identidad. Los grupos sociales quieren mantener sus propias tradiciones y formas de organización social tal como han evolucionado a lo largo de su experiencia histórica. Esto puede incluir prácticas culturales, sistemas de creencias, formas de gobierno, entre otros aspectos.

El fragmento destaca la importancia de estudiar cómo las constituciones modernas protegen y abordan las identidades étnicas y las tradiciones de los grupos sociales, especialmente de aquellos que son minoritarios. El objetivo es garantizar la igualdad de derechos y el cumplimiento de las obligaciones legales para todos los ciudadanos, sin importar su pertenencia a un grupo étnico o cultural específico.

En muchos casos, la diversidad se considera como un valor positivo y enriquecedor para la sociedad. Fomentar la inclusión y el reconocimiento de la diversidad puede conducir a una sociedad más justa, tolerante y equitativa. En resumen, el concepto de minoría se refiere específicamente a grupos numéricamente más pequeños con ciertas características compartidas, mientras que la noción de diversidad abarca una amplia gama de diferencias y características presentes en una población. Ambos conceptos son relevantes para abordar cuestiones de igualdad, derechos humanos e inclusión en sociedades diversas. Reconocer y proteger los derechos de las minorías es un aspecto importante de promover y respetar la diversidad en una sociedad.

Críticas y desafíos al neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo ha sido objeto de diversas críticas y debates entre juristas, filósofos del derecho y académicos. En las últimas décadas, el neoconstitucionalismo ha surgido como un paradigma influyente en la teoría y la práctica del derecho constitucional. Este enfoque se caracteriza por su énfasis en la protección y promoción de los derechos fundamentales, así como por su confianza en el poder judicial como guardianes de la constitución.

No estamos cuestionando la cantidad de derechos concedidos ni nos oponemos a su continuo otorgamiento, pero es esencial establecer una reserva técnica para determinar cómo se llevarán a cabo. Además, no se percibe con claridad quiénes son responsables de garantizar

el cumplimiento de los derechos otorgados. Cuando alguien posee un derecho, debe existir otra parte que tenga la obligación de cumplirlo, ya sea un deber individual (de hacer o proporcionar) o un deber colectivo (tolerar ciertas acciones del titular del derecho o abstenerse de interferir en ellas) (Gorra, 2012).

En otras palabras, se está sugiriendo que no basta con otorgar derechos, sino que es necesario tener un plan o una estrategia técnica para garantizar que esos derechos se puedan ejercer de manera efectiva y que haya una comprensión precisa de quiénes son responsables de asegurar que los derechos se cumplan. La reserva técnica implica considerar aspectos prácticos y operativos, como la asignación de recursos, la elaboración de políticas y procedimientos, la identificación de las partes responsables de cumplir con los derechos y la definición de los mecanismos que permitirán a las personas ejercer esos derechos de manera efectiva. En resumen, se trata de un enfoque que va más allá de simplemente establecer derechos en teoría, sino que se preocupa por cómo se implementarán en la práctica de manera efectiva y concreta

Cada vez que surge un derecho, existe una correlativa obligación que recae necesariamente en una entidad, ya sea una persona física o jurídica, un grupo de individuos o el conjunto de todas las personas. Por ejemplo, si una persona tiene el derecho a la educación, alguien, por ejemplo, el gobierno tiene la obligación de proporcionar y garantizar el acceso a la educación. Si alguien tiene el derecho a la salud, otra entidad como un sistema de salud o el Estado tiene la responsabilidad de proporcionar servicios médicos y atención médica para garantizar ese derecho.

Los deberes pueden ser tanto de hacer o dar acciones positivas, como de no hacer referente a tolerar ciertas conductas o no interferir. En el contexto de derechos individuales y colectivos, esto significa que algunos deberes pueden requerir acciones activas para garantizar los derechos, mientras que otros deberes pueden implicar abstenerse de ciertas acciones que puedan interferir con los derechos de otras personas.

En efecto el postulado destaca la importancia de identificar claramente quiénes son los obligados a cumplir con los derechos reconocidos, ya sea a nivel individual o colectivo, y cómo se deben llevar a cabo esas obligaciones para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos, ya que para una mejor comprensión y para guiar el sentido se necesita una mayor especificación de ciertas normas.

Una de las críticas más frecuentes es que el neoconstitucionalismo puede llevar a una judicialización de la política al otorgar un papel preponderante a los tribunales y a la interpretación judicial de la Constitución, donde se corre el riesgo de que los asuntos políticos relevantes sean desplazados del ámbito democrático y sean decididos por jueces no electos *“una de las objeciones más frecuentes contra la propuesta de Corte Constitucional es la de que constituiría un superpoder por sobre todas las demás funciones y órganos del Estado, un superpoder que no respondería por nada ni ante nadie”* (Ecuador. Ministerio de Justicia y derechos humanos, 2008).

El fortalecimiento de los Tribunales o Cortes constitucionales, así como de la justicia constitucional en general, no es un proceso local o reciente, sino más bien un fenómeno global que se ha extendido prácticamente en todo el mundo. Por tal razón, es un organismo creado a nivel internacional el cual se encarga de la protección y ampara de los derechos de las personas. En el contexto del neoconstitucionalismo, el fortalecimiento de los Tribunales o Cortes constitucionales es un aspecto fundamental del enfoque jurídico y político. El neoconstitucionalismo se caracteriza por otorgar un papel preponderante a los tribunales y la interpretación judicial de la Constitución para proteger los derechos fundamentales y garantizar el Estado de derecho.

“En el Estado legal existía una marcada división entre derecho y política, con el derecho centrado en el concepto de imperio de la ley y la política en torno a la idea de soberanía. Sin embargo, en los Estados constitucionales contemporáneos, esta separación se ha eliminado y en su lugar ha cobrado relevancia la noción de una constitución normativa y de carácter rígido” (Alterio, 2015, p.18).

La rigidez de las constituciones en el neoconstitucionalismo puede dificultar la adaptación del ordenamiento jurídico a los cambios sociales

y culturales. Algunos críticos argumentan que las constituciones modernas, al ser difíciles de modificar, podrían volverse obsoletas y menos adecuadas para enfrentar los desafíos emergentes.

Existen también críticos que cuestionan la legitimidad democrática de los jueces que, en un sistema neoconstitucionalista, tienen un papel más prominente en la toma de decisiones políticas. Los jueces no son elegidos por voto popular, lo que puede plantear preguntas sobre su legitimidad para tomar decisiones fundamentales que afectan a la sociedad. En el Estado constitucional de derecho y justicia social, se presta especial atención a los poderes constituyentes y constituidos, las reformas constitucionales y el papel que desempeñan los tribunales constitucionales.

El neoconstitucionalismo busca comprender el papel fundamental de la Constitución como el pilar central de un Estado constitucional y democrático de Derecho, representado por los textos constitucionales adoptados recientemente por los Estados modernos. Esta corriente, perteneciente al campo del Derecho Constitucional, considera la Constitución como un documento que contiene principios, derechos, valores y normas supremas que guían la actuación del Estado en relación con los ciudadanos (Velasco y Llano, 2015). Al referirse a neoconstitucionalismo se refiere a la nueva constitución, la cual es denominada así, por su amplia lista de derechos fundamentales ofertada a los ciudadanos

En lo esencial, el neoconstitucionalismo es el derecho transformador que se encuentra en cambio y construcción que busca adaptarse al espacio y tiempo presente, donde cada día surgen cambios significativos en la sociedad, mencionar que el mismo derecho que funcione hace 10 años, también funcionara ahora, es decir una completa falacia, debido a que aunque en ese tiempo los problemas sociales eran similares, no se los puede catalogar como los mismos problemas de siempre, porque en la actualidad convergen nuevas exigencias (Pasquale, 2020).

El estado moderno debe ser capaz de afrontar, porque la competencia en una atribución que se le designa a una persona, entidad, entre otro, capaz de poder ejercer un cargo o labor que se le ha encomendado según sus funciones. Al adoptar un nuevo estado de

derecho se comprende que al no ser tan explorado vendrá desafíos y acontecimientos, los cuales deben ser afrontados con toda la legalidad, validez, competencia que lo amerite.

Influencia y efectos del neoconstitucionalismo en la legislación y la práctica jurídica

El neoconstitucionalismo ha tenido un impacto significativo en la legislación y la práctica jurídica en muchos países. Uno de los logros más importantes es la fortaleza que ha brindado a la protección de los derechos fundamentales en las constituciones y leyes. Los Tribunales constitucionales han adquirido un papel prominente en la revisión de la constitucionalidad de las leyes y actos gubernamentales para garantizar que se respeten los derechos reconocidos en el neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo ha impulsado una interpretación más dinámica y progresista de la Constitución, que permite adaptar los principios y derechos fundamentales a los cambios sociales y culturales. Esto ha llevado a un mayor reconocimiento de nuevos derechos y una mayor protección de grupos minoritarios y vulnerables. *“El Neoconstitucionalismo se puede definir a grandes rasgos como una nueva visión del Derecho en la cual, la Constitución tiende a tener una connotación mucho más avanzada”* (Torres y Chavez, 2021, p. 69).

Esos son las ideologías y el nuevo paradigma que desea adoptar un Estado, que busca encajar en una sociedad moderna, donde torna la importancia al respeto como persona y pretenden formar un estado de justicia social. La prioridad pretenden ser las personas mal vulnerables y un estado que los protege de los más favorecidos, en otras palabras, de los más poderosos.

Mientras que las reglas se basan en condiciones específicas y criterios formales, los principios se basan en conceptos más amplios y se aplican de manera más flexible, teniendo en cuenta la razonabilidad, la justicia y otros valores similares hacen referencia según lo destaca Pozzolo (2011), *“las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales y por tanto tienen un pedigree que les permite un control de validez, los principios derivan su validez de la importancia de la razonabilidad, de vehicular valores y otras características similares”*. (p. 25)

No basta con que las normas jurídicas sean formales y técnicamente correctas; también deben estar en armonía con el marco normativo constitucional y reflejar los ideales éticos y morales de la sociedad. Este enfoque deontológico busca garantizar que las decisiones y acciones jurídicas se ajusten a un marco ético, promoviendo la justicia, la igualdad y el respeto a los derechos humanos. De esta manera, se persigue alcanzar una mayor legitimidad y aceptación social del ordenamiento jurídico (Comanducci, 2002).

La teoría de los Derechos Fundamentales es de gran importancia en el neoconstitucionalismo, ya que esta corriente jurídica se enfoca en la protección y promoción de los derechos fundamentales, considerándolos como el centro del ordenamiento jurídico.

Un aspecto fundamental que debemos comprender es que la función de la Ciencia jurídica debe ser tanto crítica como orientadora al enfrentarse a su objeto de estudio. Esta crítica implica analizar las contradicciones y vacíos en la legislación actual en relación con los mandatos constitucionales. Por otro lado, la función orientadora implica la adopción de técnicas de garantía necesarias para superar estos desafíos, considerando la prevalencia de principios y reglas en la constitución, así como las particularidades en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales en comparación con las leyes ordinarias (Vintimilla, 2013, p. 23).

Existe una interconexión sustancial en todo el ordenamiento legal, lo que requiere que el intérprete lo configure de manera coherente y razonada. La evolución del derecho como un sistema de reglas y regulaciones se extiende al ámbito específico del derecho constitucional. Existen principios jurídicos fundamentales que son reconocidos y aplicados de manera transversal en diferentes cuerpos normativos. Estos principios, como la equidad o la justicia, pueden influir en la interpretación y desarrollo de leyes específicas.

La transición hacia el neoconstitucionalismo puede requerir un cambio cultural y una formación académica actualizada para los estudiosos del derecho y operadores de justicia. La comprensión y aplicación de los nuevos principios y enfoques del neoconstitucionalismo pueden

requerir una revisión profunda de los métodos de enseñanza y prácticas legales tradicionales.

La Constitución Ecuatoriana del 2008 como un cambio paradigmático al Neoconstitucionalismo

En Ecuador en el año 2008 fue promulgada una nueva constitución, denominada como la “Constitución de Montecristi” que marcó un momento significativo en la evolución política y legal del Estado. Fue aprobada mediante una Asamblea Constituyente, convocada con el propósito de reemplazar la anterior Constitución de 1998 y establecer una nueva visión para el país (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La Constitución de 2008 incorporó un amplio catálogo de derechos fundamentales, incluyendo derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda y al agua, entre otros (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). También se reconoció el derecho a la naturaleza y se establecieron principios de protección ambiental.

“Estas nuevas constituciones, presentes en Europa y principalmente en naciones de América Latina como Ecuador, Bolivia, Venezuela, Colombia y Brasil, reafirman en teoría la esencia del Estado de Derecho liberal, al transformar las dinámicas de poder económico y, por consiguiente, político” (Parra, 2019, p. 24).

En relación el cuerpo normativo define la estructura del Estado, estableciendo los poderes y órganos gubernamentales, como el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y sus competencias, establece límites y controles al poder del gobierno para prevenir abusos y asegurar que las instituciones operen dentro de un marco legal y democrático. La Constitución refleja la voluntad del pueblo y su capacidad para determinar las leyes y la forma de gobierno mediante procesos de participación y elecciones democráticas.

El neoconstitucionalismo, tiene como objetivo analizar y entender el conjunto de textos constitucionales que han surgido a partir de la década de los setenta. Estas nuevas constituciones no se limitan únicamente a establecer competencias o separar los poderes públicos,

sino que contienen un alto nivel de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado mediante la definición de determinados fines y objetivos (Parra, 2019).

Por consiguiente, el neoconstitucionalismo ecuatoriano ha buscado enfatizar la importancia de los derechos fundamentales, la protección de la naturaleza, la plurinacionalidad y la participación ciudadana, entre otros aspectos, dentro del marco de la Constitución. Asimismo, ha promovido una interpretación más dinámica y progresista de las normas constitucionales, con el objetivo de adaptar el ordenamiento jurídico a las realidades y necesidades cambiantes de la sociedad ecuatoriana.

En Ecuador, la realidad política ha evidenciado que estos principios no han sido observados cuando se han abordado cambios en la Constitución. Un ejemplo de esto son las sustanciales modificaciones constitucionales que la Constitución de 2008 ha experimentado en poco tiempo desde su entrada en vigencia. Un caso emblemático es la enmienda constitucional de 2011, que se originó a partir de una propuesta del Poder Ejecutivo (Benavides, 2016).

La inclusión de derechos económicos y sociales en la Constitución puede representar un desafío para su efectiva implementación. La garantía de derechos como el acceso a la salud, educación o vivienda, puede requerir recursos significativos y políticas públicas bien planificadas, lo que puede generar tensiones entre la realidad fiscal del Estado y las expectativas de los ciudadanos.

En relación con los principios aplicados en nuestro país, es importante comprender que el Neoconstitucionalismo representa simplemente una etapa de transición en el ámbito judicial y administrativo.

Su objetivo es implementar mecanismos de protección para la sociedad, tomando en cuenta la realidad actual del país. No se debe percibir como una carga incómoda, sino como una oportunidad para realizar un cambio profundo y cambiar los paradigmas ideológicos y estructurales. Es esencial que todas las partes involucradas en este proceso de cambio abracen la doctrina neoconstitucional como una nueva fase del desarrollo del Constitucionalismo (Vallejo, 2017).

Ecuador ha tenido un proceso constitucional progresivo, y en su Constitución de 2008 se han incorporado principios del neoconstitucionalismo. Con respecto a la protección de derechos fundamentales, el neoconstitucionalismo resalta la importancia de los derechos fundamentales y su protección. Al incorporar esta perspectiva, la Constitución de Ecuador de 2008 fortalece la protección de los derechos humanos y promueve una mayor igualdad y dignidad para todos los ciudadanos (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Dentro de las transformaciones que se pueden identificar, se encuentra la revisión del control de constitucionalidad, aspecto al cual el enfoque neoconstitucional también concede especial énfasis. La reciente carta magna de Ecuador promueve activamente la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones públicas, proporcionando un espacio significativo para la expresión de la voz ciudadana y su capacidad de influencia en las políticas y acciones gubernamentales. Este planteamiento tiene el potencial de robustecer los cimientos democráticos y elevar la legitimidad de las instituciones mediante la incorporación de la opinión ciudadana en los procesos decisorios.

La labor de Transparencia y Control Social, según lo delineado en la Constitución de Ecuador de 2008, adquirió relevancia en el marco del neoconstitucionalismo que definió este nuevo documento constitucional. El neoconstitucionalismo representa una corriente jurídica que destaca la preeminencia de la Constitución, la salvaguarda de los derechos fundamentales y la participación activa de la ciudadanía en el entramado legal y político.

La confrontación contra la corrupción, es uno de los fundamentos del neoconstitucionalismo, se centra en la erradicación de la corrupción y en fomentar la integridad en la gestión pública. La fiscalización de entidades, tanto públicas como privadas, representa otro componente destacado. En el contexto del neoconstitucionalismo, se resalta la importancia de supervisar tanto a las instituciones gubernamentales, como a las entidades del sector privado que ofrecen servicios públicos o ejercen influencia en la esfera pública.

El neoconstitucionalismo reconoce la coexistencia de diferentes fuentes del derecho, incluyendo normas jurídicas, principios, valores y precedentes. Esto permite que la Constitución tenga en cuenta las realidades culturales y sociales del país y garantice una mayor inclusión y respeto por la diversidad

Por lo cual, el neoconstitucionalismo en Ecuador plantea desafíos significativos para los expertos en derecho y los profesionales judiciales; no obstante, también brinda la posibilidad de fortalecer la salvaguarda de los derechos fundamentales y progresar hacia un Estado más equitativo e inclusivo. La adecuada y equilibrada incorporación de los principios neoconstitucionalistas demandará una colaboración conjunta de todos los participantes en el sistema jurídico y político de la nación.

Los principios y valores contenidos en la Constitución de Montecristi se presentan como una reacción frente a los paradigmas éticos, políticos, sociales, culturales, y científicos planteados en la modernidad resumidos constitucionalmente de la siguiente forma, se recupera el pensamiento local, ancestral, comunal, frente a la tesis totalizante y universalista. Se regula constitucionalmente la equidad de género, promoviéndose de esta forma la igualdad de derechos políticos y civiles.

Se concibe una nueva relación con el entorno no humano. La judicatura tiene que mirar las relaciones jurídicas ser humano - naturaleza, de forma equilibrada en función de garantizar una coexistencia, armónica y permanente. Una de las principales ventajas del neoconstitucionalismo es que fortalece la protección de los derechos fundamentales y se promueve una mayor igualdad y justicia social. Al centrar la atención en los derechos humanos y en principios y valores constitucionales, el neoconstitucionalismo busca garantizar que las acciones del Estado estén en línea con los estándares de derechos humanos y que se respeten las libertades individuales.

Siendo así, que el neoconstitucionalismo ofrece Estado una base sólida para avanzar hacia una sociedad más justa, inclusiva y respetuosa, al enfocarse en la protección de los derechos fundamentales y en el control de la constitucionalidad, el neoconstitucionalismo puede promover una mayor transparencia, rendición de cuentas y equidad en el ejercicio del poder estatal.

La Función de Transparencia y Control Social en la Constitución de Ecuador de 2008 desempeñó un papel fundamental en la promoción y fortalecimiento de los principios neo constitucionales, como la protección de los derechos, la participación ciudadana, la lucha contra la corrupción y la supremacía de la Constitución. El éxito del neoconstitucionalismo depende en gran medida de la implementación efectiva y del compromiso real de las instituciones estatales y de la sociedad en general.

Cabe recalcar que el neoconstitucionalismo enfrenta desafíos y críticas, como la posible judicialización excesiva y la falta de claridad en la aplicación de los principios constitucionales. Pero sin duda, es una herramienta valiosa para construir un Estado de Derecho sólido y proteger los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, siempre y cuando se aborden sus desafíos y se promueva una cultura de respeto por los principios y valores constitucionales en todos los niveles de la sociedad y del gobierno.

La protección de los menos vulnerables y la orientación de los derechos hacia la salvaguarda de los más débiles frente a los más fuertes son principios fundamentales en muchos sistemas legales y filosofías políticas. Estas perspectivas se basan en varios fundamentos éticos, morales y pragmáticos. La noción de que aquellos que tienen mayores recursos, poder o capacidad tienen la responsabilidad de cuidar y proteger a aquellos que son más vulnerables. Esto se traduce en políticas y derechos diseñados para equilibrar las desigualdades inherentes en la sociedad.

La inclusión de cláusulas de justiciabilidad en la Constitución permitirá que los ciudadanos puedan acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos y que estos sean protegidos efectivamente. Es necesario contar con instituciones sólidas y capacitadas que sean responsables de supervisar la implementación y protección de los derechos consagrados en la Constitución. Esto implica tener un sistema judicial eficiente, organismos de control y regulación competentes.

La falta de claridad en el contenido de los valores y principios constitucionales puede plantear desafíos significativos en la interpretación y aplicación de la Constitución. Cuando existen

disposiciones constitucionales cuyos significados son inciertos o ambiguos, los jueces pueden enfrentar dificultades al intentar aplicarlas de manera coherente y consistente, por ende, es recomendable que, si se realizan reformas, se las haga de manera puntual, guiando hacia una sola dirección.

Referencias Bibliográficas

- Alterio, A. (2015). *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*. (Tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid.
- Anchaluisa, C. (2013). *El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Corte Interamericana de Derecho Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32326.pdf>
- Andrade Guerrero, S. (2013). *El Neoconstitucionalismo y el Derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema Ecuatoriano*. (Trabajo de grado). Universidad del Azuay.
- Benavides, J. (2016). Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región Andina. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 5, 173-188.
- Buritacá, E., & Garay, K. (2020). Neoconstitucionalismo, positivismo y validez. *Valdivia*, 33(1), 15.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, 16, 15-20.
- Cortés Zambrano, S. (2011). La Constitucionalización del Derecho y la Interpretación Jurídico. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, 6(2), 20-23.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Ministerio de Justicia y derechos humanos. (2008). *Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Tribunal Constitucional del Ecuador.

- Gil Rendón , R. (2011). *El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales*. Quid Iuris,12, 43-54.
- Hill, N. (2017). *Power of Positive Action*. Sound Windsom.
- Hoyos Rojas, L. (2021). *Neoconstitucionalismo ideológico y constitucionalismo multinivel*. Temis.
- López Ruiz, I., & Haro Haro, L. F. (2021). Neoconstitucionalismo en el Ecuador, una mirada desde la argumentación moral y la ponderación. *Kairós. Revista De Ciencias Económicas, Jurídicas Y Administrativas*, 4(7), 141–163.
- Parra, R. (2019). *El Neoconstitucionalismo en Ecuador*. ESPOCH. <http://cimogsys.espoch.edu.ec/direccion-publicaciones/public/docs/books/2019-09-19-195711-95%20Neoconstitucionalismo%20en%20el%20Ecuador%20final.pdf>
- Pozzolo, S., & Escudero, R. (2011). *Neoconstitucionalismo Derechos y Derechos*. Palestra.
- Torres, J., & Chavez, J. (2021). El Neoconstitucionalismo: antecedentes, desarrollo y crítica en el Ecuador. En, J. Espinoza, *Los retos del neocosntitucionalismo en materia de igualdad y no discriminación*. (p. 68). CIDE.
- Vallejo, W. (2017). *El Neoconstitucionalismo en la sociedad y desafíos que conlleva*. Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Velasco Cano, N., & Vladimir Llano, J. (2015). Teoría del derecho, Neoconstitucionalismo y modelo de estado constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus*, 9(2).
- Vintimilla Saldaña, J. (2013). El Neoconstitucionalismo en la mira. *Iuris Dictio*, 13(15).
- Viola, P. (2020). La protección constitucional de las minorías y la influencia de elementos de diferenciación social sobre la organización estatal. Una mirada a algunos ejemplos relevantes de Asia y América Latina. *Derecho & Sociedad*, (55), 461-473.



El neoconstitucionalismo ecuatoriano y sus herramientas para la protección de los derechos fundamentales en el siglo XXI

Hoover Marino Sánchez Peñaloza¹

Juan José Torres Espinoza¹

Nathaly Michelle Campos Lomas¹

¹ Universidad Metropolitana Sede Machala. Ecuador.

La presente investigación tiene la finalidad de abordar todo el proceso que se dio entre el Estado de Derecho al Estado de Derechos, con base al desarrollo progresivo que tienen las sociedades y con ello los derechos inherentes al ser humano. Para aquello, se debe estudiar la implementación de mecanismos adecuados para la protección de los mismos. Puesto que, para nadie es algo nuevo saber que dichos derechos sufren constantemente vulneraciones, dichas vulneraciones pueden ser cometidas por el Estado, personas naturales o jurídicas.

El neoconstitucionalismo, corriente nace del Derecho, y su objetivo principal es velar por los derechos fundamentales de las personas, con ello, la creación de un Estado constitucional de derechos y justicia social, estableciendo la idea de que los derechos son la base de todo sistema jurídico justo y democrático. Es así, que también nace la teoría de argumentación jurídica para la toma de decisiones judiciales. Los derechos individuales y colectivos deben ser respetados y garantizados por todas las funciones estatales, por otro lado, por medio del neoconstitucionalismo, se priorizará la estabilidad de los ecuatorianos, ratificándose así el más alto deber del Estado, que es, respetar y hacer respetar los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la población.

El neoconstitucionalismo es una evolución del constitucionalismo tradicional, conjunto a una nueva forma de la aplicación del derecho y

con ello la justicia. La norma suprema para este sistema se denomina Constitución (en lo adelante CRE) (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), y con ella aparecen terminologías como; normas, reglas, principios, etc. Lo que se pretende buscar con estas figuras son nuevas formas de interpretación de derechos, alcanzando a establecer su máxima efectivada a través de los métodos de ponderación, identificación, interpretación, proporcionalidad (Cárdenas, 2018). Definiendo a los principios, se puede decir que son mandatos inmediatamente finalistas, con pretensión de complementariedad y parcialidad, para la aplicación se necesita una valoración de correlación entre las acciones que deben ser promovidas y los efectos derivados de la conducta estimada para su promoción (Romero, 2011).

Cuando se dio el cambio al Estado de Derechos, también aparecieron con ello las Garantías Jurisdiccionales en el sistema de justicia. En nuestro país, estas se encuentran reguladas en dos normativas, por un lado, se consagran en la norma suprema, es decir la Constitución de la República del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), desde el artículo 86 hasta el 94, y por último en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC) (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). Cada una de las garantías jurisdiccionales deben ser aplicadas en el caso que les correspondan para que puedan tener validez y cumplan con sus objetivos, entre estas garantías tenemos la acción extraordinaria de protección, acción por incumplimiento, hábeas data, hábeas corpus, acceso a la información pública, y acción de protección.

Finalmente, la Corte Constitucional del Ecuador (2016, 2018, 2020), como máximo órgano de interpretación constitucional, mediante providencias se refiere a cada una de ellas, por ejemplo; sentencia Nro. 001-16-PJO-CC (acción de protección), sentencia Nro. 002-18-PJO-CC (habeas corpus), sentencia Nro. 1868-13-EP/20 (habeas data); entre otras, ampliando así, el ámbito de sus efectos en casos concretos y desarrollando fallos con efectos vinculantes para su aplicación.

En el análisis jurídico plasmado en el presente trabajo requiere de diferentes procesos metodológicos como la interpretación del derecho a través de la modalidad paradigmática cualitativa. Se recurre a dicha

modalidad en el momento en que se explican las razones de los diferentes aspectos de las disposiciones contenidas en la Constitución como máxima norma de aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El enfoque de la presente investigación es de carácter cualitativo, ya que permite hacer un análisis y descripción exhaustiva de los diferentes aspectos y cualidades del objeto de estudio; basándose así en el método análisis – síntesis en el cual a partir de este se obtiene una comprensión general del objeto brindado, es decir una nueva visión.

Además, de acuerdo al enfoque de la investigación (cualitativa) estará basada en el método científico deductivo; el cual que permite analizar inferir los conocimientos y percepciones de diferentes autores que es llevado desde lo general a lo particular.

De igual forma se emplearon las siguientes técnicas de investigación: Análisis documental, permitió presentar la información de los diferentes documentos con una nueva estructura basada en el análisis y descripción, de manera abreviada pero precisa. La información ha sido analizada, interpretada y sintetizada minuciosamente, a través de la recolección y selección de bibliografía especializada. La Técnica Jurisprudencial (Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador), permite tener una visión global del alcance y significado de la jurisprudencia en sentido amplio. Las diferentes sentencias han sido llevadas a una descripción y análisis profundo fundamentado con argumentos válidos, los cuales han permitido hacer un contraste entre los casos analizados. Para así referirse al concepto que designa los métodos de elaboración de la jurisprudencia.

Transición del Estado de Derecho al Estado de Derechos: Aparecimiento del Neoconstitucionalismo

Es sustancial reconocer, que el Derecho Constitucional ha logrado una transición en la forma en que se entiende y se aplica la ley, dicha transición se refiere a dejar de ser Estado de Derecho a ser Estado de Derechos. Esta nueva concepción se conoce como neoconstitucionalismo y ha redefinido la relación entre los ciudadanos y el poder estatal. El neoconstitucionalismo se basa en la idea de que los derechos

fundamentales son el centro de la interpretación y aplicación de la ley. Es así que, el jurista Ávila (2011), ex juez de la Corte Constitucional del Ecuador, plantea que, todo mandato sea este particular o estatal se rige por los derechos, los cuales se encuentran facultados en la parte dogmática de la constitución, buscando su efectivo y estricto goce como también la tutela por parte de las funciones del estado.

Siendo así que, implica a los tribunales tener un papel clave en la protección de estos derechos y en su aplicación frente a las acciones del poder estatal. La aplicación del neoconstitucionalismo ha cambiado fundamentalmente la dinámica del sistema legal, otorgando mayor importancia a los derechos individuales y limitando el poder del Estado. En el relato neoconstitucional los derechos fundamentales dispuestos o positivizados en la norma suprema establecen la culminación de un Estado, es así, que tanto los ciudadanos y el Estado, tienen que encaminarse a tutelar las facultades expresadas en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos (Toledo, 2019).

Ávila (2009), considera que, *“en 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”* (p. 777). Además, este enfoque ha llevado a un aumento significativo en la protección de los derechos humanos y ha permitido a los ciudadanos reclamar sus derechos frente a acciones inconstitucionales. Dicha corriente representa una transición del Estado de Derecho al Estado de Derechos, donde se busca que la Constitución no solo sea una norma más, sino que se convierta en la norma suprema que rige todo el ordenamiento jurídico.

Ya en este punto, es necesario definir qué es el neoconstitucionalismo, pero de una manera ideológica; y para ello Comanducci (2002), explica que, el neoconstitucionalismo no se limita a especificar lo que ha logrado la constitucionalización, sino que, reconoce positivamente y respalda su defensa y ampliación. Según el autor, lleva razón, ya que el neoconstitucionalismo es una corriente del derecho, que se enfoca en la protección de los derechos fundamentales de las personas y en la creación de un Estado constitucional de derechos y justicia social.

El jurista italiano Ferrajoli (2011), constituye unos de los principales exponentes del derecho con posturas más críticas acerca del neoconstitucionalismo principalista. A su juicio, este enfoque ha llevado a una confusión entre el derecho y la moral, y ha dado lugar a una sobrevaloración de los principios constitucionales en detrimento de las normas y las reglas. Sostiene, además, que los principios son vagos y ambiguos, lo que los hace inapropiados para proporcionar una guía clara y precisa para la toma de decisiones judiciales. Mientras que, defiende la importancia de las normas y las reglas claras y precisas que puedan ser aplicadas con certeza y previsibilidad.

Uno de los personajes más importantes en este paradigma es el doctrinario Alexy (1985), quien ha argumentado que el neoconstitucionalismo es una respuesta necesaria a los desafíos que enfrenta el Estado de derechos en la actualidad, y sostiene que los derechos fundamentales son la base de cualquier sistema jurídico democrático y justo. Además, ha defendido la importancia de la teoría de la argumentación jurídica para la toma de decisiones judiciales en el contexto del neoconstitucionalismo.

En América Latina, el neoconstitucionalismo ha cobrado especial importancia debido a la evolución de los derechos fundamentales en la región en los últimos años. Los juristas latinoamericanos han comenzado a realizar sus propias investigaciones y aportar con una visión moderna de los derechos fundamentales a la teoría jurídica local. El neoconstitucionalismo ha sido objeto de críticas y debates en el ámbito académico. Algunos magistrados argumentan que no es una nueva teoría del derecho, simplemente es una continuación de la teoría positivista y sirvió para contextualizar al Estado de Derecho. Sin embargo, otros teóricos defienden que el neoconstitucionalismo representa una ampliación del constitucionalismo, ya que no solo describe y ratifica sus elementos, sino que los defiende y busca su plena realización (Celi, 2017).

En efecto Constitucionalismo, es una terminología que engloba la existencia de una ley suprema en el ordenamiento jurídico, en resumidas palabras, una Constitución, misma que es un cuerpo normativo, y representa una diversidad de normas constitucionales

con peculiaridades en su naturaleza y efectos (Medinaceli, 2013). Ahora bien, dentro del Ecuador, el cambio de la Constitución hacia el neoconstitucionalismo ha sido un proceso significativo en la estructura del Estado ecuatoriano. Algunos de los puntos importantes que cambiaron fueron los siguientes: transformación del Estado, a partir del año 2008, Ecuador inició un proceso de cambio en la estructura del Estado, que implicó no solo cambios legales, sino también una transformación más amplia. Este cambio se basó en la idea de alcanzar el buen vivir y promover una convivencia ciudadana que respete la dignidad de las personas y se comprometa con la integración latinoamericana (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Hay que hacer notar que, en el preámbulo de la Constitución ecuatoriana, se busca establecer una forma de convivencia ciudadana que promueva el buen vivir y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra. Además, la protección de derechos fundamentales, ya que, el neoconstitucionalismo en Ecuador se enfoca en la protección de los derechos fundamentales inherentes a las personas. Visto que, también garantiza la dignidad de las personas y promueve la igualdad y la justicia social, sin dejar de lado, la justicia constitucional, debido a que, el cambio hacia el neoconstitucionalismo ha llevado a la necesidad de contar con una justicia constitucional efectiva que garantice la protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, esto implica que los tribunales y órganos judiciales deben desempeñar un papel activo en la defensa de los derechos y en la interpretación de la Constitución. Antes del neoconstitucionalismo en Ecuador, existía una estructura constitucional diferente que no se enfocaba en la protección de los derechos fundamentales de las personas ni en la creación de un Estado constitucional de derechos y justicia social. La Constitución del Ecuador de 1998 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1998), por ejemplo, fue entendida como una constitución garantista sin contenido.

En este sentido, se puede decir que el cambio hacia el neoconstitucionalismo en Ecuador implicó una transformación en la estructura del Estado, con un enfoque en la protección de los derechos fundamentales y la promoción del buen vivir. Este cambio se inició

a partir del año 2008 y ha llevado a la necesidad de contar con una justicia constitucional efectiva para garantizar la protección de los derechos. Todo este cambio dio paso a la aparición del principio de Supremacía Constitucional. En suma, este coloca en primer lugar a la Constitución ante todo el ordenamiento jurídico, similar a la concepción de Hans Kelsen, que percibía a la Constitución como superior por ser ésta la que dirige a todo el sistema jurídico, la norma suprema es la que establece cómo se deben crear todas las normas jurídicas del sistema (Rosario-Rodríguez, 2011).

Para lograr entender mejor la relevancia o el impacto que ha tenido el neoconstitucionalismo en el Ecuador, es necesario tratar sobre el enfoque que le otorga al cuidado los derechos fundamentales, ya que, ha hecho un gran hincapié en la protección de los derechos fundamentales de las personas en el sistema jurídico ecuatoriano. Esto implica que los derechos individuales y colectivos tienen una mayor relevancia y deben ser garantizados y respetados por las instituciones estatales. Por otro lado, permite un Estado constitucional rico en derechos y justicia social, ya que, el neoconstitucionalismo tuvo como objetivo la creación de un Estado cambiado, donde se priorice la estabilidad de los ciudadanos en Ecuador. Esto permite que el Estado tenga la responsabilidad de garantizar no solo los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos, sociales y culturales de la población.

Además de ello, destaca el mayor control de constitucionalidad, así como también la participación ciudadana, en la cual, el neoconstitucionalismo tiene un aporte importante, porque permite la toma de decisiones en conjunto y la elaboración de políticas públicas más equitativas. Debido a que, los ciudadanos tienen un rol dentro de este tipo de labores. Echeverría (2018), considera que, *“así, en el caso de la Constitución ecuatoriana se reconocen ya no tres poderes o funciones sino cinco, el Poder electoral y el de la Participación ciudadana alterando el esquema tradicional de los tres poderes o funciones”*. (p. 132)

La transición del Estado de derecho al Estado de derechos y el surgimiento del neoconstitucionalismo ha sido una evolución necesaria del ordenamiento jurídico para garantizar la protección de los derechos fundamentales y promover la justicia social. El neoconstitucionalismo ha

permitido una reorientación del papel del derecho y de la Constitución en la sociedad, convirtiéndose la Constitución en la fuente principal de los valores y principios que deben guiar la toma de decisiones judiciales. Consigo vino la adaptación de las normas constitucionales a los cambios sociales y culturales, lo que ha permitido a los jueces tomar decisiones más justas, equitativas e imparciales, esta última característica surge del Principio de Imparcialidad.

Principios constitucionales y su rol dentro de la corriente del neoconstitucionalismo ecuatoriano

En virtud de pasajes anteriores del presente trabajo académico, se puede analizar la transición que se dio en el Ecuador, respecto del Estado de Derecho al Estado de Derechos. Así, es posible denotar que en el primero la única fuente en la que se podrían basar los administradores de justicia es la ley, mientras que en el segundo existen varias fuentes formales del derecho además de la ley, como es la jurisprudencia, la costumbre. Además, el juez puede en virtud de su sano criterio aplicar principios constitucionales (Ávila, 2009).

Para el estudio de la definición de principios, es indispensable tomar en consideración los recurrentes debates doctrinarios que han surgido a lo largo del tiempo. Sin embargo, el concepto de principio más empleado en el derecho ha sido el proporcionado por el jurista Robert Alexy. Para el autor en mención, los principios son mandatos de optimización en la aplicación de derechos; al nombrar el término mandato hace alusión a que el principio es una norma, y al decir optimización, hace alusión que esa norma prevalecerá por sobre otras normas (Alexy, 1985).

En virtud de este razonamiento, para la autora Vázquez (2021), se podrá delimitar a los principios mediante dos teorías; la primera es entender a los principios como metanormas, ya que, entre dos reglas, una se sobrepondrá sobre otra en determinadas circunstancias. La segunda será entender a los principios como supernormas, teoría donde se adopta la idea de que las reglas en muchas ocasiones pueden ser erráticas, sin embargo, los principios siempre estarán presentes actuando con una función correctiva acorde a la Constitución y ampliación de derechos.

Para poder entenderlo con un ejemplo práctico, será necesario pensar en que una persona incurre en una supuesta infracción penal con el Código penal ecuatoriano vigente hasta el año 2014 (Ecuador. Asamblea Nacional, 1971); ¿que hubiere pasado si en el lapso de tiempo en el cual se daba el proceso penal, entraba en vigor el COIP (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), que derogaba el delito por el cual estaba siendo procesado? Para responder a la interrogante propuesta, tentativamente podría surgir la idea de la prohibición de la retroactividad de la ley, sin embargo, optar por esta opción sería apresurado e imprudente.

Analizando detenidamente el vigente Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), en su artículo 5 numeral 2, encontramos el llamado principio de favorabilidad. Por consiguiente, si existiere cualquier tipo de antinomia o conflicto entre dos normas, debería prevalecer aquella que beneficie más al procesado, con lo que se obtiene esta visión garantista y que en el caso propuesto será aquella que ratifica su inocencia.

Otro ejemplo podrá generarse con la aplicación del principio de protección de las personas con discapacidad, contemplado en el artículo 47 de la Constitución ecuatoriana vigente, que hace alusión a una protección especial de los discapacitados por encima de las demás personas en determinadas situaciones, y que para éstos no deberán existir las barreras arquitectónicas (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). A saber, el principio mencionado surgiría en un supuesto en el cual, una persona que se movilice en silla de ruedas no tenga rampas de acceso a edificios; en este contexto, si este grupo de atención prioritaria no tuviere derechos ni en la ley, ni ordenanzas municipales, el fallo de un juez podría suplir el silencio de la ley, mediante los principios constitucionales (Ávila, 2012).

Tomando en consideración lo anteriormente dicho, los principios tienen varias características. El principio es una norma general, abstracta, y que no es estática; no es estática, ya que la misma necesita ser interpretada; esto no conlleva ningún tipo de inseguridad jurídica, sino más bien que su rango de acción es mayor y se podrá adecuar a

muchos supuestos diferentes, promoviendo siempre la ampliación de derechos.

Debemos tener en cuenta que las normas se dividen en reglas y principios; el principio es una norma. Por ende, no presenta una hipótesis (como sí la presenta una regla); es decir, no hay un supuesto determinado en el cual se podrá aplicar el principio, ni consecuencias determinadas. Sin embargo, su aplicación es una creación palpable del modelo neoconstitucionalista (Torres y Chávez, 2022). De esta forma en la aplicación de la justicia, se obtiene una aplicación efectivización de los derechos contenidos en la Constitución.

Otro conflicto aparece, cuando exista una colisión entre principios, es decir que dos o más principios pudieren actuar respecto de determinada circunstancia y se contrapongan. Si fuere así, el autor Zárata (2007), en su análisis de la teoría de Alexis, afirma que un principio no debe descalificar ni invalidar a otro, sino que más bien deberá aplicarse la llamada ley del peso que contiene al famoso principio de ponderación.

Finalmente, con el surgimiento del neoconstitucionalismo, han surgido formas de aplicación, como son:

- **La identificación:** Aquí se determinará si una norma se constituye como una regla o un principio, reafirmando la característica de determinación de las reglas, e indeterminación de los principios (Guastini, 2011).
- **La interpretación:** Cuando se haya diferenciado que una norma es un principio, el siguiente paso será interpretarla, haciendo especial alusión a la interpretación judicial, que también es llamada como la auténtica y que no busca un significado desinteresado, sino que más bien, un significado correcto (Guastini, 2011).
- **La ponderación:** Para complementar la explicación de este tema, es importante manifestar que la ponderación bajo ningún concepto se encarga de conciliar o aplicar parcialmente dos principios, sino más bien que si existieren dos conflictos subsumibles a determinado supuesto, se deberá elegir uno de ellos de manera total. Esto no implica que todos los casos se resuelvan de dicha manera, sino

que dependerá del supuesto fáctico que se presente (Guastini, 2018).

- **La concretización:** Este procedimiento consiste en que a partir de un principio que se reputa como general, se pueda deducir de éste una especificación y así tutelar derechos. Por ejemplo, es necesario imaginar que el principio de tutela efectiva trae consigo varias ramificaciones y se debería evaluar de lo general a lo particular, como puede ser el no permitir que una persona presente una denuncia. Entonces un principio presenta un sin número de posibilidades, y es necesario escoger concretamente una de éstas, para aplicarlo adecuadamente (Guastini, 2018).

Análisis de Garantías Jurisdiccionales en legislación ecuatoriana.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos dos normas que regulan las Garantías Jurisdiccionales en el sistema de justicia, por un lado, tenemos a la norma suprema, es decir la Constitución de la República del Ecuador iniciando con el artículo 86 hasta el 94 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), y tenemos por último a la legislación Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional desde el artículo 6 en adelante (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). Estas normas como tal no definen el concepto de las garantías, sin embargo, describen los parámetros de procedibilidad, su clasificación y el ente competente para resolver las mismas.

Oyarte (2016), define las garantías como: unidades de amparo de derechos y estas son genéricas y jurisdiccionales, es decir que a través de estas se puede tutelar los derechos consagrados en la CRE, en el presente estudio, se desarrollará un análisis que comprende solo las garantías jurisdiccionales, estas son un mecanismo de defensa que, se hace efectivo frente al poder judicial. Por lo tanto, es necesario accionar cada una de ellas según corresponda el caso para que estas puedan tener validez y cumplan con su objetivo, lo que corresponde a la protección de los derechos fundamentales, entre estas garantías tenemos la acción extraordinaria de protección, acción por incumplimiento, hábeas data, hábeas corpus, acceso a la información pública, y acción de protección

La justicia constitucional está formada por: juzgados de primer nivel, Cortes Provinciales, Corte Nacional de Justicia y Corte Constitucional (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). Para esto, los jueces de primera instancia o nivel avocaran conocimiento y llegaran a su resolución de los procedimientos en los que se proponga el acceso a la información pública, la acción de protección, petición de medidas cautelares, hábeas corpus y hábeas data, para su propuesta deberán seguir las reglas de la competencia determinadas en la LOGJCC, en su artículo 7 y 167, para esto, la misma debe ser ofrecida en el lugar donde se causó el acto u descuido o donde se produzcan sus efectos (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009).

Por último, sería la Corte Provincial el ente que conocerá la apelación, en base a lo expresado en la CRE (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) artículo 86 nro. 3 y en concordancia con lo ordenado en la LOGJCC (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009), en su artículo 168, 169, con excepción de la acción de hábeas corpus en los casos de fuero. Por ende, en esta garantía, avocaría conocimiento por primera vez llegando a su resolución, siendo la Corte Nacional de Justicia el órgano que resuelva la apelación. Este último órgano judicial conocerá el hábeas corpus en caso de fuero. De este modo la Corte Constitucional conoce directamente y resuelve la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección.

Acción de protección

Procura tutelar los derechos humanos si estos se han quebrantado por omisión o acción, sin prohibición alguna (Quintana, 2020), a lo cual se puede agregar que también protege los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales y de forma general su excepción sería referente a los derechos que ya se encuentran consagrados por las demás garantías jurisdiccionales. Así lo podemos encontrar expresado en la CRE (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) en su articulado 88 y en la LOGJCC (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) en su artículo 39.

Esta acción jurisdiccional es un amparo de jerarquía constitucional, que se encuentra dispuesta para todas aquellas personas que consideren que se haya quebrantado las facultades establecidas en la norma

suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta es procedente cuando la justicia ordinaria no rinda las garantías correspondientes para velar por el entero cumplimiento de los derechos fundamentales (Ordóñez y Vázquez, 2021).

El máximo órgano de control constitucional, en sentencia Nro. 001-16-PJO-CC (Corte Constitucional del Ecuador, 2016), se refiere a ella como: un sistema judicial a la mano de toda persona, determinado en la Constitución con la finalidad de proteger y restituir los derechos que se hayan transgredido por algún funcionario público o persona natural o jurídica. Siendo estos derechos a modo general, aquellos que no se encuentran protegidos por las demás garantías jurisdiccionales.

En este sentido, la acción de protección es la garantía que tutela y restablece la vulneración de derechos constitucionales y tratados de derechos humanos, ratificado por el Estado Ecuatoriano de forma general. En particular, todos los derechos que no sean considerados o no se encuentren en el rango constitucional no podrán ser tutelados por esta vía y los ciudadanos tendrán que accionar la justicia ordinaria. Así también, no se podrá reclamar mediante esta acción los derechos protegidos por las demás garantías jurisdiccionales, como si un ciudadano es privado de su libertad la vía idónea para reclamar su libertad sería la acción de hábeas corpus y no la acción de protección.

Hábeas corpus

Protege por naturaleza la libertad y la integridad física de las personas privadas de su derecho a la libertad o en limitación de éste (Costaín, 2019). En tanto un ciudadano considere estar ilegalmente detenido y con ello, la vulneración de su derecho fundamental a la libertad, siempre que no se haya cumplido con el debido proceso según la normativa correspondiente al caso, este podrá accionar dicha garantía y ser restituida de forma inmediata su libertad. Sobre la competencia territorial de esta garantía debe ser planteada en el lugar donde se encuentra la persona privada de libertad y cuando no se tenga conocimiento la jueza o juez competente será el del domicilio del accionante (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009).

En la sentencia Nro. 002-18-PJO-C (Corte Constitucional del Ecuador, 2018), emitida por la Corte Constitucional, desarrolla quien es el órgano de administración de justicia competente para resolver este tipo de acción según el caso concreto. De este modo, queda signada las reglas de la competencia por los grados, de la siguiente forma: si la acción se interpone en contra de un proceso penal en el que tiene los efectos de una sentencia ejecutoriada, el juez de primer nivel será el competente, y; si en el proceso no se cuenta con sentencia ejecutoriada quien conocerá el problema jurídico será la Corte Provincial quien deberá resolver.

El autor Constaín (2019), expone el concepto de dos clases de hábeas corpus. Primero, el correctivo o reparador, este se lo interpone cuando la orden de privación de la libertad ha sido ejecutada, es decir que en la persona se encuentra restringido el derecho de la libertad. De hecho, este puede ser presentado durante o después de un proceso penal y no solo en proceso penal sino también en materia de alimentos por apremio personal. Segundo, el hábeas corpus preventivo, se acciona cuando ha sido girada una orden de detención o prisión preventiva y la persona continua en libertad, en razón de ello se entiende que esta no ha sido ejecutada.

En sentencia No. 253-20-JH/22 (Corte Constitucional del Ecuador, 2022), se estructura las clases del hábeas corpus, en base al objeto que este tenga y los derechos que se protegen. Para esto un hábeas corpus restaurativo, se propone para alcanzar la restitución del derecho a la libertad de un ciudadano que fue erróneamente privado de su libertad; restringido, se promueve cuando en el ejercicio de la libertad corporal o de traslado tiene percances de incomodidad, dificultad o alteraciones; correctivo, se impulsa para la tutela de los derechos constitucionales relacionados con la libertad, como la integridad física de una persona o el derecho a la vida; traslativo, corresponde el mismo si una persona está detenida incorrectamente o la resolución de quien tiene la competencia para resolver la situación de esta persona sufre retrasos sin motivos; instructivo, se acciona cuando sea imposible determinar el lugar en donde se encuentra privada de la libertad una persona o si la misma está desaparecida (Velastegui y López, 2023).

Habeas Data

Es la vigilancia que por derecho compete sobre la información de contenido personal intrínseca o no, con la finalidad de cuidar y preservar la identidad, dignidad y libertad (Molina y Pesantez, 2023). Con ello se entiende que cada ciudadano tiene el derecho de acceder, exigir y solicitar cualquier tipo de rectificación a la información personal de quien la requiere, siendo improcedente pedir información sobre terceros. De modo que, solo el dueño de la información podrá accionar esta garantía. Lo que es lógico y concordante con lo dispuesto en la CRE (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) y en la LOGJCC (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009).

En sentencia Nro. 1868-13-EP/20 (Corte Constitucional del Ecuador, 2020), la Corte, explica sobre la información que tutela la presente garantía y para ello expresa: son datos personales o informe de una persona o sobre sus bienes, estos yacen en entes públicos o privados y pueden ser de forma física o digital, mientras que en sentencia Nro. 2064-14-EP/21 (Corte Constitucional, 2021a), expone sobre los datos personales y estos constituyen cualquier tipo de información que corrobore la identificación o concibiendo su identificación personal, estas pueden pertenecer a cualquier actividad elaborada por una persona en su calidad de trabajador o actividad laboral.

En esta acción, la legitimación activa no es abierta a diferencia de la acción de protección, pues aquí corresponde esta facultad al dueño de la información, es decir a quien se le vulnera el derecho; ahora a quien le corresponde la legitimación pasiva es al Estado o a algún particular, y para la interposición de la misma debe existir una negación de la información que es requerida y se puede solicitar como reparación integral la entrega y rectificación de la información, así lo ha expresado la CRE (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) y LOGJCC (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009), en los artículos 92 y 49 al 50 correspondientemente.

La Corte Constitucional estableció un precedente jurisprudencial vinculante en la sentencia Nro. 001-14-PJO-CC (Corte Constitucional del Ecuador, 2014), en esta resolución determino que, las personas jurídicas podrán accionar la garantía de hábeas data y acceder

información personal de la misma y esta será entregada directamente al actor del proceso, teniendo en cuenta que para el presente caso debe ser su representante legal o legitimado quien inicie y a quien se le entregará la información correspondiente.

Acceso a la información pública

La presente acción adquiere el carácter de derecho fundamental con la creación de la CRE (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), esta se encuentra dispuesta en sus artículos 18 (numeral 2) y 91. A saber lo que regula es el acceso a la información generada por las instituciones públicas o privadas que operen con recursos públicos, siempre que la información no sea de carácter reservado.

La Corte Constitucional en sentencia Nro. 2366-18-EP/23 (Corte Constitucional del Ecuador, 2023). y en base a la legislación ecuatoriana, esto es la normativa de orden jerárquico orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en lo adelante, LOTAIP) (Ecuador. Asamblea Nacional, 2004), identifica 3 parámetros para reconocer que es información pública, como es: Se genera por parte del Estado; se encuentra bajo custodia de entidades del Estado; o Se generó con recursos estatales.

Cumpliendo de esta forma con el principio de publicidad, contenido en la LOTAIP (Ecuador. Asamblea Nacional, 2004), en su artículo 1, entendiéndose que toda información en poder de un trabajador público sin importar su jerarquía tiene la denominación de pública. En consecuencia, toda información requerida por una persona a un ente estatal debe ser entregada de forma inmediata, sin crear la necesidad de justificar el provecho o solicitud de esta, excepcionalmente de aquella información que de forma taxativa haya sido declarada confidencial según la ley de la materia. En este tipo de acción la parte pasiva es decir el accionado por su naturaleza es el Estado, para la procedibilidad tiene que concurrir una negativa expresa de la información que se solicita.

Acción por incumplimiento

La LOGJCC (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) establece que la presente acción ampara y protege la ejecución de las normas que

componen la legislación ecuatoriana. Este efecto se amplía para el cumplimiento de sentencias y decisiones de entidades que cuidan los derechos humanos. Dicho sea de paso, lo que hace referencia a la Corte Internacional de Derechos Humanos, es que se podrá interponer la misma cuando la obligación contenida en la norma, sentencia o decisión sea de hacer o no hacer.

La Corte Constitucional en sentencia Nro. 7-14-AN/21 (Corte Constitucional del Ecuador, 2021b), ha reconocido el objeto de la presente acción como: ley que incorpora el ordenamiento jurídico, actos administrativos de carácter general, y resoluciones, providencias de entidades internacionales de amparo de derechos constitucionales, que sujeten un deber o una obligación que puede ser de, no hacer o hacer y debe ser detallada de forma expresa, exigible y clara. De ahí que el ámbito de aplicación que ocupa esta garantía puede obedecer tanto a una naturaleza normativa e interna, como a una naturaleza jurisdiccional y supranacional. Es por aquello que el doctor Oyarte (2016), expresa que, su fin es ser una acción que le da operatividad al sistema normativo del Ecuador.

En sentencia Nro. 38-12-AN/19 (Corte Constitucional del Ecuador, 2019a), el máximo órgano de control constitucional explica la obligación de hacer y no hacer, estas se exponen cuando se manifiesta una conducta de abstención o actuación, por una de las partes, en base a lo expresado en la legislación vigente, por otro lado, la contraparte debe obtener el beneficio de lo dispuesto o en su defecto reclamar el acatamiento de la norma. También describe que esta obligación está compuesta por 3 elementos: 1. Sujeto activo (obligado a ejecutar); 2. El contenido de la obligación (norma); y, 3. El titular de los derechos (el sujeto pasivo).

Respecto a que la obligación sea clara, expresa y exigible, en base a los fallos de la Corte Constitucional tenemos, en sentencia Nro. 037-13-AN/19 (Corte Constitucional del Ecuador, 2019b), describe que, la obligación es clara cuando los componentes de la obligación de hacer o no hacer están definidos. En concreto la obligación no se puede prestar para una doble interpretación para que la misma pueda ser reconocida. Es expresa cuando está escrita de forma concreta y específica de modo

que la misma no dé lugar a ambigüedades en su comprensión y esta debe estar contenida en la norma, también debemos mencionar que, para que sea exigible, el tiempo o la circunstancia debe encontrarse vencida y no pendiente de vencer.

En base a lo manifestado en la LOGJCC (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009), en el artículo 54, como requisito previo de procedibilidad para quien sea el accionante, deberá reclamar o exigir el cumplimiento de una norma a quien deba compensarla. De modo que, este puede ser algún servidor público o particular, cuando este último realice funciones en nombre del Estado. Dicho esto, de no obtener respuesta alguna o de ser esta negativa por el reclamo y que se mantenga el incumplimiento por el término de 40 días, se podrá accionar la presente garantía.

Por último, en sentencia Nro. 001-10-PJO-CC (Corte Constitucional del Ecuador, 2010), la Corte Constitucional establece un precedente vinculante y con ello el surgimiento de la acción de incumplimiento como garantía jurisdiccional. A saber, esta tiene como finalidad la culminación y ejecución de las providencias (sentencias), que hayan sido dictadas en los procedimientos en materia constitucional incoados por garantías jurisdiccionales en el sistema normativo ecuatoriano, dejando de un lado las decisiones tomadas por el sistema de justicia no constitucional.

Acción Extraordinaria de Protección

En sentencia Nro. 2137-21-EP/21 (Corte Constitucional del Ecuador, 2021c), se expresa el objeto que debe cumplir esta acción, este es, asegurar la defensa de los derechos fundamentales en garantía del debido proceso que se han plasmado en sentencias, autos decisivos como también las resoluciones con fuerza de sentencia. Lo que es concordante con lo dispuesto en la CRE (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) y LOGJCC (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009), en sus artículos 94 y 58 según corresponde, por tanto, del manejo y control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional analizara y determinara la violación de derechos fundamentales. Oyarte (2017), en su obra Acción Extraordinaria de Protección, expresa que esta acción en base a la normativa vigente puede ser vista de dos formas; siendo así un medio por el cual se podrá impugnar las resoluciones del órgano de

justicia y otra que en realidad esta acción se constituya en un recurso ya que su interposición se resuelve por un proceso posterior.

Zavala (2012), la define como un mecanismo secundario, una clase de reparación en el proceso que consiente en el restablecimiento de los derechos constitucionales quebrantados por los órganos de justicia, este procede en contra de sentencias o resoluciones ejecutoriadas. Es decir que, una vez más se entiende y se corrobora que la finalidad de la presente acción es garantizar los derechos declarados en la CRE (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), cuando existe la vulneración de los mismos en las decisiones emitidas por las y los jueces en sus sentencias o resoluciones con fuerza de ley, y que de aquellas no cabe recurso ordinario o extraordinario alguno en la justicia ordinaria para su tutela.

Con respecto a la procedibilidad de la misma como ya se ha venido mencionando en el desarrollo de esta investigación, la sentencia contra la que se proponga la presente garantía debe tener el efecto de cosa juzgada. Así, se cuenta con 20 días término a partir la notificación de la decisión del juzgador para que las partes procesales pueden hacer uso de esta facultad (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009). Sin embargo, para aquellas personas que debieron ser parte, correrá el tiempo a partir de que esta haya asumido conocimiento de la decisión judicial.

La interposición de esta garantía según Oyarte (2017), puede derivar por la acción u omisión en la que se presente la violación de algún derecho constitucional. Hay que aclarar que las sentencias emitidas por los jueces son los actos de impugnación, pues sin ellos no habría vía para interponer dicho recurso. La acción que comenten los jueces al momento de materializar la vulneración de derechos fundamentales se refleja en la toma de sus decisiones y que, expresada en la sentencia, por último, se trata de omisión cuando el juzgador no acata los elementos o requerimientos que dispone la legislación ecuatoriana para la resolución de un problema, como es el derecho a la motivación con el que cuenta cada persona.

En la presente acción la legitimación activa es cerrada, pues corresponde la interposición solo a las personas naturales o jurídicas, que pudieron ser o fueron parte procesal en una causa por sí misma

o por su representante legal. Por otra parte, la legitimación pasiva, considerando que esta garantía es una acción y no un recurso, le corresponde a la jueza o juez que determino la sentencia, dejando de un lado a la contraparte del proceso principal (Oyarte, 2017). Es entendible que el accionado sea el juzgador pues lo que se busca es garantizar que las decisiones del poder judicial sean tomadas con estricto cumplimiento y apego a normativa vigente, siendo el juzgador quien la redacta y toma en un caso en concreto.

La transición que se dio entre el Estado de Derecho al Estado de Derechos, fue el mayor logro en el mundo jurídico, ya que, el mundo cambia constantemente y a pesar de que los derechos son los mismos, no se puede seguir aplicando técnicas del pasado, lo que era bueno antes, no lo es en la actualidad. Del mismo modo, se logró un nuevo periodo para la Constitución, donde se valora y prioriza lo escrito.

Neoconstitucionalismo, es definición de una nueva perspectiva de Estado, donde se practica el principio de Supremacía Constitucional, y se busca con esto, la correcta distinción entre las terminológicas de reglas, principios y normas. Y así mismo, se encarga de velar y garantizar los derechos más favorables para el ser humano, sin dejar de lado, la función más crucial de los jueces, que es, dictar sentencias motivadas correctamente.

Los principios constitucionales, son instituciones jurídicas que antes de la constitución del 2008 de Montecristi en Ecuador, no tenían un peso importante, incluso llegando a considerarse como letra muerta en ciertas ocasiones a causa del Estado de Derecho. Con el surgimiento del Neoconstitucionalismo y el Estado de Derechos, los administradores de justicia adquieren la responsabilidad de la ampliación de derechos, es decir no tomar en consideración únicamente el rígido derecho positivo, sino también aplicar los principios a los hechos fácticos que se pongan a su conocimiento en base a principios, por ejemplo, el de ponderación, de favorabilidad, entre otros. Es así que, se puede concluir que los principios adquieren el carácter de metanorma, prevaleciendo por sobre las reglas, y de supernorma, es decir que podrán gozar de un carácter correctivo, respecto a reglas presentes en la legislación vigente que restrinjan derechos.

Las garantías jurisdiccionales determinadas en la Constitución de la República del Ecuador tienen la finalidad de tutelar los derechos fundamentales dispuestos en esta, estas pueden accionarse en todo momento que estos derechos sean vulnerados, restaurando aquellos con tal celeridad y eficiencia, garantizando el debido cumplimiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de derechos supraconstitucional, así podemos encontrar por ejemplo la acción de hábeas corpus, misma que garantiza el derecho a la libertad y todos aquellos que sean conexos al mismo, como es el derecho a la vida o a la salud, la acción de hábeas data, este protege el derecho a los datos personales, identidad y la a la protección de los datos personales, siendo la acción de protección la única garantía que ampara y repara todos aquellos derechos constitucionales que no son protegidos por las otras acciones jurisdiccionales.

En el presente texto se han alcanzado diversos resultados, entre los que se encuentran que el Neoconstitucionalismo no se basa como una corriente legalista, sino que busca que los derechos fundamentales se conviertan en la parte medular de la interpretación y aplicación de la ley; gracias a aquello, los jueces no estarán atados de manos al momento de la ampliación de derechos en los casos en los cuales avoquen conocimiento. En virtud de aquello, los jueces pueden hacer alusión a principios contenidos en la ley, y si los mismos no presentan un supuesto específico respecto de su aplicación, esto en vez de limitarlos, les da un margen de acción mucho mayor.

Adicionalmente el legislador, gracias al neoconstitucionalismo que surge en la Constitución de Montecristi del año 2008, adiciona garantías jurisdiccionales que se constituyen como unidades de amparo de los derechos consagrados en la mencionada constitución. Dichas garantías jurisdiccionales son acción extraordinaria de protección, acción por incumplimiento, hábeas data, hábeas corpus, acceso a la información pública, y acción de protección, cuyo margen de procedibilidad y requisitos se encuentran previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (1985). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales. https://www.academia.edu/download/61078381/Alexy_Robert_-_Teoria_De_Los_Derechos_Fundamentales20191031-116619-1l18xcu.pdf
- Ávila, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado Constitucional de derechos y justicia. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 775-793. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/58431>
- Ávila, R. (2011). *El Neoconstitucionalismo Transformador El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Universidad Andina Simón Bolívar .
- Ávila, R. (2012). Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. _
- Cárdenas, J. (2018). La argumentación como Derecho. Unam.
- Celi, I. (2017). *Neoconstitucionalismo en Ecuador ¿Judicialización de la política o politización de la justicia?* Corporacion Editora Nacional.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, (16), 89-112. _
- Corte Constitucional del Ecuador. (2010). Sentencia No. 001-10-PJO-CC. Caso No. 0999-09-JP. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUyMDIz-JywgdxVpZDonOGM0MjU1NDYtMDNlZS00MzA2LTkwZTYtOTNmY-jU5M2VIODFiLnBkZid9
- Corte Constitucional del Ecuador. (2014). Sentencia No. 001-14-PJO-CC. Caso No. 0067-11-JD. <https://www.coronelyperez.com/wp-content/uploads/2019/10/5.-Habeas-Data-jurisprudencia-vinculante.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2016). Sentencia No. 001-16-PJO-CC. Caso No. 0530-10-JP. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/559dec35-c4d6-443f-843c-1e12c5f01ca4/SENTENCIA%20-%200530-10-JP.pdf>

- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). Sentencia No. 002-18-PJO-CC. Caso No. 0260-15-JH. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/SENTENCIA002-18-PJO-CC.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019a). Sentencia No. 38-12-AN/19. Caso No. 38-12-EP. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3f92c62-1cbf-4881-8023-a622fdd3e386/0038-12-ep-sen-razon.pdf?guest=true>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019b). Sentencia No. 037-13-AN/19. Caso No. 37-13-AN. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUyMDIz-JywgdxVpZDonMzhmNGRkY2YtNDcwMi00NmQ1LTIkNDItZmE1M-zA0YmQyN2Q3LnBkZid9
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 1868-13-EP/20. Caso No. 1868-13-EP. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicyNzE4ZjIjZC1hZjU4LTQxMTItYjBkYi01MjVIYmUwNDU2Zjgu-cGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021a). Sentencia No. 2064-14-EP/21. Caso No. 2064-14-EP. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1MDM5NmI5Ny1hZmFiLTQ1OWEtYWRIc1jNjdm-NzM1NTMzYjAucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021b). Sentencia No. 7-14-AN/21. Caso No. 7-14-AN. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicxNDg1OTJjYy1iZDg5LTQ0YTktOGI4Yi05YWVlOWUwYzRkMWQu-cGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021c). Sentencia No. 2137-21-EP/21. Caso No. 2137-21-EP. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1NDZmMjFkOC00Y2MwLTQwMWQtOGM5Ni01MTU-2YWY2ZmVjZWEucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (2022). Sentencia No. 253-20-JH/22. Caso No. 253-20-JH. <http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/sto->

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic3ZmMxMjVmMi1iMzZkLTRkZDQtYTM2NC1kOGNiMwIwYW-ViMWMucGRmJ30=

Corte Constitucional del Ecuador. (2023). Sentencia No. 2366-18-EP/23. Caso No. 2366-18-EP. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidmNDcyMTQyNy02MzJhLTQwNzAtODFkOC1iYWwRjN-zE3N2E4NmYucGRmJ30=

Costaín, M. (2019). Garantías Jurisdiccionales en el Ecuador. Colloquium.

Echeverría, J. (2018). Neoconstitucionalismo y operación constituyente en América Latina: el caso de Ecuador. *Cultura Jurídica*, 21, 125-143. _

Ecuador. Asamblea Constituyente. (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1998.pdf

Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial 449. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf

Ecuador. Asamblea Nacional. (1971). *Código Penal*. <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/03/CODIGO-PENAL.pdf>

Ecuador. Asamblea Nacional. (2004). Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ley 24 Registro Oficial Suplemento 337. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cpccs_22_ley_org_tran_acc_inf_pub.pdf

Ecuador. Asamblea Nacional. (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.52. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/3369>

- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro oficial 180. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_con_judic%C3%B3rg_int_pen.pdf
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, 34, 15-53. _
- Guastini, R. (2011). Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Interpretare e argomentare. Giuffrè Editore. _
- Guastini, R. (2018). Aplicar principios constitucionales. *Revista Derecho*, 3(1), 11-22.
- Medinaceli, G. (2013). La aplicación directa de la Constitución. Corporación Editora Nacional. _
- Molina, Y., & Pesantez, R. (2023). El Habeas Data Correctivo y su aplicación en el Ecuador. *Polo del Conocimiento Revista Científico-Académica Multidisciplinaria*, 8(2), 470-484.
- Ordóñez, M., & Vázquez, J. (2021). La seguridad jurídica en la acción de protección, un estudio desde el Ecuador. *Revista Científica FIPCAEC (Fomento De La investigación Y publicación científico-técnica multidisciplinaria)*, 6(3), 531-552.
- Oyarte, R. (2016). Debido Proceso. Corporación de estudios y publicaciones.
- Oyarte, R. (2017). Acción Extraordinaria de Protección. Corporación de estudios y publicaciones.
- Quintana, I. (2020). La acción de protección. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Romero, S. (2011). Teoría de los principios. *Revista Ius et Praxis*, 19(1), 397 - 400. _
- Rosario-Rodríguez, M. F. D. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Díkaión*, 20(1), 97-117. _

- Toledo, I. (2019). Neoconstitucionalismo utópico en Ecuador. *Estudios Latinoamericanos*, (44-45), 89-102.
- Torres, J., & Chávez, J. (2022). El neoconstitucionalismo: orígenes, desarrollo y su importancia dentro del Ecuador como estado constitucional de derechos. *Polo del Conocimiento*, 7(9), 1783-1800.
- Vázquez Ro, C. G. (2021). Principios constitucionales. *Vida Científica Boletín Científico De La Escuela Preparatoria No. 4*, 9(17), 19-20.
- Velastegui, R., & López, D. (2023). El alcance de la garantía del habeas corpus en el Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(1), 6094-6116.
- Zárate, A. (2007). Teoría de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales* (17), 365 - 375. _
- Zavala Egas, J. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Edilex S.A.



Fundamentos dogmáticos en las nuevas propuestas constitucionales; contraste entre Ecuador, Colombia y Perú

Jackson Vicente Condolo Acaro¹

Enrique David Luzuriaga Muñoz²

Ricardo José Ruiz Mantilla¹

¹ Universidad Metropolitana sede Machala. Ecuador.

² Universidad Técnica Particular de Loja. Ecuador.

En los últimos años, dentro de la academia, legislación y discusión jurídica latinoamericana, han surgido reflexiones en torno a las reformas constitucionales de las normas supremas de algunos países, tales como Ecuador, Colombia y Perú. Es de debate doctrinario que estas transformaciones, han traído consigo el surgimiento de un nuevo fenómeno jurídico, que ha sido denominado por algunos como “neoconstitucionalismo” y por otros como “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” (Benavides, 2016).

Pese a que frecuentemente se utilizan estos conceptos como sinónimos, algunos autores han evidenciado que el concepto del nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene implicaciones más radicales que el “neoconstitucionalismo”, debido a que entre sus innovaciones se encuentran la inclusión de los derechos de la naturaleza, la ciudadanía universal y la inclusión de mecanismos de democracia participativa (Yáñez y Mila, 2020). Refieren también los citados autores:

Que el concepto “neoconstitucionalismo” es más propio aplicarlo para explicitar la realidad constitucional de Europa de la postguerra, donde se implementaron nuevas Constituciones, entre las que se destacan: la de Italia de 1947, Alemania de 1949, Portugal 1976 y España 1978. (Yáñez y Mila, 2020, p. 147)

Por su parte, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, es propio de las sociedades, en su mayoría de la comunidad Andina. Esta diferencia conceptual, sin embargo, nos permite explicar las diferencias existentes entre distintos procesos constitucionales, tales como el de Perú, Colombia y Ecuador. Estas diferencias no solo se ven marcadas por los procesos políticos que impulsaron las constituciones vigentes en cada uno de estos países, sino, por que responden a fundamentos teóricos relativamente diferentes. Podremos decir que, mientras la Constitución del Ecuador del 2008 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) es parte de lo que se conoce como el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la Constitución de Perú de 1993 (Perú. Congreso Constituyente Democrático, 1993) aprobada durante el gobierno autoritario de Fujimori, responde más bien a un paradigma “neoconstitucionalista”.

Por otro lado, nos encontramos con la Constitución de Colombia de 1991 (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991) la que, si bien se puede pensar como parte del paradigma neoconstitucional, el trabajo que ha realizado la Corte Constitucional de Colombia y su notable prestigio dentro de la expedición de sentencias novedosas, nos permite posicionar la realidad constitucional de este país dentro de un punto medio, es decir, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Por lo tanto, en el presente trabajo, analizaremos en un primer momento, la historia del constitucionalismo latinoamericano, para vislumbrar los elementos comunes existentes en todos los periodos constitucionales de la región. Una vez hecho esto, procederemos a analizar los conceptos del neo constitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano para percibir las semejanzas y diferencias que existen entre ambas categorías. Por último, estudiaremos la realidad constitucional de los tres países antes mencionados: Ecuador, Colombia y Perú, para hacer una comparación crítica, entre la realidad constitucional de estos tres países.

Creemos que esta reflexión es importante, tomando en consideración que, en la actualidad, países latinoamericanos como Chile, han tratado de desarrollar procesos constituyentes, por lo que se vuelve

necesario analizar y debatir sobre los fundamentos teóricos del constitucionalismo latinoamericano, tanto sus semejanzas como sus diferencias. Consecuentemente, para efecto de este estudio, es importante acudir al análisis cualitativo, descriptivo y crítico, respecto de los postulados teóricos y jurídicos del neo constitucionalismo, verificando y contrastando las propuestas constitucionales de Ecuador, Perú y Colombia, países que nos hemos planteado analizar y presentar en este debate.

Breve historia del constitucionalismo latinoamericano

Más allá de los antecedentes teóricos antes expuestos, es evidente que, en las últimas décadas, sobre todo desde la promulgación de la Constitución de Colombia de 1991 y el surgimiento de la Corte Constitucional Colombiana (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991) se han presentado algunas transformaciones dentro de la práctica jurídica y la realidad constitucional. Sin embargo, pese a que muchos autores latinoamericanos han aplaudido fervientemente estas transformaciones, algunos autores como Gargarella (2018), han expresado que no existen transformaciones profundas entre el viejo constitucionalismo latinoamericano y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Para evidenciar esto, el autor recurre a la clásica división de la Constitución, entre su aspecto orgánico, que se relaciona con la forma en cómo la carta magna configura el poder político y la parte dogmática, que se relaciona con los principios y derechos fundamentales que son recogidos por este corpus normativo. Si bien es cierto, asevera el autor, ha existido una transformación significativa en el aspecto dogmático de las constituciones, en el aspecto orgánico las transformaciones han sido insignificantes. Para fundamentar lo antes mencionado Gargarella (2018), clasifica la historia constitucional de Latinoamérica de la siguiente manera:

i) el constitucionalismo “experimental”, particularmente preocupado por la consolidación de la independencia (1810-1850); ii) el “fundacional”, interesado, sobre todo, en la consolidación económica (1850-1917); iii) el “social”, orientado a recuperar la olvidada “cuestión social” (1917-1980) y; iv) el de los derechos humanos, dirigidos a sanear la crisis de derechos humanos propia de la década del 1970 (1980-2000). (p. 110)

Cada uno de estos períodos tiene sus especificidades históricas e ideológicas. En el caso del periodo experimental, este se caracteriza por emerger dentro del proceso de independencia en Latinoamérica. Se denomina de esta manera, ya que es el periodo de mayor innovación tanto jurídica como política, dentro de los nacientes Estados Latinoamericanos. *“En dicho período, las propuestas constitucionales que se pusieron en juego fueron más ambiciosas, imaginativas y diversas de lo que resultarían después”*. (Gargarella, 2018, p. 121)

Por su parte, el periodo fundacional se caracteriza por la alianza entre liberales y conservadores, quienes hasta ese momento se habían enfrentado cruentamente por imponer cada una de estas ideologías, su visión de la política y del derecho. Dentro de este periodo se implementó un esquema constitucional más definido, que se caracterizó por la ejecución de un *“esquema de frenos y contrapesos o balances y contrabalances, finalmente desbalanceado, hacia el ejecutivo, que implicaba una parcial superposición entre las demandas de los liberales (al estilo norteamericano) y los conservadores (un sistema organizado en torno al Poder Ejecutivo)”* (Gargarella, 2018, p. 112). De esta manera, se consolidan las tres clásicas funciones del Estado, se implementan dentro de la Carta Magna algunos derechos liberales de primera generación y se organiza el poder político del Estado en torno a la figura del presidente de la República, representante de la Función Ejecutiva.

A partir de aquí, más sectores de la sociedad empiezan a gozar del derecho al voto, así como tienen la capacidad de ser elegidos a cargos públicos. En esta dirección, se promulga la Constitución de México de 1917 que se caracterizó por ser la primera Constitución del mundo en implementar dentro de su corpus, derechos sociales y económicos.

Gargarella (2018), expresa que *“si la Constitución de 1917 sorprende, es por el enorme cambio que impuso en materia de derechos”* (p. 114). Estos dos períodos marcan la identidad del constitucionalismo latinoamericano que se ha caracterizado por contener dentro de su parte orgánica una estructura hiperpresidencialista, que organiza el sistema de balances y contrapesos a favor de la función ejecutiva y, una extensa carta de derechos, que van desde los clásicos derechos

civiles y políticos, denominados también derechos de primera generación, hasta los derechos de la naturaleza, como en el caso de las constituciones de Ecuador y Bolivia por ejemplo.

Respecto al cuarto periodo constitucional, también denominado como el nuevo constitucionalismo latinoamericano (Gargarella, 2018), no ve cambios significativos respecto a los periodos anteriores. Según lo dicho por el autor: La parte orgánica no presenta cambios suficientes, puesto que el poder sigue estando centralizado política y administrativamente y la parte dogmática con la abundante proclamación de derechos constitucionales sin manera de garantizar económicamente (Gargarella, 2019). Respecto a esto, cabe mencionar que el autor matiza su enunciado aseverando que no implica que el nuevo constitucionalismo latinoamericano no haya realizado ningún aporte y cambio significativo dentro de la comprensión y la práctica constitucional, sin embargo, las estructuras consolidadas por los periodos anteriores, siguen estando vigentes en la actualidad.

Otros autores refieren que el nacimiento del constitucionalismo latinoamericano, se debe también, a la aplicación del derecho convencional, es decir, a los convenios y tratados internacionales que el Ecuador y otros países latinos acertadamente han firmado y ratificado, es decir, que los contenidos de las constituciones latinoamericanas se nutren de los fundamentos de dichos instrumentos internacionales, así también, por el nacimiento de la justicia constitucional con órganos especializados como por ejemplo la Corte Constitucional ecuatoriana o el Tribunal Constitucional de Colombia (Medina & Valarezo, 2021).

Hasta este momento nos hemos enfocado en los aspectos comunes que existen entre los periodos constitucionales latinoamericanos, sin embargo, es pertinente analizar lo nuevo de este periodo constitucional, ya que, pese a las continuidades respecto al pasado, tiene algunos aspectos novedosos que marcan la diferencia con respecto al pasado.

Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Neoconstitucionalismo

Pese a que generalmente estos dos conceptos son utilizados como sinónimos, cabe recalcar que dentro de la academia latinoamericana

se han esbozado diferencias entre el neoconstitucionalismo, precisando que su origen se encuentra en Europa de la posguerra. Además, es importante realizar estas diferencias, ya que nos permitirá tener una visión más global y a la vez focalizada de las reformas constitucionales en América Latina, sobre todo de los países que en este trabajo nos interesa analizar. Al respecto, debemos señalar que el neoconstitucionalismo no es un concepto claro y definido. Dentro de esta categoría se engloban un sinnúmero de reflexiones, en relación al derecho constitucional, las constituciones, los derechos fundamentales, los derechos humanos, la estructura del derecho, entre otras.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, donde surgieron procesos totalitarios en sociedades que se habían caracterizado por ser de alguna manera “ilustradas” y “liberales”, tales como Alemania e Italia; surgió la voluntad política orientada a la promulgación de Constituciones rígidas, con una carta de derechos relativamente extensiva cuya finalidad fue la limitación sustancial de la voluntad mayoritaria, a través de la creación de organismos jurisdiccionales con la capacidad de realizar control de constitucionalidad de los actos normativos y administrativos de las demás órganos del Estado. En esta dirección se promulgó la Constitución de la República Federal Alemana en 1949 (Alemania. Consejo Parlamentario, 1949) y la Constitución de Italia en 1947 (Italia. Asamblea Constituyente, 1947) Lo novedoso de estos procesos constituyentes fue que se crearon organismos de control constitucional. Así tenemos, en Alemania el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y la Corte Constitucional en Italia. Estos procesos, a su vez, influenciaron los procesos constituyentes en España de 1978 y Portugal de 1976 que surgieron al finalizar las dictaduras instauradas en ambas Repúblicas (García, 2008).

Ahora bien, en el aspecto teórico, empezaron a surgir reflexiones en torno a la estructura de las normas jurídicas. En este sentido, Robert Alexy jugó un papel preponderante. El autor, siguiendo la clasificación realizada por el teórico Ronald Dworkin, asevera que el derecho está compuesto por un conjunto de reglas y principios. Mientras que las reglas se caracterizan por ser concluyentes y erigirse sobre la lógica del todo o nada; los principios son mandatos de optimización, que contienen sobre todo valores y que pueden colisionar eventualmente.

Debido a que estos principios se encuentran mayoritariamente dentro de las constituciones, gozan de la misma jerarquía, por lo que no pueden ser resueltos en base a los clásicos métodos de resolución de antinomias, método que cabe recalcar, es efectivo para la resolución de conflictos entre reglas, pero que resultan ineficaces al tratarse de principios. Frente a esto, el autor propone el método de la ponderación, que es un conjunto de procedimientos destinados a la resolución de conflictos entre principios (García, 2008).

Dicho esto, y asumiendo que el “neoconstitucionalismo” no es una teoría coherente ni definitiva, diremos que este se caracteriza por la defensa de los siguientes postulados, que se encuentran en mayor medida en los autores que se engloba dentro de este concepto, así por ejemplo el autor (García, 2008), analiza algunos puntos que refiere en su obra *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, y que en razón de este estudio los resumimos en siete que son:

1. Desde el punto de vista histórico, estas posturas se caracterizan por defender la presencia, dentro de las constituciones contemporáneas, de las cláusulas de derechos fundamentales que se encuentran al interior de estos corpus normativos. Cláusulas que son de carácter esencialmente valorativo, ya que hacen referencia a valores morales constitucionalizados.
2. Esta parte axiológica presente de las constituciones modernas son objetivas y plenamente cognoscibles.
3. El punto dos implica que los jueces, en general, y los tribunales constitucionales, en particular, tienen la capacidad de acceder al contenido de dichos valores y, por ende, tener una respuesta correcta o bastante aproximada a la verdad, dentro de cada caso que se le presenten en sus despachos.
4. Esto implica que la discrecionalidad judicial no existe, perspectiva que defienden autores como Ronald Dworkin, o existe, pero sólo en reducidos casos en los que, debido a los contextos y circunstancias, se presenta un empate valórico entre los derechos y/o principios en pugna, tal y como lo defiende Robert Alexy.

5. La colisión entre principios de igual jerarquía no se resuelve en base a los métodos tradicionales de resolución de antinomias, que son propios para resolver el choque entre reglas. El método en este caso es la ponderación.
6. El derecho es un sistema compuesto tanto por reglas como por principios. Las reglas responden a la lógica del todo o nada, los principios, por otro lado, son mandatos de optimización que pueden entrar eventualmente en colisión con otros principios. En estos casos, como ya aseveramos en el punto anterior, el juez debe aplicar el método de la ponderación.
7. Se pone énfasis en el aspecto argumentativo de los jueces, ya que no basta solo con enunciar los principios sobre los que se basan sus decisiones, sino que es necesario motivar sus sentencias. (p.15)

En definitiva, podemos señalar que estamos frente al neo constitucionalismo cuando, se infiere a “una nueva visión del derecho en la cual, la Constitución tiende a tener una connotación mucho más avanzada”. Es decir, donde encontramos determinados nuevos derechos, como, por ejemplo, lo que sucede en el constitucionalismo ecuatoriano donde se ha establecido que la naturaleza es sujeta de derechos (Torres, 2022).

Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

A finales del siglo XX y principios del siglo XXI un fenómeno político, que se denominó “socialismo del siglo XXI” empieza a surgir en ciertos países de América Latina, tales como Venezuela con Hugo Chávez, Ecuador con Rafael Correa y Bolivia con Evo Morales. Este proceso social y político, que surge de una crisis política e institucional en los países antes mencionados, desembocó en procesos constituyentes cuyo resultado fue la Constitución de Venezuela de 1999, la Constitución de Ecuador del 2008 Asamblea Nacional Constituyente, 2008, la Constitución de Bolivia del 2009 (Bolivia. Asamblea Nacional Constituyente, 2009), la Constitución de Colombia de 1991 (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991) y la Constitución de Perú de 1993 (Perú. Congreso Constituyente Democrático, 1993). Estas cartas

políticas traen consigo algunas novedades, sobre todo la ecuatoriana y la boliviana, que algunos académicos, sobre todo vinculados al espectro de la izquierda política, empiezan a enunciar dichos procesos como parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Este panorama constitucional surge en contraposición al neoconstitucionalismo que, si bien, aseveran los autores, tiene influencias dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano, este último no se puede reducir al primero, ya que lo sobrepasa en algunos aspectos. Entre las diferencias que enuncian autores como Avila (2011), entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano se encuentran las siguientes particularidades: “1) *Expansión de derechos*; 2) *Control de constitucionalidad mixto*; 3) *redimensionamiento del Estado*; 4) *constitucionalismo económico*; 5) *el hiperpresidencialismo*” (p. 60). A continuación, desde nuestra perspectiva intentaremos desarrollar cada uno de estos puntos, ya que nos parecen importantes para la comprensión de la problemática que nos interesa analizar.

Expansión de derechos

Las constituciones que se enmarcan dentro de esta categoría, sobre todo la ecuatoriana y boliviana, se caracterizan por tener una amplia gama de derechos, al punto de reconocer no sólo los derechos de tercera generación, donde encontramos derechos tales como la autodeterminación de los pueblos, el derecho a la identidad, derecho a la cultura, derecho al patrimonio histórico, etc.; sino también, los derechos de la naturaleza, que cabe mencionar que han causado mucha polémica dentro de la academia, debido a que reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, sobrepasa la denotación de este concepto.

Asimismo, estas constituciones tienen un fuerte compromiso con los grupos históricamente excluidos, llegando a establecer dentro de su contenido, una suerte de pluralismo jurídico, tal y como lo hace la Constitución del Ecuador, al reconocer a la justicia indígena como un procedimiento judicial legítimo. Por otro lado, se reconoce al derecho internacional como fuente del derecho, llegando a establecer que incluso se encuentra por encima de la Constitución en el caso de que

éstos garanticen de una mejor manera los derechos fundamentales establecidos en su parte dogmática.

Control de Constitucionalidad por parte de todos los jueces

A diferencia de las Constituciones Europeas que se enmarcan de lo que anteriormente describimos como neoconstitucionalismo, que establecen un control de constitucionalidad concentrado, mediante el cual una institución, que ha sido denominada Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, tiene la potestad absoluta de dictaminar si una norma jurídica jerárquicamente inferior es o no constitucional; en el caso de las constituciones que se enmarcan dentro del Nuevo constitucionalismo Latinoamericano, NCL, estas establecen un control de constitucionalidad mixto.

Es decir, estas cartas magnas se encuentran influenciadas tanto por el modelo de control de constitucional europeo, que como lo describimos anteriormente es concentrado y lo ejerce únicamente un órgano jurisdiccional; así como la influencia del control de constitucionalidad norteamericano, que se caracteriza por ser difuso y, por ende, puede ser ejercido por cualquier juez que considere que dentro de un caso existe un problema de constitucionalidad. En este sentido, el control de constitucionalidad mixto adapta ambos modelos al crear un órgano con la potestad y competencia de invalidar normas jurídicas que son contrarias a la Constitución y, a su vez, les otorga a los jueces ordinarios la potestad de conocer casos constitucionales, tal y como lo hace la Constitución del Ecuador con la garantía jurisdiccional denominada, acción de protección.

Redimensionamiento del Estado

Para, Ávila (2011), el histórico debate entre el liberalismo, que propone un modelo de Estado mínimo, y el socialismo, que propone un modelo de Estado fuerte y controlador, queda resuelto en las constituciones latinoamericanas. Esto se debe a que, dentro de este modelo constitucional, se establece que el Estado debe ser el garante de un sinnúmero de derechos, que no solo se realizan mediante la obligación de “no hacer”, sino que necesitan de un entramado institucional y de

recursos para poder ser efectivos. Pensemos en el derecho a la salud, por ejemplo, que se encuentra garantizado en la Constitución del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En este caso, para que todos los ciudadanos ecuatorianos y los extranjeros, tengan la posibilidad de acceder al derecho a la salud, es necesaria la existencia de hospitales, medicamentos, políticas públicas de salud, personal médico, entre otras. Esto requiere de una inversión fuerte del Estado, la cual, si no fuera un derecho constitucionalmente garantizado, dependería de la voluntad política de los gobernantes. Por esta razón, los derechos establecidos en las constituciones tienen que satisfacerse, aunque esto no traiga ningún tipo de rentabilidad económica a las partes que intervienen dentro de su satisfacción.

Constitutionalismo económico

Las sociedades latinoamericanas se han caracterizado por ser desiguales, inequitativas, coloniales y patriarcales (Ávila, 2011). Ante esta realidad, algunos modelos constitucionales han adoptado regímenes de desarrollo económicos direccionados a conseguir la igualdad y la equidad. En este sentido, las constituciones que forman parte del NCL no sólo contienen una amplia carta de derechos, sino también, objetivos económicos y de desarrollo, encaminados a la búsqueda de una sociedad más igualitaria y a reparar a los sujetos que han sido históricamente excluidos, tales como los pueblos y nacionalidades indígenas, los pueblos afrodescendientes, la comunidad LGBTIQ+, por ende, todos aquellos grupos que la propia Constitución ecuatoriana denomina grupos de atención prioritaria y que gozan de una protección especial.

Hiperpresidencialismo

Las constituciones que forman parte de esta tendencia, presentan dentro de su parte orgánica una fuerte inclinación hacia el presidencialismo, otorgando capacidades excepcionales a la Función Ejecutiva. *“El presidencialismo se manifiesta en la elaboración y ejecución del presupuesto del Estado, en la planificación, en la iniciativa legislativa, en el veto, en las atribuciones constitucionales, en la representación*

internacional, en el manejo de la fuerza pública, entre otras” (Ávila, 2011, p. 72).

Esto ha llevado consigo a que algunos teóricos, tales como Carlos Nino, denominaran a este tipo de fenómenos como hiperpresidencialismo, debido a que son modelos políticos que otorgan funciones excesivas al Ejecutivo, lo que podría traer consigo el surgimiento de procesos autoritarios y peligrosos para los derechos de libertad de los ciudadanos.

Críticas al neoconstitucionalismo y al nuevo constitucionalismo latinoamericano

Antes de continuar con el desarrollo de nuestra disertación, es imprescindible traer a colación alguna de las críticas más significativas que se han realizado a estas corrientes teóricas. Cabe mencionar que nosotros consideramos que, si bien es cierto, existen diferencias significativas entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, los presupuestos básicos de ambas teóricas son similares y guardan muchas analogías.

Así, por ejemplo, el Nuevo constitucionalismo Latinoamericano, no rechaza los postulados del neoconstitucionalismo, solo los radicaliza, desde el punto de vista político y los adapta a un discurso ligado a la izquierda política, en contraposición al liberalismo igualitario que es la postura política de la mayoría de autores a los cuales adscriben al neoconstitucionalismo. En todo caso, primero partiremos de las principales críticas que se han realizado al neoconstitucionalismo para continuar con las críticas que se han realizado al NCL. Esto lo haremos para contrastar posiciones y vislumbrar que estas teorías no se encuentran absolutamente aceptadas dentro de la academia, sino que también, tienen opositores que no necesariamente se enmarcan en el espectro del conservadurismo político y el positivismo jurídico.

Existen algunas críticas a esta corriente teórica, pero aquí solo nos enfocaremos en tres debido a que las consideramos las más trascendentes. La primera de ellas es la crítica filosófica y epistemológica, que cuestiona la posibilidad de alcanzar una suerte de objetivismo moral derivado de los enunciados puramente constitucionales (García-Amado, 2008). La segunda se relaciona con una suerte de elitismo

político y social, debido a que para esta postura los únicos sujetos capaces de alcanzar la verdad objetiva plasmada en los principios constitucionales, son los jueces en general, y los jueces constitucionales en específico. De esta manera, la potestad de indagar sobre aquellos valores objetivos es la función que menos legitimidad democrática posee. Cabe mencionar que, en la mayoría de países, salvo ciertas excepciones como Bolivia, los jueces son elegidos mediante procesos que no se relacionan con la voluntad popular. De esta manera, la capacidad de indagar sobre el sentido de los principios últimos que rigen la sociedad, recae sobre funcionarios especializados que poco o nada tienen que ver con lo que la voluntad general quiere, necesita y desea. La tercera crítica, se relaciona con la objetividad del método de ponderación para resolver conflictos entre principios. Por lo tanto, a continuación, indagaremos brevemente en cada una de estas críticas.

Objetivismo y cognitivismo moral

La consideración de que los derechos fundamentales contenidos en la constitución constituyen un orden objetivo de valores, proviene de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que es conocida como caso “Luth” (Aldunate, 2010), Sin embargo, fue Robert Alexy, en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, quien le da un carácter teórico y más construido a este postulado defendido por el Tribunal Constitucional (Aldunate, 2010). Esta tesis vendría a sostener básicamente lo siguiente: Las Constituciones modernas han positivizado un sinnúmero de valores morales bajo la forma de derechos fundamentales.

Estos derechos fundamentales, por ende, poseen su carga semántica y de significado en el orden moral objetivo en que se fundamentan. De esta manera, la vigencia de las fuentes del derecho vista desde un punto de vista de su producción conforme a los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico y dentro de éste, del orden constitucional, queda ahora supeditada o al menos indisolublemente unida a la cuestión de la validez de dichas fuentes a la luz de los principios (morales) contenidos en la fuente superior que, por su primacía, condiciona en esta dimensión de validez también la dimensión de vigencia de las demás fuentes (Aldunate, 2010).

Diríamos entonces, que la validez de todas las fuentes del derecho depende, en última instancia, de este orden objetivo de valores, que, debido a su constitucionalización mediante la forma de derechos fundamentales, son la fuente última del derecho. De esta manera, los límites entre el derecho y la moral se unen, se entremezclan y a la vez se difuminan.

Los problemas teóricos y metodológicos que presenta este postulado son varios, pero nos enfocaremos en el siguiente problema que fue evidenciado por el jurista italiano Paolo Comanduci (Aldunate, 2010). La racionalidad del derecho se sostiene fundamentalmente en su capacidad predictiva. Es decir, diremos que el derecho será más racional cuando es posible constatar cierta regularidad “*entre las predicciones que permite su sistema de fuentes sobre las consecuencias de determinados actos, y las consecuencias que se atribuyen a los mismos*” (Aldunate, 2010, p. 93). A la inversa, mientras menor sea esa capacidad predictiva del derecho para los sujetos a los que pretende regular, diremos que nos encontramos frente a un sistema jurídico irracional.

Dicho esto, el problema de la tesis de la conexión entre el derecho y la moral, es el siguiente. En primer lugar, es difícil sostener la tesis de la existencia de una moral objetiva. El desarrollo histórico de la moral nos ha demostrado que los valores sobre los cuales se erigen las sociedades, difieren entre sí, y lo que un grupo humano considera moralmente correcto, para otro grupo puede ser una práctica aberrante, ejemplo de ello puedes ser la percepción del aborto o del matrimonio. Sin embargo, el problema no se queda ahí.

Así también, suponiendo que efectivamente exista algo así como un orden objetivo de valores, no todos los jueces conocen y comparten dicho orden. En la práctica judicial se puede vislumbrar cómo casos análogos, que versan sobre la pugna entre principios, son resueltos de maneras diferentes, debido a que en última instancia la interpretación de un principio tan genérico como el derecho a la vida, para poner un ejemplo, dependerá de la preferencia ideológica del juez que resuelve el caso. Lo que dificulta más aún la situación es la poca o nula reflexión que existe, dentro de las sentencias judiciales y dentro de la enseñanza del derecho, sobre la relación entre derecho y moral y sobre lo que implica realmente una moral objetiva. Mucha de las veces, este

postulado es enunciado como un cliché, para justificar la preferencia interpretativa de los jueces. El problema de esto radica en que se aumenta de manera arbitraria la discrecionalidad judicial, mermando de esta manera el principio democrático.

Elitismo político

Este precepto se deriva del anterior, ya que para el neoconstitucionalismo el lugar donde se resuelve la denotación, intención y alcance de un principio jurídico es dentro de las Cortes, sobre todo dentro de aquellas que tienen competencias en materia constitucional. Por alguna razón, que no es tan explícita dentro de la teoría de estos autores, los jueces constitucionales tienen la capacidad de llegar a una respuesta correcta para cada caso que se les presenta.

Lo referido en el apartado anterior, sin embargo, deja de lado algunos de los defectos que son propios del derecho, debido a que su contenido se expresa mediante palabras. En primer lugar, el derecho al estar enunciado mediante lo que se conoce como lenguaje natural, es susceptible a padecer de lo que se conoce como los vicios del lenguaje. Dentro de estos, podemos encontrar la ambigüedad y la vaguedad. La ambigüedad se presenta cuando una misma palabra se utiliza para referirse a múltiples objetos, que muchas veces no tienen relación entre sí. Pensemos, por ejemplo, en la palabra “radio” que se utiliza para referirse a la mitad del diámetro de una circunferencia, a un hueso del brazo y a un aparato electrónico que sirve para escuchar música. Esta palabra, sin un contexto adecuado, podría traer confusiones lingüísticas que podrían, eventualmente, presentarse dentro de la práctica jurídica.

Por otra parte, la vaguedad, se presenta cuando existen dudas sobre las propiedades que un concepto posee y sobre el alcance de dicho concepto. Pensemos en el siguiente ejemplo. Nadie duda de que un carro puede ser abarcado por el concepto de vehículo y que un ascensor puede ser excluido de dicho concepto. Sin embargo, si nos presentamos ante un caso de un conductor de un monociclo, ¿estamos o no estamos ante la presencia de un vehículo? En este caso, las opiniones serán divergentes. Habrá personas que sostengan que efectivamente es un vehículo, mientras otras dirán lo contrario.

Ahora bien, los problemas de ambigüedad y vaguedad lingüística antes enunciados, también se presentan dentro de la práctica jurídica y más aún cuando se trata de principios, ya que son enunciados normativos sumamente amplios. Por ejemplo, la gran mayoría de personas entenderían que provocar voluntariamente la muerte de otra persona es un atentado contra el derecho a la vida, sin embargo, bajo esta percepción la pregunta es ¿el aborto es o no un atentado contra este derecho? Como vemos, este último punto tendría opiniones sumamente divididas. Habrá quienes sostengan que efectivamente es un atentado contra la vida. Otros dirán que no es un atentado contra la vida, debido a que un feto no es propiamente un ser vivo. Otros dirán que en algunas circunstancias lo será, como cuando el feto está lo suficientemente desarrollado, y en otras circunstancias no lo será, como cuando la mujer embarazada se encuentra en su estado inicial de gestación.

Como vemos, este tipo de problemas se presentan todos los días dentro de los tribunales constitucionales y son problemas que atañen a la generalidad de la sociedad, por lo que necesitan un amplio debate social sobre todas sus implicaciones para poder adoptar una postura frente a esto. Sin embargo, al ser resueltos en la soledad de un despacho de un juez, se evita la discusión y más bien se adoptan posturas que, mucha de las veces, podrían ir en contra de lo que la generalidad de la sociedad piensa sobre el tema.

Pese a estas transformaciones, en el aspecto orgánico de las constituciones del NCL, Gargarella (2018), explica que no existen diferencias significativas con los modelos constitucionales del pasado, ya que sigue predominando un modelo de organización del poder sustancialmente presidencialista y las constituciones que se enmarcan dentro de este paradigma, reflejan un ímpetu para favorecer la reelección de los cargos públicos de elección popular. Por ende, el autor sospecha que la extensiva carta de derechos establecidas en las constituciones latinoamericanas contemporáneas, no son más que una excusa para consolidar un modelo político basado en el caudillismo, la excepcionalidad de los poderes del presidente de la república y en la reelección indefinida a los cargos públicos. Y en efecto, dentro de los teóricos que defienden este paradigma se habla mucho de los

beneficios de tener cartas políticas con derechos extensos y numerosos, pero poco se reflexiona sobre la forma en cómo se organiza el poder.

Características del constitucionalismo en Perú

La Constitución actualmente vigente en el Perú se aprobó en 1993 en un proceso que hasta la actualidad ha sido cuestionado debido a su dudosa legitimidad democrática. En efecto, esta constitución nace luego de que Alberto Fujimori, presidente del Perú de aquel entonces, llevara a cabo un autogolpe de Estado en 1992, fundamentado en la necesidad de luchar contra el terrorismo, que le permitió disolver algunas instituciones estatales, tales como el Congreso y la Corte Suprema (García y Eguiguren, 2008). Luego de múltiples cuestionamientos por parte de organismos internacionales tales como la OEA, Fujimori convocó a un proceso constituyente en 1993 que fue dirigido por el “Congreso Constituyente Democrático” (García y Eguiguren, 2008).

Sin embargo, el proceso de aprobación de la Constitución redactada por este organismo fue bastante cuestionable, ya que *“el “SÍ” obtuvo un apretadísimo (y bastante discutido) triunfo sobre el “NO”, por una diferencia de escasamente 4% de los votos”* (García y Eguiguren, 2008, p. 391).

Entre las características de esta carta magna podemos enunciar las siguientes (García y Eguiguren, 2008):

- a) La función del Presidente de la República dura 5 años con la capacidad de reelección inmediata. Cabe destacar que este artículo fue reformado en el 2001, luego de que el Congreso destituyera a Fujimori de su cargo, luego de que huyera silenciosamente a Japón.
- b) En título V de la Constitución, se establecen las Garantías Constitucionales, entre las que se encuentran el hábeas corpus, amparo, acción popular, acción de inconstitucionalidad, habeas data y acción de cumplimiento.
- c) Siguiendo la tradición de la constitución anterior, promulgada en 1979, se mantiene el Tribunal Constitucional, que se lo define como órgano de control de constitucionalidad. Se establece

que este tribunal posee competencias para conocer, en última instancia, todas las garantías constitucionales. Resolver conflictos de competencia entre diferentes órganos del Estado, entre otras. (p. 392)

Respecto a este último punto, los autores García & Eguiguren (2008), aseveran que, durante el periodo político conocido como Fujimorismo, el Tribunal Constitucional tuvo un papel irrelevante, casi que ornamental, dentro de la práctica jurídica del país, llegando a quedar inhabilitado en 1997, debido a que destituyeron a 4 de los 7 jueces del Tribunal. Este Tribunal fue reintegrado en 2001, una vez que Fujimori fue destituido por el Congreso. A partir de dicho periodo, el Tribunal ha adquirido protagonismo, por lo que muchos de los postulados que forman parte de lo que antes denominamos “neoconstitucionalismo”, han sido materializados en sus sentencias. Sin embargo, otros elementos propios del neoconstitucionalismo se encuentran inmersos dentro del mismo texto constitucional.

En efecto, podemos mencionar los siguientes elementos: Rigidez constitucional (art. 206); positivización de derechos fundamentales (art. 2 y art. 3); principio de supremacía constitucional (art. 51 y art. 138); control difuso de constitucionalidad (art. 138); control abstracto de constitucionalidad (art. 201) (Perú. Congreso Constituyente Democrático, 1993) Por otra parte, es importante mencionar que el Tribunal Constitucional del Perú en múltiples sentencias ha reconocido el cambio de paradigma del Estado legal de derecho al Estado Constitucional de derecho (Flores, 2015), cuestión que no queda clara dentro de la Constitución del Perú. A su vez, el desarrollo de jurisprudencia de este Tribunal ha estado direccionado a un proceso de constitucionalización del derecho en Perú, mediante recursos argumentativos e interpretativos novedosos que han permitido garantizar aspectos propios del neoconstitucionalismo que no se encuentran de manera literal dentro de la constitución. Entre estos elementos podemos aseverar el carácter vinculante y de aplicación directa de los derechos fundamentales establecidos en la constitución.

De lo antes mencionado, podemos vislumbrar que la Constitución del Perú (Perú. Congreso Constituyente Democrático, 1993) presenta

ciertos elementos propios del neoconstitucionalismo; sin embargo, cabe recalcar que este proceso, que se puede denominar como constitucionalización del derecho, ha sido impulsado fundamentalmente por el Tribunal Constitucional del Perú, que ha ganado cierto prestigio y aceptación dentro de la sociedad peruana en general. Pese a esto, no se puede considerar que la práctica constitucional en Perú corresponda, en sentido estricto, a lo que anteriormente denominamos “neoconstitucionalismo”.

En primer lugar, por el origen de la Constitución del 1993 (Perú. Congreso Constituyente Democrático, 1993) Como mencionamos brevemente en párrafos anteriores, el proceso constituyente del 93 fue impulsado por un gobierno que se consolidó mediante un golpe de Estado y que ha sido denunciado por diversos organismos internacionales, por sus prácticas poco respetuosas a los derechos humanos, por los cuales algunos crímenes llegaron a ser conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como *Barrios Altos v. Perú* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001) y *La Cantuta v. Perú* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007). En segundo lugar, si bien es cierto el proceso de constitucionalización del derecho ha sido impulsado por el Tribunal Constitucional, este proceso aún es insuficiente y requiere de reformas profundas de la constitución para que pueda ser consolidado.

Características del constitucionalismo en Colombia

La Constitución de Colombia (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991), surge como una solución a una etapa de convulsión política dentro del país. A finales de los años 80, Colombia era un país en donde abundaba el narcotráfico, los grupos insurgentes revolucionarios, paramilitares, corrupción, etc. En esta época de zozobra sucede la toma del Palacio de Justicia por parte del grupo guerrillero M-19, quien a juicio del autor Garzón (2016), trajo consigo la reacción del gobierno lo que desembocó en una serie de persecuciones, asesinatos, masacres, desplazamientos forzados, entre otros problemas.

La crisis política y social en Colombia llega a su punto cúlmine en 1989 cuando dentro de una campaña electoral asesinan a Luis Carlos Galán Sarmiento (Garzón, 2016), dirigente liberal que representaba el

sentimiento de cambio y transformación que los colombianos anhelaban en ese momento. La muerte de este dirigente trajo consigo reacciones por parte de la sociedad civil, sobre todo de los estudiantes universitarios que veían con buenos ojos a este líder político. Estos estudiantes que provenían mayoritariamente de universidades privadas, organizaron una marcha estudiantil de “luto hasta el Cementerio General en el que era enterrado el líder liberal” (Garzón, 2016, p. 127). A raíz de esta movilización, se organizó el movimiento que se denominó “Todavía podemos salvar a Colombia”, cuyo objetivo político fue la organización de una Asamblea Constituyente para la implementación de una nueva constitución, que se veía como la única solución a la crisis que vivía el país en esa época. En efecto, este proceso llegó a consolidarse en 1991 durante el gobierno de César Gaviria.

Entre las novedades de este proceso constitucional se encontraba la implementación de un amplio catálogo de derechos fundamentales, así como la creación de un Organismo de Control Constitucional denominado Corte Constitucional. Pese a esto, tal y como lo devela Suárez (2014), *“el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano puede calificarse como lento, dispar, con diferentes puntos de entronque, preferiblemente judicial y que hacia el futuro presenta interesantes interrogantes”* (p. 328). Esto se debe a que, en primera instancia, la única institución que estuvo direccionada hacia esta finalidad fue la Corte Constitucional, posteriormente otros organismos estatales, tales como la Suprema Corte de Justicia y el Congreso, se han sumado a esta intencionalidad mediante el desarrollo de jurisprudencia y de leyes direccionadas a este objetivo.

En este contexto, podemos decir que, si bien la Constitución de 1991 marca las pautas generales para la constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano, este proceso ha sido impulsado por diferentes instituciones estatales, en las que destaca la Corte Constitucional. Respecto a este último punto, es importante mencionar que la jurisprudencia de esta CC goza de prestigio internacional, debido a su fuerte compromiso con los derechos fundamentales. Entre las acciones más destacables, podemos enunciar la declaración de inconstitucionalidad de una propuesta de reforma constitucional promovida por Álvaro Uribe para poder reelegirse por un periodo

consecutivo (Velasco y Vladimir, 2015). Por otro lado, es importante destacar la preocupación de la Corte por el desarrollo y protección de los derechos sociales y económicos, sobre todo los vinculados con las poblaciones más vulnerables, tales como los desplazados. En este sentido, la Corte Constitucional ha llevado a cabo una labor de interpretación constitucional tendiente a mermar ciertas ausencias que tiene la Constitución de 1991, sobre todo en lo concerniente a los derechos sociales.

En este sentido, son interesantes las estrategias que adoptó la Corte Constitucional colombiana, en casos tales como el C- 251, 1997 (Colombia. Corte Constitucional, 1997).

Con la decisión correspondiente al control de constitucionalidad del Protocolo de San Salvador, la Corte Constitucional determinó que no es totalmente correcto considerar que sólo los derechos sociales implican prestaciones positivas del Estado y contrariamente, los derechos de libertad únicamente generan deberes de abstención. Entendió que, el Estado tiene frente a los particulares tanto deberes de abstención como deberes de prestación y promoción para asegurar condiciones materiales mínimas encaminadas a satisfacer la dignidad. La decisión analizó el deber de realización progresiva de los derechos, el cual relaciona un contenido esencial de los derechos sociales, obligando al Estado a garantizar un mínimo vital y a adquirir un compromiso para tomar las medidas necesarias para la adecuada distribución y asignación de los recursos. (Gallo, 2021, p. 360)

De esta manera, la Corte al momento de resolver problemas relacionados a derechos sociales, tiende a conminar a los organismos estatales competentes a realizar políticas públicas direccionadas a solucionar vulneración de derechos sociales. Asimismo, se hace mención a la progresividad de los derechos constitucionales, lo que significa que de ninguna manera serán degradados los derechos establecidos con anterioridad en la norma suprema colombiana, algo similar pasa en el constitucionalismo ecuatoriano, cuando se alude en el artículo

11 la garantía de progresividad de los derechos (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Características del constitucionalismo en Ecuador.

Durante los años 1996 - 2006 el Ecuador vivió una crisis política, económica y social que generó descontento social generalizado, por lo que durante este periodo histórico ningún presidente de la República, finalizó su periodo presidencial. Uno de los acontecimientos más notables de esta época fue la crisis bancaria de 1999 durante el gobierno de Jamil Mahuad, que trajo consigo una de las olas migratorias más grandes que ha tenido el país.

Es de conocimiento de los ecuatorianos, que, en el año 2005, durante el gobierno de Lucio Gutiérrez, surgió una revuelta protagonizada por un movimiento ciudadano denominado “Los Forajidos”. Dentro de esto, juega un rol menor, pero no por ello menos importante, el ex presidente, Rafael Correa Delgado. Este personaje político logró canalizar el descontento popular y aunar a distintos sectores de la sociedad, tales como al movimiento indígena, movimiento ecologista, feministas, izquierdistas, entre otros. Llegó al poder en el 2006 tras derrotar en las urnas al empresario Álvaro Noboa y uno de sus proyectos insignias fue la reestructuración del Estado y de la matriz productiva, mediante un proceso constituyente.

Seguidamente en este año se convoca a una consulta popular para consultar al pueblo ecuatoriano si querían o no una nueva Constitución. El Sí obtuvo el 83 % de las votaciones, ganando de forma mayoritaria, que tuvo como consecuencia la generación de una Asamblea Nacional Constituyente y como consecuencia una nueva Constitución ecuatoriana.

La Asamblea Constituyente de Montecristi, cuyo objetivo fue la promulgación de una nueva Constitución, fue un proceso que de alguna manera se sostuvo en la participación de la ciudadanía y distintos sectores de la sociedad. En el 2008 se aprueba el texto constitucional mediante un referéndum. Este texto se caracteriza por reconocer y garantizar un sinnúmero de derechos fundamentales, tanto de primera

generación, como aquellos de segunda y tercera generación (Salgado, 2008).

A su vez, la Carta Magna ecuatoriana (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), le otorga a la naturaleza el carácter de sujeto de derechos (art. 71 y art. 72). Por otro lado, innova en el aspecto del pluralismo jurídico al reconocer no sólo los derechos a los pueblos a la autodeterminación, sino también dándole carácter constitucional a la justicia consuetudinaria indígena (art. 171). Crea nuevas funciones del Estado, tales la Función de Transparencia y Control Social constituida por las siguientes instituciones: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; Defensoría del Pueblo; Defensoría del Pueblo y Superintendencias y la Función Electoral, compuesta por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Adicionalmente, se crea la Corte Constitucional, otorgándole jurisdicción y competencia para conocer algunas garantías jurisdiccionales, tales como la acción extraordinaria de protección, acción por incumplimiento, acción de incumplimiento, acción de inconstitucionalidad, etc. Le otorga, a su vez, capacidad de realizar consultas y crear jurisprudencia vinculante. En resumidas cuentas, esta Constitución recoge casi todos los postulados del neoconstitucionalismo, pero agrega otros elementos que no se encuentran presentes en las constituciones antes analizadas. Entre estos, podemos mencionar órganos destinados al fomento de la participación ciudadana, tales como el Consejo de Participación Ciudadana. Figuras político jurídicas tales como la revocatoria del mandato, un régimen de desarrollo económico destinado al fomento del “buen vivir” o “sumak kawsay”, concepto que recoge de la cosmovisión andina ecuatoriana; así García (2016) refiere:

El sumak kawsay es un principio de vida o un paradigma de vida que se fundamenta en cuatro principios basados en la cosmovisión indígena andina y en los saberes ancestrales en general:

- La relacionalidad se refiere a la interconexión entre todos los elementos de un todo.

- La reciprocidad que tiene que ver con la relación recíproca entre los mundos de arriba, abajo, ahora, entre seres humanos y naturaleza, una especie de coparticipación.
- La correspondencia que se refiere a que los elementos de la realidad se corresponden de una manera armoniosa, a manera de proporcionalidad.
- La complementariedad que se basa en que los opuestos pueden ser complementarios, ya que nada está por demás. (p.39)

En esta misma línea, la Constitución ecuatoriana a lo largo de su texto, otorga a los pueblos y nacionalidades indígenas derechos específicos, como el derecho a la autodeterminación, el derecho al libre desarrollo de su cultura ancestral y la potestad de impartir justicia. Además, en esta nueva propuesta constitucional se habla ya de la biodiversidad, del patrimonio natural, de los ecosistemas frágiles y de los recursos naturales, es decir, vislumbra las preocupaciones que el Estado debe tener en estas áreas (Grijalva, 2011).

De los modelos constitucionales antes analizados podemos concluir que la propuesta de Constitución colombiana pertenece al paradigma “neoconstitucionalista”. Pues, su norma suprema de 1991 nace de un proceso profundamente democrático, que tuvo una intención transformadora que se ha visto relativamente plasmada sobre todo en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional.

Este órgano jurisdiccional se ha caracterizado por su activismo judicial, propios del “neoconstitucionalismo”, evidentemente con sus respectivas limitaciones. Por ejemplo, una de las materias que aún siguen pendientes en Colombia es el tema relacionado a los pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes, que forman parte de la población más vulnerable. A su vez, la Constitución de 1991 no dice nada sobre el modelo de desarrollo y económico del Estado, por lo que el modelo económico, social y político imperante en Colombia en los últimos años ha sido el denominado neoliberal. Pese a esto, la Corte Constitucional ha sido un muro de contención que ha impedido que los intereses políticos y empresariales se impongan en el desarrollo de los derechos fundamentales.

Asimismo, la Constitución del Ecuador del 2008 forma parte del paradigma del Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Dentro de su parte dogmática, recoge todos los preceptos del núcleo duro del neo constitucionalismo: por ejemplo, aplicación directa de la Constitución; Corte Constitucional con amplias potestades; valor normativo y no declarativo de las constituciones, etc. Sin embargo, recoge dentro de su interior estos otros postulados que, como dijimos con anterioridad, forman parte del Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Es decir, todas aquellas disposiciones que versan sobre la participación ciudadana, que incorporan la cosmovisión indígena para otorgar derechos, que versan sobre el modelo de desarrollo económico, que forman parte de los presupuestos de este paradigma constitucional.

Es importante también concluir que, la Constitución ecuatoriana del 2008 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) establece en su parte orgánica un modelo hiperpresidencialista, lo que trajo muchas críticas sobre todo al periodo del ex presidente Rafael Correa. El análisis de este fenómeno excede la finalidad de esta investigación, sin embargo, es importante mencionarlo porque, asimilando la posición doctrinal de Ramiro Ávila, este elemento como una de las características del Nuevo constitucionalismo latinoamericano y porque, asimismo, bajo los argumentos de Gargarella realiza una crítica a esta forma de organizar el poder, debido a que es una extensión de las formas del constitucionalismo latinoamericano del pasado.

Finalmente, respecto a los rasgos del constitucionalismo peruano, si bien es cierto en los últimos años ha presentado una tendencia direccionada a adoptar el neoconstitucionalismo dentro de su práctica jurídica, sobre todo gracias a la labor del Tribunal Constitucional de Perú, el origen antidemocrático de su norma suprema, niega uno de los postulados básicos de la teoría neoconstitucional.

En consecuencia, el neo constitucionalismo y el paradigma del Nuevo constitucionalismo latinoamericano, forman parte de las propuestas de Constitución tanto de Colombia, Ecuador y Perú, teniendo presente que cada texto constitucional, tiene características de las dos tendencias ideológica.

Referencias bibliográficas

- Aldunate Lizana, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 23(1), 79-102.
- Alemania. Consejo Parlamentario. (1949). Ley Fundamental. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- Avila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador*. Ediciones Abya-Yala.
- Benavides, J. (2016). Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *España: lus Humani Revista de Derecho*, 5, 173-188.
- Bolivia. Asamblea Nacional Constituyente. (2009). Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009. https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. (1997). Tratado Internacional, confirmación presidencial . Sentencia C-251/97. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-251-97.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Barrios Altos Vs. Perú. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/barriosaltos.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Caso la Cantuta vs Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_173_esp.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Flores, V. (2015). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano a la luz de la teoría de Ricardo Guastini. *Aporte Santiaguino*, (8), 287-300.

- Gallo, W. I. (2021). La tutela individual de los derechos sociales por parte de la Corte Constitucional de Colombia a partir de las críticas al Supremo Tribunal Federal de Brasil. *Estudios Constitucionales*, (19), 357-386.
- García Álvarez, S. (2016). Sumak Kawsay o buen vivir como alternativa al desarrollo en Ecuador. Aplicación y resultados en el gobierno de Rafael Correa (2007-2014). Universidad Simón Bolívar.
- García Amado, J.A. (2008). Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores. Bogotá: Universidad del Rosario. https://www.academia.edu/34473401/Sobre_el_neoconstitucionalismo_y_sus_precursores
- García Belaunde, D., & Eguiguren Praeli, F. J. (2008). La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005. *Estudios constitucionales*, 6(2), 371-398.
- Gargarella, R. (2018). Sobre el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 109-129.
- Garzón, C.A. (2016). La génesis de la Constitución Política de Colombia de 1991 a la luz de la discusión sobre el Mito Político. *Desafíos*, (1), 109-138.
- Grijalva, A. (2011). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho.
- Italia. Asamblea Constituyente. (1947). Constitución de la República italiana. <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/ci1947.html>
- Medina Peña, R., Valarezo Román, J., & Romero Romero, C. D. (2021). Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo Latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 213-225.

- Ordóñez, J. B. (2016). Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *Ius Humani. Law Journal*, 5, 173-188.
- Perú. Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política de Perú. <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Peru/Leyes/constitucion.pdf>
- Salgado, H. (2008). El proceso constituyente del Ecuador. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23829.pdf>
- Suárez-Manrique, W. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, (129), 317-351.
- Torres, J. J. (2022). El Neoconstitucionalismo: antecedentes, desarrollo y crítica en el Ecuador. En, J. Espinosa, *Los retos del neoconstitucionalismo en materia de igualdad y no discriminación*. (p. 68). Editorial CIDE.
- Velasco, N., & Vladimir, J. (2015). Teoría del Derecho, Neoconstitucionalismo y modelo de Estado Constitucional en el contexto colombiano. *Novum Jus*, 9(2), 49-73.
- Yáñez, K., & Mila, F. (2020). Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *FORO: Revista de Derecho*, (35), 145-167.



La protección de los migrantes bajo el derecho internacional de los derechos humanos

Estefanía Cristina Vivanco Granda¹

¹ Universidad Metropolitana sede Machala. Ecuador.

En los primeros quince años del siglo XX ha existido, en términos absolutos, un importante aumento de la migración internacional. En este sentido, según cifras de las Naciones Unidas, entre el año 2000 y 2015, hubo un aumento del 41% de migrantes internacionales; es decir, 71 millón de personas más que viven en un país distinto al de su nacionalidad (United Nations Department of Economic and Social Affairs, 2020).

Benhabid (2004), sostiene que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, “*guarda silencio sobre la obligación de los estados de permitir el ingreso de inmigrantes, sostener el derecho de asilo y permitir la ciudadanía a residentes y ciudadanos extranjeros*” (p.12); es decir, los derechos que los Estados deben brindar a las personas migrantes que se encuentran bajo su jurisdicción, en el marco de un *International Bill of Human Rights*¹.

Aunado a ello, el enfoque central en las migraciones internacionales, es la protección (respeto y garantía) contemplados en los artículos 1.1 y 2 de la (Organización de las Naciones Unidas, 1978). Por ejemplo, para el derecho internacional, la regulación y gestión de la migración sigue siendo una competencia estatal. Es por ello, que los Estados pueden definir el diseño e implementación de sus políticas migratorias. En base a sus propios intereses nacionales y objetivos políticos.

La Observación General N°15 (Organización de las Naciones Unidas, 1986) sobre la situación de los extranjeros bajo el Pacto es clara al respecto al considerar que:

¹ Compuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y los dos pactos internacionales de derechos civiles y políticos (PIDCP) y de derechos económicos, sociales y culturales (DESC), ambos de 1966.

- i. No hay la obligación para el Estado de consagrar un estatuto jurídico igual para personas nacionales y extranjeras, por cuanto se pueden reservar ciertos derechos consagrados en el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos (PIDCP) a quienes poseen la nacionalidad (apartados 2 y 3);
- ii. No existe el derecho de la persona extranjera a entrar y permanecer en el territorio de un Estado que no sea él de su nacionalidad (apartado 5), por lo que es legítimo a un Estado condicionar su entrada al cumplimiento de ciertos requisitos (apartado 6); y, por último, que
- iii. El Estado tiene la prerrogativa de expulsar de su territorio, bajo ciertas condiciones, la persona extranjera en situación irregular o con residencia legal siempre y cuando ameriten “razones imperiosas de seguridad nacional.

Si bien la creación de la política migratoria y el trato que los Estados conceden a los extranjeros en sus territorios siguen siendo cuestiones sometidas al derecho interno, una cosa es hoy clara: dicha prerrogativa ya no es absoluta, por cuanto debe ser compatible con las obligaciones propias del derecho internacional, en especial, las que se refieren a los derechos humanos (Hirsi Jamaa et al., 2012). En otras palabras, conciliar las exigencias demandadas por el reconocimiento de la libre circulación como “*condición indispensable para el libre desarrollo de la persona humana*” (Organización de las Naciones Unidas, 1999). Con las prerrogativas soberanas es el *punctum crucis* de la actual problemática jurídica en torno a la migración internacional (Ferrer, 2015).

El objetivo del presente artículo es analizar la existencia en el derecho internacional de una normativa aplicable a las personas migrantes, para con ello identificar un estándar internacional de protección jurídica de los derechos humanos de este grupo vulnerable, mediante el análisis de los principales tratados internacionales de derechos humanos, instrumentos no convencionales referidos específicamente a la materia, resoluciones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, con un especial enfoque en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).

La metodología aplicada en la presente investigación es bibliográfico y analítico debido a que se busca realizar un análisis sobre la protección de los migrantes bajo el derecho internacional de los derechos humanos, en base a un enfoque cualitativo los mismos que permitieron corroborar la protección del derecho internacional de los derechos humanos en pro de los migrantes.

El estándar mínimo internacional de trato o protección en materia migratoria

La discusión para Borchard (1940), sobre la existencia y el contenido del estándar mínimo internacional de trato para los extranjeros, es previa al contemporáneo sistema universal de derechos humanos. Sin embargo, la asunción de compromisos de acción por parte de los Estados, en virtud de la ratificación de tratados internacionales, y regionales reconociendo derechos y libertades fundamentales a las personas independiente de su nacionalidad.

La Organización Internacional del Trabajo(1948), Recomendación N°87 ha contribuido a la aparición de un *corpus juris* de derechos humanos, que los Estados deben respetar y garantizar a los extranjeros, y los ordenamientos jurídicos internos pueden ampliar. En efecto, los extranjeros, migrantes o no, están sometidos a la jurisdicción del Estado de residencia. Asimismo, del Estado de nacionalidad, incluso cuando se encuentran fuera de su país (por ejemplo, la protección consular).

Por otra parte, el estándar mínimo de protección actúa como límite a la soberanía nacional. Debido, a que la condición jurídica del extranjero debe determinarse también, por referencia al derecho internacional de los derechos humanos. El Estado, si no asegura ciertas condiciones jurídicas mínimas a los extranjeros, puede incurrir en responsabilidad internacional (Merino, 2018).

Contenido del estándar mínimo internacional de derechos humanos en materia migratoria.

Ante la indeterminación del contenido del estándar mínimo (qué derechos y libertades mínimos o protecciones básicas deben los Estados respetar y garantizar a los extranjeros que se encuentran bajo su

jurisdicción). De acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988), en el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras ha precisado los siguientes derechos: El derecho a la vida artículo 4; la prohibición de la tortura, penas o tratos inhumanos, crueles o degradantes; artículo 2 (Organización de las Naciones Unidas, 1978), y el principio de legalidad y de no retroactividad artículo 9. (Organización de las Naciones Unidas, 1978).

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988), partiendo de la premisa de que

Los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana” ha afirmado que, por ejemplo: “los derechos a la vida y a la integridad personal, revisten un carácter esencial porque forman parte del núcleo inderogable...es decir, aquellos que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas. (p.137)

La tesis de que los derechos humanos inderogables constituyen “el minimum universalmente reconocido” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001,) fue manifestada expresamente por el Juez Cançado Trindade y encuentra acogida entre la doctrina más reciente. Consecuencia de lo anterior es que las políticas migratorias no pueden dejar de considerar que “ciertos derechos no son derogables, es decir, la condición migratoria de las personas puede constituir un factor al evaluarse la manera en que el Estado puede dar efecto adecuadamente a los derechos consagrados en la Declaración o la Convención. Sin embargo, *“dicha condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”* (Bonet, 2004, p.34).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia (2015), ha determinado estándares sobre las protecciones básicas o derechos mínimos; en donde, hace referencia a los derechos a la vida y a la integridad personal. Los cuales están estrechamente vinculados a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. De la interpretación de su contenido, en especial aquellas que se encuentran en situación migratoria irregular, la jurisprudencia

interamericana ha visto en ellos fuente normativa de ciertas obligaciones estatales (Medellín, 2019).

En ese sentido, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008), en el Caso caso Vélez Loor vs Panamá las restricciones a los derechos fundamentales de las personas migrantes deben someterse a las exigencias propias de la legalidad, legitimidad y proporcionalidad. Así, el respeto por la integridad personal (artículo 5) y la libertad personal (artículo 7) de las personas migrantes requiere que su detención y privación de libertad en el ámbito de procedimientos de control migratorio (Organización de las Naciones Unidas, 2014) “deber ser utilizada cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010). Es decir, la detención, por un lado, no puede consistir en una medida arbitraria, y, por otro lado, debe ser una medida idónea para perseguir una finalidad legítima, in casu la regulación y control de la migración, y *“estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

Las consideraciones precedentes han permitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), en el Caso Vélez Loor Vs. Panamá formular estándares de protección relativamente a:

- i. Los lugares de detención de las personas en situación migratoria irregular (los migrantes debe ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones; los lugares de detención deben encontrarse diseñados a los fines de garantizar condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal);
- ii. Tiempo de la detención (menor tiempo posible);
- iii. A las condiciones de la detención (la falta de registro de ingreso y egreso en el centro de salud, la falta de atención médica en favor de las cinco víctimas gravemente heridas, y la omisión de un diagnóstico sobre su situación y prescripción de su tratamiento,

denotan omisiones en la atención que se debió brindar a los heridos para respetar su derecho a la integridad personal);

- iv. La legalidad de la detención (el mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables no satisface el requisito de motivación suficiente que permita evaluar si la medida de detención resulta compatible con la Convención Americana; serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, mediante una evaluación individualizada y motivada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas para alcanzar aquellos fines, las detenciones no fueron llevadas a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y status jurídicos de los detenidos, o mismo de realizar un procedimiento migratorio formal con vistas a su deportación o expulsión... Es claro que la manera en que se realizó la privación de libertad... indica que fue por perfiles raciales... aún,
- v. Sobre la finalidad de la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. En cuanto a la finalidad de la detención, y relativamente a los menores, la Corte IDH ha sido enfática en señalar que los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas y/o niños que se encuentren junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de los progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio, ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar o permanecer en un país, en el hecho de que la niña y/o niño se encuentre solo o separado de su familia.

De hecho, *“su condición de persona en desarrollo y su interés superior” demanda una interpretación más exigente de la legalidad, excepcionalidad y proporcionalidad de la medida restrictiva de libertad*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017); y, por ende, la obligación del Estado de brindar una “protección especial” a menores (pero también a mujeres, sobre todo en situación de embarazo)

migrantes, durante la detención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012). Solo así se puede cumplir adecuadamente con el principio de ultima ratio de la privación de libertad de niños y niñas. Como vimos, “la prohibición de la arbitrariedad” (Organización de las Naciones Unidas, 1978), ha sido el fundamento jurídico inmediato para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), determinar que las detenciones automáticas y obligatorias de migrantes en situación irregular son contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, y exigir de los Estados a criterios de Pinos y Malo-Larrea (2018):

- i. la creación de catálogos de medidas alternativas a la detención y
- ii. un examen individualizado, caso a caso, de la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas, ya que solo de esta forma se puede asegurar que la privación de libertad por motivos de control de los flujos migratorios sea excepcional, temporal y coherente con el principio de non-refoulement y la prohibición de las expulsiones colectivas. (p.90)

Adicionalmente, dicho principio es también fundamento para la obligación de informar de las razones de la privación de libertad y de los cargos que puedan existir contra la persona migrante (Fernández, 2002). Considerando que este deber de motivación de la orden de detención es instrumental, pero decisivo, para el ejercicio las garantías de debido proceso y acceso a la justicia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014), toda orden de detención con motivo de la condición irregular de la persona migrante debe, según jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), ser acompañada de información oral o escrita de los motivos de la detención al momento de su realización y la notificación escrita de los cargos.

Asimismo, la jurisprudencia interamericana, haciendo eco del derecho internacional en esta materia. Considera que la obligación de informar de los motivos de la detención y privación de libertad conlleva el derecho de la persona extranjera. A que se le comunique en un idioma

que comprenda y, caso sea necesario; a, ser asistido por traductor o intérprete en las actuaciones judiciales ulteriores a su detención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

Por otro lado, la persona migrante privada de libertad tiene el derecho según lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010) a:

- i. comparecer personalmente y sin demora ante la autoridad judicial competente para decidir, de forma imparcial e independiente, sobre si permanecer detenido o puesto en libertad, a fin de ser oído y presentadas sus razones (Organización de las Naciones Unidas, 1978) y a
- ii. un recurso judicial efectivo acerca de la (i) legalidad de la decisión de detención que sobre ella recaiga. (p.48)

En cuanto a las garantías del debido proceso y acceso a la justicia, su reconocimiento como derechos mínimos de todo migrante, independiente de su condición migratoria (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017), permitió a la CIDH identificar “*normas mínimas de debido proceso aplicables a determinaciones de estatus y exclusiones y deportaciones*” (Organización de Estados Americanos, 2001, pp.1-2), en su mayoría aceptadas por la propia Corte IDH, a saber:

- i. adjudicador competente, independiente e imparcial;
- ii. derecho a ser oído;
- iii. información, traducción e interpretación;
- iv. representación legal;
- v. revisión judicial;
- vi. acceso a autoridades consulares y

vii.condiciones de detención apropiadas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010)

Por otra parte, el análisis jurisprudencial acerca del contenido y alcance del derecho de acceso a la justicia (Organización de las Naciones Unidas, 1978) en su artículo 8 y 25 relativamente a las personas migrantes aparece estrechamente vinculado a la condición de vulnerabilidad en que se encuentra este grupo, como sujetos de derechos humanos, y perpetuada por desigualdades de jure y de facto. A consecuencia de lo anterior, el principio de igualdad y no discriminación es una vez más movilizado por la Corte como mecanismo jurídico de corrección de desigualdades (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

La condición de “vulnerabilidad agravada” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010) en que se encuentran trabajadores indocumentados y niños, niñas y adolescentes migrante requiere del Estado de destino, según la Corte IDH, para los primeros, la “necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección” de sus derechos (Organización de las Naciones Unidas, 1986) y, para los segundos, “una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

En ese sentido, las opiniones consultivas de la Corte IDH sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados y los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional reiteran el carácter imperativo de la igualdad y no discriminación. Relativamente al estatuto jurídico de cada uno de estos grupos para aseverar a los trabajadores indocumentados. Considerando que la titularidad del goce y ejercicio de los derechos laborales depende de la realización efectiva de una prestación laboral y no de la condición migratoria (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

En tal sentido, los migrantes poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo. Este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. De lo contrario, es decir, permitir el trato discriminatorio hacia los trabajadores migrantes con fundamento

en su condición administrativa irregular, negándoles el reconocimiento de derechos laborales, significaría vulnerar los principios de la dignidad humana y de la inalienabilidad de tales derechos.

Además de, en la práctica, fomentar o tolerar la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaleciendo de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores, frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa; sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

Con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes, la idea rectora desarrollada en la opinión consultiva es que la protección especial derivada del reconocimiento de los derechos e la infancia (Organización de las Naciones Unidas, 1978) exige, por un lado, la determinación de principios y garantías desarrolladas a la luz de la protección integral debida a todos ellos, y, por otro, su incorporación en las políticas migratorias nacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014).

Por lo tanto, las medidas de protección que se decreten a favor de los niños y niñas migrantes tendrán de ser más específicas que las que se adopten para el resto de las personas extranjeras (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014). Por ejemplo, en lo que se refiere al derecho de buscar y recibir asilo, garantías de debido proceso (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012) y privación de libertad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

Ante la ausencia de un reconocimiento jurídico de un derecho de entrada y residencia en un país que no sea el de la nacionalidad, y atendiendo a que las personas migrantes con residencia legal benefician también de la libertad de circulación o libertad de tránsito. En las mismas condiciones que las nacionales, la jurisprudencia internacional ha identificado límites jurídicos a la actuación de los Estados, en materia de expulsión de extranjeros. En ciertas circunstancias, pueden imponer a los Estados la obligación (positiva) para autorizar la entrada o permanencia (Camargo,

2022). Además de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación, son el principio de *non-refoulement*, la prohibición de la expulsión colectiva y el derecho a la vida familiar.

Bajo este contexto, se reconoce el derecho de la persona extranjera de no ser expulsada o devuelta a su país de origen (devolución directa) o un tercer Estado (devolución indirecta) donde su vida, integridad y libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas (Organización de las Naciones Unidas, 1951). En caso de riesgo de tortura, tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (Organización de las Naciones Unidas, 1984).

Originariamente circunscrito al derecho internacional de los refugiados, el principio de no devolución en el sistema interamericano, apoyado por elemento literal del artículo 22, n° 8 que refiere expresamente a “el extranjero” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2012, p.56) “*es más amplio y en su sentido y alcance*”; y *asimismo “constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional”*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

En la práctica, dicho principio “*implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015). Tratándose de niños y niñas, la Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que el retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundará en el interés superior” por lo que se encuentra prohibido cuando “produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del niño o niña y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

La medida llevada a cabo por la autoridad competente que determina la salida de extranjeros, como grupo, del país, salvo si tal medida ha sido tomada tras y en base a un examen razonable y objetivo de la situación de cada uno de los individuos que componen el grupo de extranjeros expulsados (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2012). Así siendo, la prohibición de la expulsión colectiva, además de constituir

una limitación a la soberanía de los Estados respecto de la expulsión de personas extranjeras, es una garantía contra la detención arbitraria, ya que exige de las autoridades nacionales competentes la adopción de una decisión individual que considere las particulares circunstancias de cada persona (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

El presente estudio concluye, que la prohibición de la expulsión colectiva, en la medida en que presupone la realización de un examen objetivo y razonable de la situación individual del extranjero, dota de eficacia el propio principio de *non-refoulement*, que, a su vez, es un complemento del derecho de asilo y una obligación derivada de la prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes. El desarrollo de un corpus juris de derecho internacional de derechos humanos, significó la creación de derechos mínimos en favor de las personas migrantes, obligando los Estados a conciliar sus leyes migratorias con los deberes que conlleva el reconocimiento de dichos derechos.

Por último, con relación al derecho a la vida familiar, su vulneración se plantea, en general, cuando una persona extranjera mantiene un vínculo familiar, ya sea por matrimonio, convivencia civil o filiación, con una persona nacional del Estado donde reside y es sujeto de una orden expulsión por motivos de entrada o permanencia irregular en el país, denegación de su solicitud de asilo o comisión de un delito penal u otro que hagan de su presencia una amenaza o peligro para la seguridad u orden público nacional, que de concretarse conllevaría a la desagregación del núcleo familiar.

Considerando que el derecho a la vida familiar de la niña o del niño no supera per se la facultad soberana de los Estados Partes de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, pero que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho a la vida familiar, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales, la decisión de mantener la unidad familiar debe ser siempre el resultado de un casuístico juicio de ponderación, supeditado a parámetros de proporcionalidad, entre los legítimos fines de interés público protegidos por la ley de extranjería (orden público y seguridad nacional) y el

derecho a la protección de la familia, del que son titulares nacionales y extranjeros, y el interés superior del niño.

Referencias Bibliográficas:

Benhabid, S. (2004). Los Derechos de los Otros. Gedisa.

Bonet Pérez, J. (2004). La convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. En, J. M. Pureza y F. Gómez Isa (dir.), La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. (pp. 309-350). Deusto.

Borchard, E. (1940). El “Estándar Mínimo” de Trato a los Extranjeros. *Revisión de la ley de Michigan*, 38 (4), 445-461.

Camargo, R. (2022). Derechos humanos y dimensión social de personas vulnerables durante la pandemia por el nuevo coronavirus SARS-CoV-2. *Ingenio y Sociedad*, 22(1), 27-36.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 7920. CIDH. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=189

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. CIDH. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, Serie C No. 251. CIDH. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=226

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Opinión Consultiva OC-21/14, Serie 24. <https://www.acnur.org/media/opinion-consultiva-oc-21-14-derechos-y-garantias-de-ninas-y-ninos-en-el-contexto-de-la>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Serie C No. 272. CIDH. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=376
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión Consultiva OC-24/17, Serie 24. CIDH. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Caso Barrios Altos Vs. Perú, 11.528. CIDH. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=267
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023). Caso Vélez Loor Vs. Panamá, Serie C No. 218. CIDH. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=341
- Czaika, M., & De Haas, H. (2015). La globalización de la migración: ¿se ha vuelto el mundo más migratorio? *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 48(2), 52-165.
- Fernández, T. (2002). De la Arbitrariedad de la Administración. *Civitas*.
- Ferrer Arroyo, F. (2015). El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 14(1), 155-184. From https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf
- Medellín, X. (2019). Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, 17(1), 1-26.
- Merino, V. (2018). Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos. *Derechos y libertades*, 38(1), 327-358.

- Organización de las Naciones Unidas. (1886). Observación General N°15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos hum Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN15](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos%20hum%20Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN15)
- Organización de las Naciones Unidas. (1951). Convención sobre el estatuto de refugiado. (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. ACNUR. <https://www.acnur.org/media/convencion-sobre-el-estatuto-de-los-refugiados-de-1951>
- Organización de las Naciones Unidas. (1978). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Costa Rica. http://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (1984). Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. ONU. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>
- Organización de las Naciones Unidas. (1999). Observación General N°27. Libertad de Circulación. ONU. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2014). Observación general N° 35 : Artículo 9 (Libertad y seguridad personales). ONU. <https://www.refworld.org/es/docid/553e0fb84.html>
- Organización de los Estados Americanos. (2001) Informe Anual de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos 2000. OEA. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/4399.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (1948). Recomendación N°87. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. ONU. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312232

- Pinos, J., & Malo-Larrea, A. (2018). El derecho humano de acceso al agua: una revisión desde el Foro Mundial del Agua y la gestión de los recursos hídricos en Latinoamérica. *Invurnus*, 13(1), 12-20. _
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2012). Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia. (Demanda n° [27765/09](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139041)). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139041>
- United Nations Department of Economic and Social Affairs. (2020). International Migration 2020 Highlights. https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/undesapd_2020_international_migration_highlights.pdf



El ejercicio del derecho a la resistencia fiscal en el Ecuador

Priscila Pilar Porras Villagómez¹

Henry Manuel Guamán Cueva²

¹ Universidad Metropolitana Sede Machala. Ecuador.

² Universidad Técnica de Machala. Ecuador.

La recaudación de tributos no ha sido tarea fácil en ningún Estado, y menos en Latinoamérica. El fundamento social para el reproche social que recibe la facultad recaudadora del Estado en múltiples ocasiones ha sido político, en ocasiones moral, y en otras con tinte religioso. En el Ecuador particularmente la objeción de conciencia frente a la recaudación de tributos ha tenido como motivación el descontento popular por el incremento en el índice de corrupción de los representantes y autoridades de las instituciones públicas. En tal sentido el garantizar la transparencia en el destino de los fondos públicos provenientes de la recaudación resulta imprescindible, toda vez que el contribuyente sino confía en que sus fondos sean administrados de una forma responsable, y que su distribución sea equitativa, cumpliendo con los fines sociales y en estricto apego a los principios que rigen la recaudación de tributos, se niega a cumplir con el pago de tributos, sin contar a los frecuentes evasores tributos, los cuales no deben confundirse con los objetores fiscales.

Importante resulta la postura del autor De la Guerra (2020), quien sobre la resistencia fiscal expresaría:

Un reclamo social, que puede encontrar formas de concreción en la democracia la directa, también constituye una forma atípica de control social (no constitucionalizado) sobre la toma de decisiones de índole fiscal orientadas a la supervisión del rol que cumplen los ingresos tributarios en la satisfacción del gasto público. (p.147)

Al respecto del derecho a la resistencia fiscal es pertinente distinguir que la objeción de conciencia no se puede tomar como cuestiones análogas. En cuyo caso debe asimilarse al derecho a la resistencia, como una prerrogativa o facultad para oponerse en forma exteriorizada a la recaudación tributaria. Por otro lado, la objeción de conciencia implica las motivaciones intrínsecas para negarse a la recaudación de tributos, que pueden ser morales religiosas, o de otra índole.

Por otro lado, la objeción de conciencia en materia tributaria tal como distingue Ravn (2015), “*la objeción de conciencia no se puede extender subjetivamente, por razón de las propias creencias, más allá del ámbito objetivo del deber general que la Constitución establece*”. (p.90)

En relación a lo manifestado, conviene delimitar el objetivo del presente trabajo, con la finalidad de no ampliar en forma innecesaria, en la labor de investigación, centrando el objeto de estudio, el cual se enfoca en determinar el fundamento social, jurídico y filosófico del ejercicio del derecho a la resistencia en los Estados latinoamericanos. Para el desarrollo de este trabajo se ha precisado del uso de fuentes como: doctrina, jurisprudencia, y legislación internacional, las mismas que permitirán acercarnos al pensamiento filosófico en esta temática, así como el fundamento socio jurídico de la misma.

Con la finalidad de reforzar la trascendencia de los principios en el ejercicio del derecho a la resistencia, Medina et al. (2021), han afirmado que:

El objeto y fin del constitucionalismo es la protección de la dignidad del ser humano, mismo que mediante la adecuación del bloque de constitucionalidad permite que se incorporen nuevos derechos, principios y valores a la constitución de manera general, no en sentido literal, reforzando o debilitando el iuspositivismo. Ello convierte a los principios como instrumentos esenciales en la labor de tutela de derechos, siendo fundamentales para resolver los diferentes conflictos. (p. 217)

Para profundizar sobre este tema es necesario analizar componentes esenciales inherentes al tema planteado a partir de concepciones

doctrinarias y filosóficas del Derecho. En virtud de lo cual los métodos empleados para un abordaje integral del tema planteado serán: analítico, así como también el método histórico, y el sintético. En lo que respecta a la técnica empleadas será el fichaje y el estudio comparativo.

Principios en la recaudación tributaria

En Latinoamérica la cultura tributaria, no es muy aceptada socialmente, aunado a ello la calidad contributiva de los contribuyentes es la que debería medir la aportación tributaria. En tal sentido en Latinoamérica, y particularmente en Ecuador, esta se encuentra centrada en el hecho generador para determinar el monto del tributo.

Para Peralta (2015), los principios que rigen la recaudación tributaria, funcionan de la siguiente manera:

En ese sentido, los principios tienen un alto contenido de abstracción y pueden incidir sobre una amplia gama de situaciones. Al no existir un grado de jerarquía entre los diversos principios, su aplicación dentro de cada caso concreto requiere realizar un ejercicio de ponderación entre los principios involucrados, realizando concesiones recíprocas a fin de determinar cual deberá prevalecerá en determinada situación. (p.105)

En tal sentido, es posible afirmar que la recaudación tributaria requiere emplear un limitante o al menos una guía que dirija sus actuaciones, con la finalidad de que su ejercicio no se torne en desmedido, o a su vez sus actuaciones se sostengan en principios claros que sirvan para resolver conflictos en materia tributario, o a su vez nuevos desafíos en esta área. Esta recaudación tributaria se ejerce a través del direccionamiento de determinados principios esenciales para una balanceada relación jurídica, Estado-contribuyente.

La potestad estatal de recaudación tributaria a través, de impuestos, aranceles, contribuciones especiales de mejoras, y otros se ejerce a través de principios generales en la recaudación tributaria. Estos principios son los siguientes:

Principio de legalidad

El principio de legalidad, consiste en que el tributo y la forma de determinarlo debe estar definida en la ley, no en un reglamento o una resolución, pues esto alteraría este principio. En tal sentido sólo mediante ley orgánica sancionada por la Asamblea ejerciendo su función legislativa se puede establecer tributos siendo de tal forma arrogación indebida de funciones el hecho de que mediante resolución administrativa o mediante decreto emanado por el Presidente, se pretenda establecer un tributo o los términos para que este pueda configurarse, sus términos, así como forma de recaudación.

En refuerzo a lo antes descrito Peralta(2015), sostiene que

El tributo deberá materializarse en ley, conforme a la máxima “*nullum tributum sine lege*”. A contrario sensu, ninguna norma inferior a la ley podrá establecer obligaciones de carácter tributario, sobre pena de inconstitucionalidad. De esta forma, siendo que las leyes son disposiciones de carácter general, abstracto e impersonal, se pretende evitar que las autoridades fiscales establezcan discrecionalmente cargas tributarias arbitrarias y discriminatorias. (p.109)

Finalmente, con respecto a este principio de legalidad, es posible afirmar que el mismo se encuentra estrechamente entrelazado con el derecho a la seguridad jurídica y constituye un limitante al poder público. Al respecto este límite contentivo al poder público condicionado a que la creación de nuevos tributos o mecanismos tendientes a su configuración sean mediante ley orgánica, la misma que debe cumplir con los requisitos de validez de la norma jurídica, evitando la arbitrariedad.

El principio de equidad

El principio de equidad, por otro lado, esgrime en la imperiosa necesidad de que no se establezca una carga desproporcionada al contribuyente algunos autores consideran que se encuentra vinculado al principio de proporcionalidad, y otros difieren de aquello. Al respecto corresponde distinguir el principio de equidad el cual se encuentra directamente relacionado con la capacidad contributiva del sujeto pasivo, es decir

enfocado en la persona, a diferencia del principio de proporcionalidad que fiel a su origen está asociado a las infracciones se encuentra directamente vinculado a los hechos o actos.

En acotación al principio de equidad Moreno et al. (2013), han manifestado que

La esencia de estos principios consiste en que los impuestos sean justos y equilibrados; que el sujeto pasivo de la obligación no sea desmejorado en su condición, pues conllevaría una desigualdad, pondría a la administración en un grado de superioridad, causando con ello arbitrariedad y atesoramiento en detrimento del contribuyente. (p.120)

Al respecto es posible afirmar, sin lugar a dudas que estos principios son una verdadera limitante estatal en beneficio para quien tributa. En relación a lo expuesto también es posible afirmar que los obligados a cumplir con este tributo mantienen sus estrictos deberes y obligaciones como todo contribuyente. Empero sin perjuicio de aquello el estado debe a su vez garantizar una corresponsabilidad tributaria en la redistribución de los impuestos en obra pública y la prestación de servicios sociales eficientes a la colectividad.

El principio de progresividad

Este principio se establece en razón del progreso o desarrollo de la capacidad económica del contribuyente, es decir en términos comunes, el que gana más, paga más. La progresividad tributaria mide la riqueza para efectos de imponerles una carga tributaria, que la misma no resulte desproporcionada. En tal virtud el principio de progresividad obedece también a una creciente demanda social que exclama que quienes más tributos paguen sean aquellos con mayor porcentaje de riqueza, frente a aquellos con ingreso inferiores.

En referencia a este principio, Simón (2011), ha expuesto que:

Resulta evidente la relación de este principio con el de capacidad contributiva, pues el principio de progresividad es precisamente el que debe evitar que el aporte sea exagerado en relación con la

capacidad contributiva; es decir, el impuesto no debe ser desproporcionado, no debe abarcar demasiado, aun cuando haya manifestación de capacidad contributiva. (p. 219)

Finalmente, la progresividad se encuentra directamente relacionado con la capacidad del contribuyente de soportar la carga impositiva tributaria, sin que aquella le cause un perjuicio económico irreparable. Este principio esgrime que la capacidad del contribuyente se encuentra directamente relacionada con sus ingresos. Así como también con sus gastos deducibles. De tal forma que la determinación del tributo sea en razón de sus ingresos efectivos reales, y no se actúe en desmedro de sus intereses económicos.

Principio de irretroactividad

La irretroactividad garantiza al ciudadano estabilidad y seguridad en la actividad recaudatoria que ejerce el Estado sobre aquel. Esto implica que la actividad económica ejercida en periodos anteriores no se regirá por una ley venidera, pues esta no regirá para ejercicios fiscales anteriores sino para aquellos que sean posteriores a la entrada vigencia de la misma. En tal sentido esto brindaría certeza, y estabilidad al contribuyente de las actuaciones de la administración tributaria, evitándole sorpresas desafortunadas en el ejercicio de las facultades de recaudación tributaria del Estado.

En este sentido se puede concebir al principio de irretroactividad como aquel que faculta al uso de la legislación anterior solo cuando esta sea favorable al contribuyente. Por otro lado, impide que la ley anterior sea aplicada en forma desfavorable, estableciendo que la ley posterior debe sólo aplicarse a lo venidero en torno a la vigencia de la misma en el sentido tributario.

Principio de eficiencia, simplicidad administrativa y suficiencia recaudatoria

La eficiencia, concebida como más del ámbito gerencial, o corporativo, incluso desde la esfera del Derecho Administrativo. Al respecto con el apoyo de este principio se pretende acceder a mayor facilidad y simplificación en el pago de obligaciones fiscales, con estricto apego

a la optimización de recursos frente a las crisis económicas que establecen una política de austeridad. La eficiencia recaudatoria pretende evidenciar en sus resultados que podemos conseguir una suficiencia recaudatoria que pueda contribuir al fortalecimiento de la política pública y la obra social en beneficio de la colectividad.

Con respecto, a estos principios Orrala (2017), plantearía que

Esto será posible con la eficiencia y simplicidad administrativa de la administración tributaria al momento de diseñar los medios de recaudación y los criterios para gravar determinados hechos económicos en los que se desenvuelve la ciudadanía en general. (p.63)

En relación a lo manifestado, la diversificación de canales de atención, para informar, pagos como la facturación electrónica, las declaraciones en línea, e incluso el uso de casilleros virtuales, firmas electrónicas, obedecen a estos principios. En tal sentido el uso de nuevas tecnologías de la información, así como el acceso permanente a estructuras recaudatorias simplificadas permite estimular al contribuyente a cumplir con sus obligaciones formales y disuadirlo de la evasión tributaria, que no solo perjudica al erario público, sino también al bien común de la colectividad en general.

Principio de generalidad

El principio de generalidad esgrime precisamente en su alcance, pues la recaudación tributaria se ejerce tanto para nacionales, como para extranjeros, sin perjuicio desde luego de la aplicación de exoneraciones, para personas con discapacidad, devoluciones de IVA para adultos, mayores, incentivos fiscales para empresas nuevas, entre otros. Este principio establece no aplicar una política discriminatoria en la recaudación fiscal toda vez que el ejercicio de esta actividad recaudatoria cumple un fin social que es satisfacer las necesidades sociales con los recursos adquiridos, los cuales se reflejaran en la obra pública, la prestación de servicios sociales, la inversión en créditos productivo, y en términos generales el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo de cada país.

En adición a lo manifestado Simón (2011), ha referido que:

Desde esta posición se limita el principio de generalidad al instante de la aplicación de las normas tributarias, cuando este principio se refiere fundamentalmente al momento de creación de la ley, para que ésta contemple todos los supuestos de manifestación de riqueza que sean indicativos de capacidad contributiva. En otras palabras, la ley debe comprender de manera abstracta e impersonal a todas las personas que realicen el hecho imponible. (p.216)

El principio de generalidad, se podría asociar al principio de igualdad, toda vez que toda aquella persona que ejerza una actividad económica tiene la obligación jurídica impositiva de contribuir con el pago de impuestos al Estado. Esta obligación incluye a toda la población económicamente activa, sin perjuicio de las exenciones tributarias que dispone cada legislación, así como los incentivos establecidos en la ley y las exoneraciones así previstas en el ordenamiento jurídico.

En consonancia lo profesado, Moreno et al. (2013), mantienen que

Este principio consagra que, si una determinada persona se encuentra inmersa en una situación que lo obliga a contribuir, debe hacerlo sin importar la raza, sexo o religión. No se trata de obligar a todos a cancelar el tributo sino de disciplinar a aquellos que deben realizarlo y tienen la capacidad económica para hacerlo. (p.71)

El principio de transparencia

Este principio de transparencia en los Estados de Derechos y justicia, esgrime una obligación para cada Estado que implica evidenciar fielmente sus actuaciones, como en toda Institución Pública mediante informes de rendición de cuentas, conforme el artículo 90 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, o por el uso de otros mecanismos de participación social en la toma de decisiones que contribuirán al desarrollo y fortalecimiento del Estado, como aporte de una democracia participativa. Esa necesidad de garantizar transparencia en la actividad recaudatoria fue evidencia por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, pues en sus informes ha sostenido en forma reiterada que la falta de transparencia en el acceso a la información,

así como en el intercambio de información entre los Estados dificulta la suficiencia recaudatoria, y facilita la evasión tributaria (Ecuador. Asamblea Nacional, 2011).

En acotación al principio de transparencia el autor Orrala (2017), ha ratificado que:

En estos tiempos la transparencia aplicada a los fines tributarios tiene mucha importancia para la lucha contra la elusión y evasión fiscal. La fuga de capitales de sociedades o personas naturales que han obtenido su renta en un país determinado en gran medida se debe a la ausencia o poca transparencia de otros países que sirven de refugio o escondite para estas personas que con artimañas jurídicas trasladan sus beneficios a dichas jurisdicciones generando fraudes fiscales. (p. 66)

Finalmente, con respecto al principio de transparencia, es posible afirmar sin lugar a duda que este principio permite evidenciar los fines de la recaudación tributaria. Así como también permite prevenir el cometimiento de delitos relacionadas con la evasión fiscal, o la defraudación tributaria con el uso de empresas fantasmas, o el contubernio de servidores públicos.

La objeción de conciencia

La objeción de conciencia se puede asimilar como aquella ubicada en el fuero interno, que una vez exteriorizada esta evidencia una connotación moral, religiosa, o cultural. Esta denominada objeción de conciencia, tampoco obedece a una variable antojadiza de criterio opositor, la misma debe encontrarse consolidada en una fuente histórica, sólida que sustente tal objeción en una forma lógica, válida, razonable y motivada.

En adición a aquello Soler (2020), refiere que:

En última instancia cabe afirmar que la objeción de conciencia supone la exigencia de la aceptación de una fuente ética individual de la conducta humana y, por tanto, de la negación de la facultad del Estado para instituirse en supremo árbitro de lo que es justo o

no. Por ello, se debe actuar con suma cautela respecto a la objeción de conciencia, pues se podría llegar al punto de sobrevalorarla hasta tal extremo que nos llevaría a pensar que no hay ni podría haber ninguna instancia ética superior a la conciencia individual. (p. 926)

Al respecto la autora, Abellan (2018), que, en lo principal, confirma que:

En términos jurídicos la objeción de conciencia, por cuanto expresión de un dictamen moral, es una manifestación más de la libertad de conciencia. Por una simple razón. A diferencia de la libertad de pensamiento, que permite dar una respuesta autónoma a los interrogantes del mundo y de la vida, la libertad de conciencia no se limita a la libre formación de la conciencia, sino que comprende también la libertad de actuar conforme a los imperativos de la misma. Tiene una dimensión práctica. Esto es algo generalmente admitido y que –me parece- admite poca discusión. Entre otras cosas porque es esa dimensión práctica de la libertad de conciencia la única que tiene relevancia jurídica, pues la dimensión interna o psicológica resulta inasequible para el ordenamiento. Por eso la objeción de conciencia es en realidad un corolario de la libertad de conciencia, pues no es sino el nombre que recibe el ejercicio de esa libertad en situaciones de conflicto con algún deber jurídico. Es una noción lógicamente más restringida que la de libertad de conciencia, pero está plenamente integrada en ella. (pp.86-87)

En acotación a lo expuesto el ejercicio lógico del pensamiento, representando en una oposición fundamentada, obedece al ejercicio de la libertad de conciencia. Esta dimensión interna del pensamiento al ser exteriorizada representa la objeción de un pleno derecho en torno al respeto a las diferencias no sólo morfológicas, sino también al pensamiento crítico de la población sobre un determinado aspecto en debate.

El ejercicio a la resistencia fiscal

En la conciencia del ciudadano se encuentra los motivos intrínsecos por los cuales se opone a la recaudación de determinado de tributos. Por otro lado, la expresión de su objeción a través de su

exteriorización representa el ejercicio de un derecho constitucional, y convencionalmente reconocido, el cual se denomina derecho a la resistencia. El ejercicio pleno de este derecho ha sido sujeto a múltiples cuestionamientos, en cuanto a sus límites, y al eventual roce con otros derechos fundamentales.

En concordancia con lo señalado, los autores Guato y Fernández (2021), pronuncian que:

También se puede deducir que existen dificultades para reconocer a la protesta social como parte del derecho a la resistencia. Esto quiere decir que realmente el derecho a la protesta social, así como el derecho a la resistencia genera dificultades para su ejercitación y pueden muy fácilmente ser vulnerados para perjuicio de la gente. (p.50)

Al respecto el derecho a la resistencia implica como tal el derecho del administrado a manifestar su oposición frente a un tributo. Esta oposición debe ser materializada presentar escritos en forma motivada en ejercicio de su legítimo derecho a presentar peticiones o quejas en forma individual, o colectivamente. Sin embargo, esta renuencia, o esta tendencia a resistirse a la recaudación de determinado tributo debe ser masiva y representar a un sector importante de los contribuyentes, y no tratarse de peticiones aisladas que dejen entrever la carencia de cultura tributaria, y la intencionalidad de evasión fiscal injustificada.

En relación a lo manifestado las peticiones directas expresando oposición a la recaudación de determinado tributo constituyen una expresión directa en cada Estado democrático. Sin embargo, el ejercicio del derecho a la resistencia también puede expresarse a través de acciones públicas cívicas que expresen en forma transparente y motivada las razones de su oposición, se a que se encuentre amparada por el cumplimiento al principio de recaudación tributaria, u aspectos procesales.

Con relación, con lo señalado, Zuñiga (2020), enuncia que:

La resistencia fiscal se caracteriza por ser una alternativa ante; a) la aprobación legal de tributos que cumpliendo con el procedimiento

legislativo, son injustos desde el punto de vista económico ya que no respetan la verdadera capacidad contributiva; b) ante la falta de debido debate; es decir por la falta de democracia deliberativa y consensual que implica la vulneración del principio y derecho a la autoimposición; esto puede darse ante la tramitación de leyes económico urgentes con trámite breve y simplificado y con tiempo insuficiente para divulgación, análisis y debate inclusivo con la participación de los diversos actores sociales; así también ante la entrada en vigencia por ministerio de la ley de leyes que creen, extingan o modifiquen tributos, sin aprobación expresa de la función legislativa; y, c) ante el incumplimiento del principio de legalidad y de la reserva de la ley, mediante a la emisión de decretos ejecutivos, reglamentos o la emisión de actos normativos cuyo contenido debía estar obligatoriamente reservado a una ley fiscal y por lo tanto al debate democrático y consecuente aprobación social. (p.154)

En este sentido, es importante establecer una clara distinción entre la objeción de conciencia, y el derecho a la resistencia. El derecho a la resistencia es la manifestación contundente mediante escrito, manifestaciones del cumplimiento de un mandato de autoridad competente, o una disposición legal. Por otro lado, la objeción de conciencia se constituye como la motivación intrínseca que motiva al objetor al desacuerdo con determinado aspecto.

Democracia representativa, deliberativa y participativa

En relación a las concepciones de democracia deliberativa, representativa y participativa, amerita destacar en forma pormenorizada las mismas. En el ejercicio de una democracia deliberativa como en una representación del sistema de jurados se incluye a toda la comunidad que será afectada por las decisiones del poder público a fin de que expongan sus ejercicios motivacionales que evidencien su valoración crítica del caso sometido a discernimiento, en tal sentido podría asimilarse como un mecanismo de la democracia deliberativa el derecho a la consulta previa. Por otro lado, en la democracia representativa son aquellos elegidos por el pueblo en el marco de un proceso democrático de sufragio, los que adoptan las decisiones trascendentales para el Estado. Por otro lado, la democracia participativa implica la interacción

del pueblo en la toma de decisiones, sea mediante mecanismo tales como la silla vacía, la consulta popular, las veedurías ciudadanas, u otro, en la cuales el pueblo expresa el sentir en aspectos sustanciales para el Estado.

Aludiendo a la democracia representativa Zúñiga (2020), ha expuesto que:

En la democracia representativa los elegidos, van a llevar a los debates públicos el criterio de los electores, al menos así debería ser; configurando al mismo tiempo otras formas de democracia, tales como la deliberativa, que busca motivar la decisión en principios de igualdad y justicia; y la consensual, que busca a través de posiciones mayoritarias legitimar las decisiones cuando existe diversidad de criterio entre gobernantes y gobernados. (p.144)

Sin embargo, Piana y Córdoba (2016), con relación a la democracia deliberativa consideran que *“la democracia deliberativa es democracia porque el proceso incluye a todos los que serán afectados por la decisión; y es deliberativa porque la toma de decisiones surge del intercambio de argumentos entre participantes apegados a los valores de la racionalidad y la imparcialidad”*. (p.27)

En referencia a la democracia participativa el autor Montecinos (2009), opina:

La evolución de la investigación sobre el presupuesto participativo en América Latina revela que la preocupación actual no es insistir en las bondades de este mecanismo de democracia participativa, ya que tal hecho está demostrado y existe suficiente evidencia empírica para respaldar dichas hipótesis. La preocupación actual es conocer cuáles son las condiciones políticas, sociales e institucionales que hacen del presupuesto participativo un mecanismo complementario a los tradicionales mecanismos e instituciones de la democracia representativa, de tal forma que se transforme efectivamente en un instrumento revitalizador del sistema democrático en general. (p.164)

En lo que respecta a la democracia deliberativa, Domínguez (2013), plantea que:

En conclusión, se ha querido resaltar la importancia de la deliberación y participación ciudadana en lo atinente a la construcción de Estado. La actividad permanente de construcción de Estado parece encontrar en la formulación de Habermas los presupuestos ético-políticos más plausibles para la actuación correcta de la ciudadanía respecto a dicha actividad: ciudadanos con alto grado de participación política en la construcción de unidad política, de deliberación pública regulada por el respeto a los principios constitucionales, y el seguimiento de los procedimientos institucionalizados de comunicación. Lo anterior exige la consolidación de una cultura política con capacidad para intervenir y realizar cambios estructurales en las prácticas sociales e instituciones que conforman el poder estatal. (p.325)

En relación a las características esenciales de la democracia participativa, representativa y deliberativa, de las cuales se han referido los autores, se ha podido evidenciar cuales son los beneficios del empoderamiento democrático de la población en un Estado democrático de Derechos y Justicia. Esta participación social reforzada es fruto de la evolución histórica de los pueblos en aras de promover un ejercicio sano de la democracia y el goce efectivo de las libertades clásicas, sus derechos civiles y políticos.

Fundamento del ejercicio del derecho a la resistencia

En aditamento a la transcendencia del derecho a la resistencia, es conveniente añadir, que el mismo debe perpetuarse sin la afectación a bienes jurídicos estatales o particular, pues esto más bien construiría en un abuso o degeneración de este derecho. Por otro lado, el uso de este derecho ha sido criminalizado si lo que se paraliza es la prestación de un servicio público, o e grave insubordinación frente a órdenes de autoridad competente.

En forma más prolija Cabezas y Trelles (2022), al referirse al derecho a la resistencia aportan con el siguiente criterio:

El DR aun con su reconocimiento jurídico, es una figura de compleja interpretación, que en la práctica se ha tornado inaplicable por la ausencia de regulaciones legales específicas que complementen su efectivo ejercicio y tutela. Su concepción erróneamente se ha asociado a manifestaciones violentas de desobediencia civil detonantes de caos y anarquía. Indispensablemente, debe superponerse el diálogo intercultural y la conciliación para tratar el conflicto en condiciones pacíficas, la construcción de espacios de resistencia debe consolidar el fortalecimiento del sistema democrático y su reconocimiento como derecho, ser el eje de la justicia social en cualquier estado o gobierno. (p.246)

En acotación al derecho a la resistencia, y el menosprecio que reciben de la línea de opositores, Díaz (2019), ha dispuesto:

Por ende, debemos entender su hostilidad a la resistencia dentro del contexto de sus principios morales, pues los instrumentos de la insurrección involucran en gran medida a la violencia, por lo que rechaza la tradición donde se permitía el tiranicidio para salvar la república; aunque siguiendo su razonamiento del argumento trascendental también rechazó toda oposición coactiva. Kant con el objetivo de mantener el equilibrio en su hilo conductor argumentó que el dirigente debe permanecer sujeto a la ley, pero que al mismo tiempo se podría derrocar por el poder legislativo, es decir, por vías institucionales. Además, para el filósofo es claro que los gobiernos ya establecidos deben enfocarse en el fortalecimiento del derecho y adoptar la soberanía popular como principio a menos que deban someterse a los resultados de las revoluciones. (p. 32)

En correlación, con la legitimidad del ejercicio del derecho a la resistencia los autores Ajila y Quinche (2022), han aludido:

El análisis de la legitimidad del ejercicio del derecho a la resistencia debe realizarse también considerándolos elementos facticos que la generan, como es: a) El impacto de la vulneración de los derechos

constitucionales afectados; b) los efectos jurídicos y materiales generados; c) La identificación de la autoridad generadora de la vulneración de los derechos; y, d) Identificación de vías institucionales que permitan la reivindicación de los derechos presuntamente vulnerados. (p.1833)

En adición a lo expuesto, Figueroa & Vallejo (2021), en lo principal aportan:

Desde el punto de vista doctrinal se han establecido circunstancias en las cuales donde se puede ejercer el derecho a la resistencia sin vulnerar el ordenamiento jurídico dentro de las cuales se establecen contra actos u omisiones que vulneren derechos constitucionales como la vida, la libertad la dignidad humana, en Ecuador varias organizaciones sociales se han acogido al derecho a la resistencia, entre ellas la Unión Nacional de Educadores a ser evaluados por el Ministerio de Educación, la resistencia del sector indígena a la explotación minera a gran escala en ciertas zonas del país, entre otras. (p. 277)

En suma a lo manifestado Bonifaz & Solórzano (2021), en lo pertinente refieren:

La resistencia es un derecho subjetivo que debe ser considerado como una garantía constitucional, se lo utiliza por parte del ciudadano para expresar su rechazo en contra de las acciones u omisiones del poder público, como principal objetivo tiene el de expresar su rechazo contra la vulneración de derechos constitucionales y buscar el reconocimiento de nuevos derechos. (p.15)

En referencia a la protesta social en la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, en su artículo 21 podría encontrarse el derecho de reunión. Este denominado derecho al ejercicio a la protesta social protege la libertad de reunión pacífica con una misión común. El ejercicio de este derecho permite manifestar libremente la libertad de cultos, pensamientos y la práctica dinámica de la diversidad social, política, religiosa y cultural. Esta facultad de manifestación espontánea permite afianzar la democracia en los países con mayores y mejores

iniciativas para el desarrollo (Organización de las Naciones Unidas, 1948).

Dental manera que Vera (2019), ha manifestado:

Finalmente, la resistencia no solo es una realidad de hechos sino un instrumento necesario en el sistema político descrito en el Leviatan. Por ello, esta obra hobbesiana es una exaltación a la satisfacción en la que el filósofo busca dejar claro a sus conciudadanos que la libertad, como eje central de la resistencia, funciona como una complicación, puesto que si las necesidades individuales se encuentran satisfechas no hay una oportunidad evidente ni legítima racionalidad para dicho acto de resistencia política y esta, al igual que el pacto, incluso cuando se fusiona en los derechos individuales, es posible que acontezca cuando se produzca la confirmación de una voluntad colectiva. (p.55)

En el mismo sentido, Cortés (2010), ha referenciado:

Tras apelar al cielo y entrar en guerra contra los rebeldes, el pueblo recupera a través del derecho a la rebelión, aquel proceder racional que los gobernantes han traicionado y destruido. Mediante el ejercicio del derecho a la resistencia se busca, de un lado, la eliminación del desorden producido por el hecho de que el gobernante ha traicionado la confianza que el pueblo le ha dado, y, de otro lado, la restauración del orden al recuperar el pueblo el poder supremo y poder conformar una nueva forma de gobierno. (p.129)

Finalmente, aunado a estos criterios, conviene recalcar que, el ejercicio del derecho a la resistencia se torna más problemático de ejercer en países totalitarios. Esta afirmación tiene su asidero, toda vez que en los Estados con una constitución débil o utópica. Así como en los países latinoamericanos en los que este derecho se ha afianzado con respecto al ámbito político, debido a la desconfianza generalizada del pueblo en sus representantes, se ha podido evidenciar en los últimos cinco años diversas manifestaciones en contra de Gobierno de cada Estado por las medidas económicas con carácter de urgente que lejos de restaurar la paz y el orden.

En el desarrollo del presente trabajo en referencia al derecho a la resistencia y a la objeción en materia fiscal, se ha podido efectuar las siguientes conclusiones:

En lo concerniente a la objeción de conciencia fiscal debe fundamentarse en los principios tributarios. Por otro lado, la resistencia fiscal debe entenderse como el legítimo derecho ejercido por la ciudadanía de manifestar su oposición a la recaudación fiscal que encuentra su legitimación en el incumplimiento del poder público y que se relaciona en gran medida con la justicia y progresividad tributaria en la recaudación fiscal.

El derecho a la resistencia se aplica cuándo el poder estatal ha sobrepasado los límites de sus facultades contempladas en la Constitución y la ley, sin embargo, el ejercicio de este derecho constituye un verdadero límite a la arbitrariedad estatal. En el Ecuador el Derecho a la resistencia se puede ejercer tanto en forma individual como colectiva, así como también puede ser ejercido entre las acciones u omisiones estatales, o de particulares frente a afectaciones en sus derechos, o para promover el desarrollo evolutivo de estos.

La objeción de conciencia en el ámbito tributario esgrime en cambio la negativa a realizar el pago de tributos calificados como injustos, por otro lado, la resistencia es la expresión de esta mediante escrito o en forma colectiva a través de manifestaciones populares cuándo los tributos impuestos al sujeto pasivo no obedecen en forma estricta a su capacidad económica.

En alusión al derecho a la resistencia entre los diferentes instrumentos internacionales, se encontraría Carta de las Naciones Unidas, sobre el principio de libre determinación de pueblos, sobre la base de la igualdad. Por otro lado, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo y finalmente en la Declaración Universal de DDHH, entre sus considerandos.

En forma coincidente el ejercicio del derecho a la resistencia y la objeción de conciencia comparten una relación en cuanto a su motivación derivada de los principios que rigen la fiscalidad nacional. Es decir que la objeción fiscal tiene su fundamento en el incumplimiento estatal de los principios que rigen la tributación, como en otros casos pueden

derivarse de la moral, la religión, u otros. El legítimo ejercicio del derecho a la resistencia supone la existencia de un fin constitucionalmente válido que motiva las manifestaciones contrarias a las disposiciones del poder público, que se presumen como arbitrarias.

Referencias Bibliográficas

- Abellán, M. (2018). Defensa de la objeción de conciencia como derecho general. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 15(3), 86-87.
- Ajila, D., & Quinche, D. (2022). El Ejercicio al Derecho a la Resistencia como Garantía Constitucional Extraintitucional en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *Revista Polo del Conocimiento*, 7(10).
- Bonifaz, D., & Solórzano, M. (2021). El derecho a la resistencia en el Ecuador: reflexiones desde los acontecimientos de octubre de 2019. *Revista Científica Multidisciplinar Ciencia Latina*, 5(6).
- Cabezas, M., & Trelles, D.(2022). Derecho a la Resistencia. *Revista Polo del Conocimiento*, 7(10).
- Cortés, F. (2010). El contrato social liberal: John Locke. *Revista Coherencia*, 7(13).
- Díaz, A. (2019). Sobre el derecho a la resistencia en Immanuel Kant. *Revista de filosofía UIS*,18(2).
- Domínguez, H. (2013). Democracia deliberativa en Jürgen Habermas. *Revista Analecta política*, 5(2).
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2011). Ley orgánica de Participación Ciudadana. <https://www.etapa.net.ec/Portals/0/TRANSPARENCIA/Literal-a2/LEY-ORGANICA-DE-PARTICIPACION-CIUDADANA.pdf>
- Figueroa, H., & Vallejo-Cárdenas, P. (2021). El derecho a la resistencia de la población ante la vulneración de los derechos constitucionales por parte del Estado Ecuatoriano. *Revista Científica FIPCAEC Fomento de la investigación y publicación en Ciencias Administrativas, Económicas y Contables*, 6(5).
- Guato, Y., & Fernández, G. (2021). El derecho a la resistencia y la vulneración de los derechos constitucionales. *Revista de Producción, Ciencias e Investigación*, 5(38).

- Medina Peña, R., Valarezo Román, J., & Romero Romero, C. D. (2021). Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo Latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 213–225.
- Montecinos, E. (2009). El presupuesto participativo en América Latina. ¿Complemento o subordinación a la democracia representativa? *Revista del clad Reforma y Democracia*, 44(5).
- Moreno, C., Grass, Y., & García, X. (2013). Principios constitucionales que rigen el sistema tributario. *Revista Dixi*, 15(17), 70-71. _
- Orrala, M. (2017). Los principios generales del derecho tributario según la constitución de Ecuador. *Revista Empresarial ICE-FEE-UCSG*, 11(42).
- Peralta, C. (2015). Tributación y derechos fundamentales los principios constitucionales como límite al poder tributario. Reflexiones a partir de los ordenamientos jurídicos de Brasil y Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 138(5).
- Piana, R. S., & Córdoba, G. (2016). Democracia representativa y democracia deliberativa. Un análisis teórico a partir del proceso de reestructuración de las tarifas de gas en Argentina. *Revista de Derecho, Buenos Aires*, 21(7).
- Ravn, N. D. (2015). Fiscalidad y Derechos Humanos: Análisis del sistema tributario español desde el punto de vista del convenio europeo de derechos humanos. (Tesis Doctoral). Universidad de Sevilla.
- Simón, L. (2011). Los principios de justicia tributaria en la historia constitucional cubana. *Revista Cuestiones constitucionales*, 25(5).
- Soler, J. (2020). Las objeciones de conciencia. *Revista Derecho y Religión*, 10(7).
- Vera, A. (2019). Sobre El Derecho a la Resistencia según Thomas Hobbes y John Locke. *Revista Científica Guillermo de Ockham*, 17(20).
- Zúñiga, E. (2020). Democracia, autoimposición y tributos. *Revista Iuris Dictio*, 26(5).



El surgimiento del neoconstitucionalismo y su incidencia en la legislación ecuatoriana

Karolay Escobar González¹

¹ Universidad Metropolitana Sede Machala. Ecuador.

En el presente trabajo se realiza un análisis de la corriente neoconstitucional, estableciendo de donde surge esta nueva idea de constitucionalismo y analizando lo mencionado por varios estudiosos del derecho respecto a esta nueva tendencia. Asimismo, se realiza una breve descripción de como el Ecuador ha adoptado esta filosofía del derecho en la Constitución ecuatoriana (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

En la primera parte del trabajo encontramos los antecedentes históricos que dieron lugar al surgimiento del neoconstitucionalismo, seguido de aquellos se describen algunas características de esta corriente según lo señalado por varios autores (Ávila, 2009, 2011; De la Rosa, 2010; Raymundo, 2014; Parra, 2019; Erique, 2021). En una tercera parte del trabajo se desarrolla como el reconocimiento de los derechos fundamentales fue plasmándose en pro del ser humano en distintos cuerpos normativos a lo largo de la historia y como de a poco se logró un mejor reconocimiento de aquellos derechos en normas que en épocas pasadas eran consideradas con un carácter general y superior.

Luego encontramos a la historia del constitucionalismo ecuatoriano y como ha ido evolucionando desde la separación del Ecuador de la gran Colombia, realizando un breve repaso de la vida constitucional de nuestro país hasta llegar a la actual constitución, donde luego, se realiza una descripción de como la doctrina neoconstitucional ha tenido su impacto e influencia en el constitucionalismo actual.

Finalmente, se realiza el análisis de una sentencia de acción de protección para buscar demostrar como la administración de justicia en

Ecuador, en sus actuaciones cumplen con aquellos elementos propios del neoconstitucionalismo, los cuales se encuentran plasmados en la propia norma suprema.

El objetivo del presente trabajo es analizar la corriente neoconstitucionalista desde la valoración de sus conceptos y su aplicación e influencia en la Constitución ecuatoriana (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), donde como resultado se analizan algunos aspectos que son aplicados en el derecho constitucional ecuatoriano como es la rigidez constitucional, el surgimiento de garantías jurisdiccionales, el control de constitucionalidad realizado por un órgano supremo y especializado.

La metodología utilizada es bibliográfica documental con alcance descriptivo ya que se recurrió al criterio de varios autores de libros, revistas científicas, nacionales e internacionales concretamente sobre la doctrina neoconstitucionalista. También se procedió aplicar el método histórico en la revisión de normativas para desarrollar la investigación.

Esta corriente del derecho surge en Europa, posterior a la segunda guerra mundial, luego de que la Alemania Nazi junto a sus gobiernos fascistas tomen como mandato lo establecido en una norma para proceder a vulnerar los derechos de las personas de forma cruel y degradante. Después de aquellos eventos que marcaron la historia de humanidad, Alemania, al igual que otros países de Europa como Italia, Portugal, España y Francia se plantearon profundas transformaciones para lograr concebir al estado y al derecho de mejor manera, en aras de velar y garantizar los derechos humanos de las personas.

Es así como referencia de implementación de esta nueva corriente constitucional se puede mencionar a la Constitución Alemana (Consejo Parlamentario de Alemania, 1949), con la denominada Ley Fundamental de Bonn de 1949, donde a partir de esta se crea al Tribunal Constitucional Federal el cual da paso a la realización de un sistema jurisprudencial con observación estricta a la norma constitucional. Del mismo modo, Italia, con la constitución de 1947 (Alemania. Asamblea Constituyente, 1947), donde como resultado de aquello surge una Corte Constitucional.

Cabe mencionar que antes del surgimiento de esta nueva corriente constitucional, las constituciones de los diferentes estados se encargaban de regular y limitar los poderes del estado, dando prioridad

a lo establecido en la ley para administrar justicia, aun cuando en sus mandatos pudieran transgredir derechos fundamentales. Consecuentemente, con la nueva corriente neoconstitucional se manifiesta una nueva forma de concebir al derecho constitucional, donde en la actualidad los administradores de justicia se despojan de la simple visión de aplicar solamente la ley, para transformarse en intérpretes de la norma, velando por la efectiva vigencia de los derechos en virtud del principio pro homine.

Por lo cual, en la actualidad las normas constitucionales se dividen en dos partes una denominada como parte orgánica y la otra como parte dogmática, la primera hace referencia a la organización y estructura de los poderes principales del estado, mientras que la segunda recoge todos los principios, derechos y valores de los cuales gozaran las personas.

En el continente latinoamericano, producto de la influencia neoconstitucionalista europea de los países europeos occidentales ha conllevado al surgimiento de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, donde se recoge un amplio catálogo de principios y derechos, constitucionalizando a los ordenamientos jurídicos a través de procesos democráticos que dan paso a la promulgación de constituciones transformadoras.

Por su parte Carbonell (2007), ha mencionado que *“no existe duda que este constitucionalismo ha favorecido el alumbramiento de una teoría del derecho en muchos aspectos disímil y hasta contrapuesta con la teoría positiva que sirvió de referencia para el Estado de derecho del siglo XIX”*. (p.19)

Por otro lado, Celi (2017), que cita a Carbonell (2007), afirma que:

El neoconstitucionalismo agrupa varias teorías del derecho que dan paso a tres fenómenos actuales. La primera, las constituciones iberoamericanas que incluyen normas procedimentales y materiales que coartan los poderes y garantizan los derechos; la segunda, las praxis jurisprudenciales que interpretan y emplean el contenido de las normas constitucionales; y, la tercera, la teoría desarrollada

por autores que a la vez que explican lo de las constituciones y prácticas jurisprudenciales, han conseguido encaminarlas. (p. 19)

En esta misma línea de pensamiento, Erique (2021), *“el hablar de neoconstitucionalismo, hace énfasis al hecho de que la Constitución es la que prima sobre el resto de las normativas, que no son más que el complemento específico de la misma carta fundamental”* (p. 14). Extendiendo lo anteriormente dicho, el neoconstitucionalismo es una corriente jurídica que sitúa a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico, interpretando al derecho desde el respeto de los derechos fundamentales. Esta doctrina estructura el ordenamiento jurídico ubicando a la Constitución como fuente central donde a partir del cual deben interpretarse todas las normas infraconstitucionales, brindando una debida legalidad y el sometimiento de los poderes del estado a los preceptos constitucionales.

En relación con lo indicado en párrafos anteriores, Dacasa (2023), menciona algunas características del neoconstitucionalismo entre estas encontramos las siguientes:

1. La consideración del valor superior de los principios sobre las reglas.
2. La aplicación judicial de los principios de ponderación y proporcionalidad en oposición a la subsunción.
3. La omnipresencia de la Constitución en el sistema jurídico.
4. La preponderancia de la actuación judicial sobre la autonomía legislativa. (p.19)

Además, el autor menciona que la característica principal de esta doctrina jurídica es la supremacía de la Constitución, dado que es el fundamento válido y formal de todo el ordenamiento jurídico, por lo tanto, cualquier norma o acto de autoridad que contravenga sus preceptos, son nulos. Afirma Dacasa (2023), al exponer sobre el Neoconstitucionalismo que es una nueva forma de interpretar la Constitución:

La Constitución considerada como un ordenamiento axiológico que exige su aplicación en todo el ámbito normativo estableciendo un orden vinculante de esos valores, entendiendo a los derechos humanos como derechos subjetivos que limitan el poder del Estado, y por otra parte, como un sistema axiológico que irradia todo el sistema jurídico partiendo de considerar que los derechos humanos son un principio de interpretación para el resto de la legislación. (p. 44)

Por lo tanto, se puede acotar que esta corriente jurídica es contraria al constitucionalismo positivista, el cual daba prioridad a la aplicación de las leyes dejando a la constitución únicamente como aquella norma encargada de regular y organizar los poderes del estado. Consecuentemente, con la nueva filosofía neoconstitucional nace una nueva forma de concebir y llevar a cabo al derecho constitucional en los estados, ya que en la actualidad los administradores de justicia renuevan su antigua visión de aplicar solamente la ley para resolver los conflictos jurídicos, transformándose en intérpretes de la norma, velando por la efectiva vigencia de los derechos en virtud del principio *pro homine*.

En resumen, el neoconstitucionalismo transforma a la Constitución pasando de ser una norma política que organiza los poderes del estado, a ser aquella norma suprema y principal del ordenamiento jurídico que recoge principios, valores, derechos y reglas en pro del bienestar de las personas, esto es velando por el debido respeto de los derechos fundamentales, por lo tanto, para alcanzar dicho objetivo los administradores de justicia deben lograr un amplio entendimiento e interpretación de los preceptos constitucionales, para garantizar la progresividad de los derechos conforme a las nuevas necesidades de la sociedad.

Ferrajoli (2009); y De la Rosa (2010), dan tres respuestas distintas respecto a lo que se entiende por derechos fundamentales, esto es, desde el ámbito dogmático constitucional, filosófico y desde la teoría del derecho. “*Según la dogmática constitucional son derechos fundamentales aquellos derechos que tienen carácter universal e indisponible consagrados en el derecho positivo*” (De la Rosa, 2010, p. 40).

De igual forma expone De la Rosa (2010), que “*la filosofía política por su parte no dice que son los derechos fundamentales, es decir, no da una respuesta asertiva, sino que menciona cuales deben ser considerados como derechos fundamentales*” (p. 40). Y para lograrlo hace uso de tres criterios valorativos:

El primero es que debe existir nexo entre derechos humanos y paz, esto según la Declaración Universal de Derechos Humanos que supedito la paz interna de los Estados a la garantía de los derechos humanos; el segundo es el nexo entre derechos e igualdad, que se expresa en un doble sentido: como garantía de las diferencias personales y como reducción de las desigualdades materiales, el tercero es el de los derechos fundamentales como ley de los más débiles, pues históricamente estos derechos han sido el fruto de luchas y revoluciones que representan conquistas de los más débiles frente a los más fuertes. (p. 40)

La teoría del derecho, por su parte, busca definir a los derechos fundamentales sin determinar el contenido de estos. Es así como, los derechos fundamentales no son más que los mismos derechos humanos que han sido positivizados en una carta fundamental o norma suprema, es decir la Constitución, transformándose así en derechos constitucionales. Entre algunos ejemplos, argumenta Bianchi (2009), que la positivización de los derechos humanos encontramos a Inglaterra en 1215 con la denominada Carta Magna, en la cual se proponía un modelo compartido entre el ejercicio del poder del estado y las libertades compartidas de las personas. En 1628, con la llamada Petición de derecho, donde se recogían algunas garantías como que no puede existir impuesto sin el previo consentimiento de los individuos, que los soldados no pueden alojarse en propiedades privadas sin el previo consentimiento del propietario.

Asimismo, la *Bill of Rights*, donde se garantiza la independencia del actuar del parlamento frente a la corona y, la Ley de libertades, donde se garantiza las libertades de los súbditos frente al rey. Por lo cual, uno de los legados más relevantes en la historia del constitucionalismo inglés es su idea de constitución y democracia el cual tiene como objetivo limitar el ejercicio de los poderes a través de los derechos

fundamentales, garantizando la libertad como límite a los poderes del gobernante y a la función normativa del legislador (Evangelista, 2015).

En el derecho americano, nace el control de constitucionalidad, el cual declaraba la nulidad de cualquier ley que desconozca a la Constitución. Acá se da el surgimiento del estado constitucional y una nueva idea de Constitución donde se la entiende como la super ley la cual es rígida y garantiza derechos y limita los poderes del estado. Se puede acotar, que la visión norteamericana fue desde el principio lograr consolidar la idea de un estado constitucional de derechos fundamentados en que la Constitución debía ser la norma suprema y vinculante.

Dicho lo anterior, se puede observar cómo en Inglaterra y Estados Unidos en sus distintas legislaciones se ha buscado reconocer a través del derecho positivo, los derechos humanos del hombre, es decir, plasmarlos en normas escritas y que las mismas sean de aplicación para la correcta regulación y desarrollo de las personas en la sociedad. De ambos ejemplos se puede mencionar a simple vista que el derecho estadounidense es el que más se asemeja a lo que hoy se denomina neoconstitucionalismo, dado que establece en su legislación una norma suprema la cual otorga garantías y limita poderes a las entidades estatales, estableciéndola como la madre de las demás leyes existentes.

Sin embargo, no se puede menospreciar el aporte del derecho anglosajón, dado que sin la positivización de los derechos humanos en normas formales que garantizan el cumplimiento y la no vulneración de estos, no se hubiese llegado al criterio y al desarrollo de establecer una norma madre con efecto irradiador sobre las demás leyes del ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Ecuador desde su separación de la Gran Colombia y su fundación como país independiente ha tenido veinte constituciones, autores como Ávila (2009), que cita al historiador ecuatoriano Ayala (2004), el cual realiza un resumen del proceso de constitucionalización del Ecuador mencionando lo siguiente:

El Ecuador tiene un récord en la adopción de nuevas Constituciones, el cual no es precisamente por la necesidad de cambios sino, más

bien, por la inestabilidad política, que ha traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se ha roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial, se ha vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general ha entrado en vigencia con la elección de un nuevo gobierno. (p. 190)

En línea de pensamiento con Ávila (2009), este menciona que las constituciones ecuatorianas pueden clasificarse hasta la Constitución de 1998. (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1998), desde cuatro criterios: liberal conservador, liberal laico, legal-liberal-social y neoliberal. El primero asocia riqueza con poder político donde el libre mercado y el sector económico privado caracterizaban el espacio público. Respecto al reconocimiento de los derechos, solo eran reconocidos los derechos individuales tanto civiles y políticos, asimismo solo se consideraban ciudadanos a aquellos individuos que poseían determinadas características como ser mayor de edad, ser hombre, ser propietario, no trabajar en relación de dependencia, tener educación y en alguna Constitución con esta característica se requería profesar el catolicismo, por lo cual los únicos que alcanzaron a cumplir estos requisitos luego de la independencia del yugo español, fueron los criollos. En Ecuador las doce primeras constituciones poseen estas características.

El segundo criterio, se caracteriza por el laicismo donde se separa a la iglesia y al estado, se reconocen las libertades a los ciudadanos, ya no solamente se discute de política, sino que también se habla de economía. Sin embargo, para ser considerado ciudadano aun siguió teniendo varias características restrictivas.

El constitucionalismo legal-liberal-social, Ávila (2011), menciona que es liberal,

Dado que es un modelo económico individual, marcado por la prevalencia del derecho privado, que se manifiesta en la organización de la administración de justicia. En cuanto a la teoría del derecho, pregonada en las universidades, y aplicada por la administración de justicia, gira alrededor del Código Civil. (p. 89)

Es social, dado que se reconocen derechos sociales, culturales, económicos, laborales, educación, salud, seguridad social. Asimismo, se crea el Banco Central del Ecuador y la Contraloría General del Estado, se da la reforma agraria. En la Constitución de 1967 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1967), se pueden palpar clases sociales con privilegios.

Finalmente, el constitucionalismo neoliberal, siguiendo la misma línea de ideas del Ávila (2011), menciona que en esta parte se puede identificar una transición hacia la democratización del estado partiendo desde la Constitución de 1979 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1979), donde se amplían los derechos y se da el reconocimiento explícito de los derechos económicos, sociales y culturales, además de profundizarse en el ámbito del reconocimiento de la ciudadanía, donde la presencia del pueblo indígena tiene una notoriedad significativa en la esfera pública.

En este orden de ideas, ya para 1998 llega una nueva Constitución (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1998), la cual es aprobada por una asamblea nacional influenciada por las elites del poder y los intereses de estos y aprobada en un cuartel militar. Entre las cosas a destacar fue el avance en materia de derechos dado que se reconoce el derecho de los indígenas, derechos de niños y niñas, derechos de las mujeres, derechos de las personas con discapacidad. Se crea un tribunal constitucional y se establece que el estado es social de derecho, se crea a la figura jurídica conocida como el amparo como una garantía judicial, se crea la institución jurídica nombrada candado constitucional la cual buscaba que el sistema de reforma constitucional sea rígido, por lo que se puede palpar como un primer paso para alcanzar un estado constitucional de derechos en la historia del Ecuador.

Por su parte, Echeverría (2008), menciona que *“la Constitución de 1998 es avanzada en su parte dogmática, es decir, con relación al reconocimiento de los derechos, pero retrasada en su parte orgánica, o sea, en aquella que define los mecanismos concretos de realización de los derechos”* (p. 25). Como aporte a lo mencionado anteriormente, se puede analizar que en la Constitución política de 1998 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1998), ya se presentan notables rasgos de la

corriente neoconstitucional ya que para el análisis de la constitución se cuenta con un juez especializado de última instancia, se da un gran paso en el desarrollo y reconocimiento de derechos y garantías, la constitución ya no puede ser reformada por vías ordinarias, ni por el parlamento dado que se da la institución del candado constitucional y se lleva a cabo el reconocimiento del sistema internacional de Derechos Humanos reconociéndolo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, aunque, la parte orgánica tenía algunas deficiencias al igual que el régimen económico el cual se mantenía liderado por el modelo constitucional liberal-tradicional.

Para poder comprender el avance constitucional que vivió el Ecuador a raíz de la promulgación de la Constitución de 2008 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), es importante entender dos conceptos fundamentales como lo es la legalidad y la constitucionalidad, dado que a partir de la entrada en vigencia de dicha constitución el Ecuador paso de ser un estado de derecho a un estado de derechos y justicia social. El estado legal es un modelo de estado donde las autoridades y las estructuras del poder son determinadas a través de la ley, y los poderes del estado son tres: el poder legislativo, el poder ejecutivo, y el poder judicial. Asimismo, los límites del estado estaban interpuestos por el parlamento, ya que el poder ejecutivo estaba limitado en su actuar a lo que establecía la ley, y el poder judicial era un simple vocero de la ley.

A través de la ley se plasmaba cuáles serían los derechos y las distintas competencias de las autoridades, la constitución podría ser cambiada por el parlamento dado que la constitución no era rígida y podría ser cambiada a través de un proceso ordinario de creación de leyes, por otro lado, los derechos de las personas eran aquellos que se encontraban recogidos en las distintas leyes.

En el estado constitucional, según Ávila (2009), “*la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder. La constitución es material, orgánica y procedimental*” (p. 777). Además, es la norma suprema del ordenamiento jurídico por lo que las demás normas inferiores deben guardar concordancia con la misma.

La Constitución (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) es material que recoge derechos que serán protegidos con tal relevancia al punto de que serán la finalidad del estado el garantizarlos, es orgánica ya que establece cuáles serán los órganos que conformaran al estado los mismos que tienen la obligación de velar por la no vulneración de los derechos de las personas, y finalmente es procedimental porque se establecen todos los mecanismos de participación los cuales tienen como finalidad que todos los debates públicos sean informados y se encuentren reglados esto con dos finalidades ya sea para la correcta toma de decisiones o para la elaboración de las normas jurídicas.

Por consiguiente, para el jurista ecuatoriano Ávila (2009).

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, aun 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 los estados constitucionales la constitución es rígida y no pueden ser reformadas por procedimiento ordinario del parlamento. (p. 777)

La constitución es la norma jurídica de directa aplicación dado que es una norma vinculante, por lo que para sancionar su inadecuada aplicación y el incumplimiento de la misma se requiere de una autoridad competente específica para esa labor. Esta autoridad en el Ecuador es la Corte Constitucional la cual entre sus facultades puede sancionar la inconstitucionalidad de todos aquellos actos que emanan del poder público.

En conclusión, la Constitución de 1998 (Ecuador. Asamblea Constituyente, 1998), era entendida como un instrumento político y estos no eran más que cartas que servían para gobernar, además se establecía que el estado ecuatoriano era un estado de derecho lo cual se interpreta como el sometimiento del estado al derecho, mismo que reconocía como su fuente primaria a la ley y esta era su fuerza normativa por lo tanto era un estado legalista.

La Constitución de 2008 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), establece que Ecuador es un estado constitucional de derechos esto quiere decir, que todo debe estar en la constitución y está ya no se somete a la fuerza normativa de la ley, sino a la propia constitución, la misma que se encarga de proteger los derechos de las personas, el estado ecuatoriano de 2008 como gobierno garantista se convierte en el primer llamado a tutelar los derechos de las personas.

Para comprender un poco la nueva realidad del estado ecuatoriano se analizan las dos Constituciones tanto la de 2008 como la de 1998, donde podemos ver el primer y significativo cambio donde se plasma la transición del estado derecho al estado de derechos, a simple vista pareciera que lo único que aumenta es la “s” pensando que pudo haber un error de codificación, sin embargo, la connotación que se le da a la palabra “derechos” crea un nuevo paradigma en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Tabla 1. Análisis de las Constituciones tanto la de 2008 como la de 1998.

Constitución Política del Ecuador 1998	Constitución del Ecuador del 2008
Establece que el Ecuador es un estado social de derecho.	Establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia.
Voto facultativo para adultos mayores de 65 años y analfabetos. Los miembros de la fuerza pública en servicio activo no hacían uso del derecho al voto.	Voto facultativo para jóvenes de entre 16 a 18 años y para los miembros de la fuerza pública en servicio activo. Se reconoce el derecho al voto a los extranjeros residentes que hayan vivido durante 5 años en el país.
La clasificación de los derechos se daba de la siguiente manera: derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, derechos sociales y culturales.	Se elimina la clasificación tradicional de los derechos, esto con la finalidad de enfatizar la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales. Se utiliza una división temática: derechos del buen vivir, de participación, de libertad, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades entre otros.

Definía al estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico.	Declara al estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural.
Respecto al derecho al trabajo se impulsaba la eliminación de la desocupación y subocupación.	Tiene disposición de impulsar el empleo y eliminar el subempleo y desempleo. Además, amplía los principios y derechos laborales, ubica al trabajo humano como eje en el proceso productivo; garantiza los derechos de los trabajadores prohíbe la precarización laboral y expresamente la tercerización y el trabajo por horas.
No se reconoce al trabajo doméstico como labor productiva.	Se reconoce como labor productiva, el trabajo no remunerado de autosustento, y cuidado humano que se realiza en los hogares. Por primera vez el trabajo doméstico no remunerado que casi siempre es realizado por mujeres es reconocido como tal. El estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano.
Los poderes del estado eran solo tres: ejecutivo, legislativo y judicial. La función legislativa era ejercida por el congreso nacional y entre los requisitos para ser diputado era tener 25 años.	Los poderes del estado son cinco. Poder ejecutivo, legislativo, judicial, electoral, transparencia y control social. En la actualidad el congreso paso a ser Asamblea Nacional y para ser asambleísta se debe contar con 18 años.

La tabla 1 muestra las diferencias que se han dado en las dos últimas constituciones del Ecuador. Fuente: Semejanzas y Diferencias de las Constituciones de 1998 y 2008. En la tabla 1 se puede observar algunos de los avances de la nueva constitución del Ecuador, y como se ha mencionado con anterioridad a lo largo de este trabajo, el primordial y trascendental cambio es el concebir al Ecuador como estado de derechos y justicia. El término estado de derechos y justicia alude a una renovada concepción del “Derecho” y como debe regirse un estado, esto es que tiene primacía y prevalece como fuente primordial sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, la Constitución.

Bajo esta nueva corriente la norma suprema es entendida como fuente de toda la producción jurídica, esto es todas las normas inferiores

que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano se someten a lo establecido en la norma suprema guardando coherencia y concordancia con la misma. Está conformada de principios, preceptos y cuenta con nuevas formas de interpretación y aplicación dejando de lado aquel sometimiento estricto de cumplimiento de reglas bajo el método de subsunción, en la actualidad el método de interpretación y aplicación del derecho constitucional ecuatoriano está ligado a la ponderación.

Entendiendo a esta nueva concepción constitucional como la denominada en la actualidad neoconstitucionalismo. Raymundo (2014); y Comanducci (2016), analizan al neoconstitucionalismo desde tres aspectos como una ideología, una metodología y una teoría. Cuando se refiere a la primera esta debe entenderse como aquella que ubica en segundo plano la limitación de los poderes, velando por garantizar los derechos humanos, es una metodología, dado que, establece que los derechos constitucionales y los derechos humanos son aquel puente entre el derecho y la moral, y es una teoría porque adopta un modelo axiológico.

Asimismo, Raymundo (2014), que cita a Prieto (2008) el cual resume al neoconstitucionalismo desde seis aspectos distintos. El primero menciona que, la constitución tiene fuerza vinculante de carácter general, ya que es aquella norma que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a sus preceptos, el segundo aspecto es la supremacía jerárquica en el ordenamiento jurídico o conocido como sistema de fuentes, esto es que la constitución es la norma suprema y por lo tanto es aquella que condiciona la validez de las demás normas del orden jurídico representando frente a estas una amplia y prioritaria interpretación.

El tercero, es la eficacia de la norma y la directa aplicación ya que no necesita de algún acto o ley para ejercer su fuerza vinculante, el cuarto aspecto se entiende a la constitución como una garantía judicial que cuenta con un control constitucional concreto y abstracto encomendando esta labor a órganos especiales, en el caso ecuatoriano la corte constitucional, el quinto aspecto es que cuenta con contenido normativo denso conformado por derechos, principios y valores, y el sexto y último es la rigidez constitucional, una constitución se entiende

como tal cuando su proceso de reforma es dado por un ente distinto al legislador ordinario y bajo procedimientos no ordinarios como por ejemplo una asamblea convocada para el efecto, un referéndum, etc.

En el modelo neoconstitucional, la constitución es omnipotente ante cualquier caso concreto a resolver, siendo la ley relegada a un segundo lugar, la cual debe verse siempre bajo el prisma de la norma constitucional, además, se concibe al juez y a la autoridad pública como aquellos actores activos que velan por el cumplimiento de la constitución, los mismos que en sus decisiones deben argumentar suficientemente, asimismo la discrecionalidad judicial es controlada bajo el principio de proporcionalidad o lo conocido como ponderación.

Un estado puede considerarse constitucionalizado según Guastini (2018), cuando la constitución sea extremadamente invasora, es decir, que tenga la capacidad de condicionar a la legislación y a la jurisprudencia, la acción de los actores políticos, el estilo doctrinal y las relaciones sociales. Para analizar más a profundidad cómo funciona el sistema constitucional en el Ecuador, se tomara algunos aspectos mencionados por Parra (2019), el primero hace referencia a la rigidez de la actual constitución ya que el capítulo noveno y último se dedica por completo a establecer la supremacía de la constitución sobre cualquier otra norma, dicha prevalencia no solo funciona cuando existe un conflicto dado por la contradicción de contenidos, sino que es de aplicación directa, esto es que al aplicar determinada norma para resolver un caso concreto debe prevalecer lo mencionado por la norma suprema.

El procedimiento de reforma por su lado es complejo y limitado esto por la imposibilidad de cambiar principios, derechos y garantías. Sin embargo, existe la figura de enmienda constitucional esto es que puede darse el cambio o reforma de uno o varios artículos que no alteren la estructura fundamental o los elementos constitutivos del estado y además no restrinjan derechos y garantías fundamentales, y que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, esto según el artículo 441 de la misma (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Por lo cual las enmiendas pueden llevarse a cabo conforme lo siguiente: a través de referéndum el cual debe ser solicitado por el presidente o por el ocho por ciento de las personas inscritas en el recinto electoral, por la asamblea nacional con el respaldo no inferior de la tercera parte de sus miembros. Por su lado, la reforma parcial de la constitución puede darse con el cumplimiento de los mismos requisitos establecidos para el referéndum o por resolución integrada por la mayoría de los integrantes de la asamblea nacional.

Siguiendo la línea de idea de párrafos anteriores, el segundo aspecto es las garantías jurisdiccionales en la Constitución, ya que la misma establece mecanismos de control de las normas jurídicas y de los actos de la administración pública los cuales deben guardar armonía con los preceptos constitucionales. En nuestro país según Parra (2019), *“a más de la existencia de un control jurisdiccional existe un control administrativo de creación”* (p. 72). Esto justificado según lo establecido en la constitución en su artículo 84, donde exige a la asamblea nacional a adecuar formal y materialmente las leyes y toda norma jurídica a la Constitución (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Por otro lado, respecto a la administración de justicia en materia constitucional encontramos al control concentrado que ejerce la Corte Constitucional y el control difuso el cual es ejercido por los jueces de justicia ordinaria los cuales tienen la obligatoriedad de realizar un test de constitucionalidad en los casos concretos que se presenten ante ellos para ser resueltos.

La administración de justicia especializada se lleva a cabo por parte del máximo órgano de control constitucional, la Corte Constitucional misma que entre sus funciones se encuentran las siguientes: ser la instancia máxima de interpretación de la constitución, resolver acciones públicas de inconstitucionalidad por el fondo y forma, declarar la inconstitucionalidad de actos normativos, normas conexas y actos administrativos, conocer y resolver las acciones por incumplimiento, expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, sancionar el incumplimiento de sentencias constitucionales, declarar inconstitucional aquellas acciones en la que incurran las instituciones del estado o las autoridades públicas.

Cabe mencionar también la diferencia en el ejercicio del control que realizan los jueces ordinarios frente a los jueces especializados, los jueces ordinarios según Parra (2019), señalándolo de la potestad de “el juez juzga la ley” de ser el caso de encontrarla incompatible la inaplica para el caso concreto pero no la expulsa del ordenamiento jurídico, más bien existe la posibilidad de que el juez ordinario envíe a consulta ante la corte constitucional una determinada norma por encontrarla inconstitucional para que sea el órgano supremo quien determine la constitucionalidad o no de la misma. A diferencia del control que realiza el órgano especializado, al ponerlos en el mismo papel de “el juez juzga la ley” al encontrar una norma incoherente e incompatible con la constitución la invalida con efectos generales, declarando su inconstitucionalidad y expulsándola del ordenamiento jurídico.

Un análisis respecto a las funciones de la Corte Constitucional y propio desde la óptica de la autora del presente trabajo se puede considerar a los jueces constitucionales como legisladores pasivos esto debido a que sus decisiones tienen un alcance de ley, ya que muchas veces las normas son adecuadas y reformadas conforme a los nuevos análisis y pronunciamientos del ente regulador. También contamos a la fuerza vinculante de la constitución, *“el neoconstitucionalismo se sustenta en la existencia de constituciones materiales, es decir textos de “largo aliento”, generosos en la estipulación de normas genéricas y principios de aplicación de derechos, que tiene como fin alcanzar la justicia social”* (Parra, 2019, p. 107).

Dicho de otro modo, y tal cual lo encontramos en la Constitución del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) al establecer principios para la correcta aplicación de los derechos, recogiendo derechos colectivos los cuales son denominados derechos del buen vivir, derechos individuales los cuales son reconocidos como derechos de libertad y los derechos del debido proceso los cuales son nominados como derechos de protección.

Pues como argumenta Parra (2019), cabe aclarar que no todo el contenido de la constitución se presenta propiamente como norma jurídica concreta, esto quiere decir que en algunos aspectos remite la aplicación de un derecho a lo contenido en la ley. Un ejemplo de aquello es lo que encontramos en artículo 66 numeral 14 de la Constitución

(Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), donde se refrenda que *“el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por el juez competente”*.

En todo caso, aun sin la existencia de desarrollo de una norma específica en determinada materia, el juzgador tiene la obligatoriedad de aplicar la constitución y la jurisprudencia existente y aplicable al caso concreto, y aunque la constitución no determine la concreción de un determinado derecho a la ley, si otorga referencias generales para poder desarrollar y garantizar un derecho, de hecho existe el denominado bloque de constitucionalidad, esto no es más que una facultad que otorga la propia constitución a los tratados y convenios internacionales, ratificados por el Ecuador, a estar por encima de la misma cuando estos garanticen la progresividad de los derechos.

Asimismo, tenemos a la interpretación de la constitución, donde Parra (2019), que menciona a Guastini (2018), el cual parte de la siguiente premisa: *“por más que una Constitución sea extensa no puede agotar todos los hechos producidos en sociedad”* (p. 109). Esto quiere decir que requiere un desarrollo jurisdiccional y legal más amplio que lo establecido en la propia constitución con la aspiración de lograr conformar un ordenamiento jurídico más coherente, armónico y completo de los preceptos constitucionales y de las normas que regulan la vida en sociedad evitando lagunas o vacíos normativos.

La Constitución (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) permite la interpretación constitucional a través de la Corte Constitucional en última instancia en determinados casos que quizás no alcanzaron justicia en instancias inferiores. También encontramos a la figura de la aplicación directa de las normas constitucionales ya que es un cuerpo normativo que regula la relación de los particulares con el estado, y de los particulares entre los particulares, establece en ella misma las garantías genéricas para garantizar la armonía de dichas relaciones, esto es que en la actualidad cualquier juez o servidor público para resolver un caso concreto debe motivar sus decisión principalmente conforme a lo establecido en la carta suprema.

Y finalmente, encontramos la interpretación conforme a las leyes, para lo que Guastini (2018), que es mencionado por Parra (2019), señala que “*no existe un texto normativo que tenga un solo significado determinado antes de la interpretación*”; esto es que las dudas que puedan presentarse respecto al alcance de un cuerpo normativo, no solo se presentan en los cuerpos constitucionales, sino también en las leyes aunque es estas últimas generalmente se presenten en forma de reglas no es menos cierto que existen mandatos o enunciados legales en forma de principios, por lo cual cuando se está frente a una ley que requiere de interpretación esta debe llevarse a cabo conforme lo establecido en la constitución.

Para Parra (2019), puede darse el caso de que las leyes al momento de ser leídas por los administradores de justicia pueden ser entendidos de una forma, sin embargo, al aplicar en el caso concreto su interpretación difiere, a lo que el autor se plantea la interrogante: ¿Cuál de las interpretaciones de los juzgadores debe guiar su decisión y actuación? Pues debe ser la que más se ajuste a la norma suprema, donde la interpretación de la ley debe ser desarrollada de forma progresiva concordante con la constitución para que la norma pueda ser conservada, ya que de lo contrario como se mencionó en párrafos anteriores perdería su vigencia, esto por el control que ejercería el juez especializado.

Se puede concluir brevemente que el ordenamiento jurídico en el Ecuador se encuentra constitucionalizado, esto debido a que la Constitución es reconocida como la norma suprema la cual determina un rol fundamental en el desarrollo de las demás normas infraconstitucionales, y además de ser un regulador de las funciones y atribuciones de los operadores de justicia. Estableciendo así la obligatoriedad de que todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico guarden armonía con la constitución y que las actuaciones judiciales sean siempre en aras de garantizar los derechos fundamentales que han sido reconocidos en la misma.

Respecto a la interpretación que deben realizar los administradores de justicia, la propia constitución menciona que las normas constitucionales: Se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la constitución

en su integralidad. Por lo cual, en el caso de duda se va a interpretar 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 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Pero ¿qué se entiende por tenor literal? Es el significado que se le da a las palabras en su sentido primario y natural, es decir, el uso que usual y normalmente se les da. Sin embargo, el neoconstitucionalismo considera que todo texto es susceptible de tener varios sentidos. Por lo tanto, el sentido que se le dé partiendo desde el significado natural de las palabras será validado conforme se ajuste al sentido de la constitución desde su totalidad esto quiere decir cuando se ajusta al sentido general de la constitución y no existe contradicción interna.

Por otro lado, puede llegar hacer un poco contradictoria ya que la misma constitución establece de forma explícita que en caso de duda sobre la norma constitucional se interpretara en el mejor sentido que interprete la voluntad del constituyente, a lo que esto es claramente un análisis opuesto a la interpretación literal, por lo que Parra (2019), menciona lo siguiente:

La manera más evidente de respetar la voluntad del constituyente es atender el contenido de su texto tal cual. Pero si se parte de la idea de que el legislador no dice todo lo que quiere, como asume la Constitución cuando obliga una interpretación más ajustada a la voluntad del constituyente, se tendrá que atribuir un sentido distinto al escrito; en ese caso, deberá ser el que más favorezca la vigencia de los derechos debido al contexto social y político que involucró la creación de la carta magna. (p. 114)

El mismo autor menciona que si nos remitimos al preámbulo constitucional se puede entender un poco más la intención del legislador al desarrollar el texto el cual buscaba que exista respeto de género, equidad, reconocimiento a la diversidad de los pueblos entre otros, buscando una nueva visión de vida para los ecuatorianos fundados en la democracia y el respeto a la naturaleza. Es así que, los administradores de justicia al interpretar la norma deben atender la voluntad del legislador constituyente y la percepción que tenía en

aquel entonces respecto a lo que quería lograr en el nuevo estado constitucional de derechos y justicia.

Para ejemplificar aquellos aspectos del neoconstitucionalismo mencionados anteriormente, se procederá a tomar como ejemplo el análisis de una sentencia de garantía jurisdiccional la cual es la acción de protección, que ha sido desarrollada por Erique (2021). El juicio referido es el N° 11333-2020-00799 (Ecuador Corte de Justicia, 2020), en la sentencia se busca el reconocimiento de la vulneración del derecho al trabajo por haberse dado la terminación de la relación laboral de un ciudadano ecuatoriano con la entidad pública Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM, a lo que el accionante alega una vulneración al derecho a la seguridad jurídica, a obtener resoluciones motivadas por parte de la administración pública, y derecho al trabajo. Es así como, el administrador de justicia entre las disposiciones constitucionales aplicadas para resolver el caso toma los siguientes artículos 86, 88, 33, 76, 72, 325 de la Constitución ecuatoriana (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), toma en cuenta jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional y lo establecido en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificados por el Ecuador.

Se puede observar a simple vista que la motivación de la decisión se encuentra ordenada sistemáticamente se resuelve conforme a preceptos establecidos en la norma suprema, a pronunciamientos emitidos por el máximo órgano de control e interpretación constitucional del país, como lo es la Corte Constitucional y se toma en cuenta tratados internacionales que en muchos de los casos garantizan la progresividad de los derechos de las personas.

Por otro lado, se encuentran a las normas legales citadas 18, 41, 40, 7 de la Ley el artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009); el artículo 17 de la Ley Orgánica de Servicio Público (Ecuador. Asamblea Nacional, 2010) y los artículos 105, 18, 16 del reglamento a la LOSEP Asamblea Nacional del Ecuador (2010). Se puede observar que no se restringe la aplicabilidad de las normas infraconstitucionales, sino que más bien son interpretadas a la luz de los mandatos constitucionales, considerando el efecto irradiativo

de la norma suprema el cual permite tutelar la efectiva vigencia de los derechos.

Para concluir este breve análisis, se puede observar que se prioriza a la Constitución como fuente principal para la resolución del caso, de la misma manera se percibe que se han considerado elementos neoconstitucionales, como son, la garantía jurisdiccional en este caso la acción de protección, la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional, la interpretación conforme a las leyes y la aplicación directa de la Constitución, elementos que se encuentran recogidos en la propia Constitución (Ecuador. Asamblea Constituyente, 2008).

Por lo tanto, en la sentencia examinada, se corrobora que se ha considerado por parte del juzgador estos elementos del constitucionalismo moderno y garantista, que tiene como función principal velar por la plena vigencia y garantía de los derechos del hombre, y en el caso concreto, garantizar el derecho reclamado. Por lo cual, se concluye que existió un análisis coherente entre los hechos y los artículos empleados para resolver el caso y motivar la decisión tomando en cuenta los elementos característicos del neoconstitucionalismo, propios de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

El neoconstitucionalismo tiene su aparición a raíz de hechos crueles y degradantes con los cuales el hombre reflexionó y se planteó la necesidad de plasmar normas que sirvan para armonizar la convivencia de la sociedad basándose en el respeto de los derechos humanos. El Ecuador en su historia constitucional muy poco, por no mencionar que nada ha recogido y velado por reconocer derechos a las personas, más bien estas constituciones fueron cartas políticas que sirvieron para gobernar por parte de cada presidente de turno.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico del Ecuador bajo la influencia del neoconstitucionalismo ha promocionado a potenciar el contenido de la Constitución, esto dado que pasa de ser una constitución netamente política que organiza funciones del estado, a ser una constitución garantista que reconoce derechos fundamentales y que obliga a las demás normas del ordenamiento jurídico a someterse a sus preceptos, modificando los presupuestos básicos de funcionalidad del Estado ecuatoriano en relación a la acción judicial.

La teoría neoconstitucional se presenta como una teoría del derecho con aspectos deontológicos que infiltran a la moral con el Derecho, instando el deber ser del derecho, el mismo que debe atender no solo a la forma de creación de las normas jurídicas, sino a la confrontación que tienen las normas jurídicas con la realidad social que van a regular.

La visión de la Constitución del 2008 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) indudablemente trae consigo un cambio profundo a la forma de concebir al derecho constitucional en el Ecuador esto dado que ha recogido ese enfoque normativo del neoconstitucionalismo, el cual tiene como característica la supremacía de la constitución, el reconocimiento de los derechos, la existencia de un ente regulador específico, la rigidez constitucional, la aplicación directa de la constitución, entre otros. Mismas características que pudieron verse demostradas en la tramitación de una acción de protección.

Evidentemente, la doctrina del neoconstitucionalismo es caracterizada por la infiltración del derecho ordinario por las normas constitucionales demostrando así la omnipresencia de la constitución en las demás normas ordinarias, transformándose en la fuente autoritaria del ordenamiento jurídico que cuenta con fuerza vinculante con carácter general, reconociendo además en sus preceptos valores y principios acercando el derecho a la moral.

Referencias bibliográficas

Asamblea Constituyente de la República Italiana. (1947). Constitución de la República Italiana. <https://www.constituteproject.org/constitution>

Ávila Santamaría, R. (2009). Del estado legal de derecho al estado constitucional de derechos y justicia. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Abya Yala.

Bianchi, A. B. (2009). *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*. Editorial Cathedra Jurídica.

Carbonell, M. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Trotta.

- Celi, I. (2017). *Neoconstitucionalismo en Ecuador*. Corporación Editora Nacional.
- Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Consejo Parlamentario de Alemania. (1949). Constitución de la República Federal de Alemania. <https://elordenmundial.com/hoy-en-lahistoria>
- Dacasa López, E. Constitucionalismo, neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Primera Instancia*, 10(20), 131-169.
- De la Rosa, Y. C. (2010). Aproximación a los conceptos neoconstitucionalismo y derechos fundamentales. *Saber, Ciencia y Libertad*, 40.
- Echeverría, J. (2008). *Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente*. Abya-Yala.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial N° 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). Registro oficial 544. <https://www.registroficial.gob.ec/edicion-especial-no-1079/>
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2022). Ley Orgánica Servicio Público. Registro Oficial No. 294. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/3407/1/Ley%20Org%20a1nica%20del%20Servicio%20P%20bablico.pdf>
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. (2020). Juicio N° 11333-2020-00799. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBIIdGE6J3NvcnRlbycsIHV1aWQ6J2YzM-jl4YTM0LWY0OGYtNDE3Mi1hODI2LTaxMGFhZDU1ZDE2MS5wZ-GYnfQ==

- Erique Moncada, P. F. (2021). *La aplicación del neoconstitucionalismo como la nueva concepción del derecho y del estado ecuatoriano*. (Tesis de maestría). Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Evangelista, M.C. (2015). A 800 años de la Carta Magna Inglesa de 1215. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/miscelaneas41620.pdf>
- Ferrajoli, L. (2009). Garantismo. *Una discusión sobre derecho y democracia, traducción de Andrea Greppi*. Colección estructuras y procesos, Serie Derecho. Trota.
- Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar*. Ediciones Legales y Ubi iuris.
- Parra, R. (2019). *El neoconstitucionalismo en Ecuador*. ESPOCH.
- Prieto Sanchis, L. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Ministerio de Justicia. <https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/117-el-principio-de-proporcionalidad-y-la-interpretaci%C3%B3n-constitucional/fie>
- Raymundo, G. R. (2014). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Biblioteca jurídica UNAM México*, 9.



El derecho fundamental a la vida y su cumplimiento por parte del estado ecuatoriano

Carlos Luis Rodríguez Espinoza¹

Rolando Medina Peña¹

¹ Universidad Metropolitana sede Machala. Ecuador.

El derecho fundamental a la vida es un principio fundamental que se reconoce y protege en el continente americano, sustentado en diversos instrumentos y tratados internacionales. Es considerado uno de los derechos humanos más fundamentales y esenciales para el desarrollo y la dignidad de cada persona. En el continente americano, el derecho a la vida está consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Organización de Estados Americanos, 1948).

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969), también conocida como Pacto de San José, es un tratado internacional adoptado y ratificado por numerosos países del continente americano. Se garantiza el derecho a la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte natural, prohibiendo la pena de muerte, la tortura y cualquier forma de trato cruel, inhumano o degradante. Asimismo, en muchos países de América, las constituciones nacionales contienen disposiciones que protegen expresamente el derecho a la vida.

Estas disposiciones reconocen que todo individuo tiene el derecho inherente al mismo y que el Estado tiene la obligación de garantizar su protección, este derecho implica que ninguna persona puede ser privada arbitrariamente de su vida, excepto en situaciones específicas previstas por la ley, como la legítima defensa o la aplicación de la pena de muerte en países donde aún está permitida. En el continente americano, se reconoce que la protección del derecho a la vida no se limita únicamente a la ausencia de la violencia directa, sino que también comprende la necesidad de garantizar condiciones dignas de vida,

acceso a la salud, a la alimentación, a la educación y a otros derechos fundamentales que contribuyen a la plena realización de la persona.

El derecho fundamental a la vida en Ecuador está consagrado en la Constitución de la República del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), que establece el marco legal y garantías para la protección y promoción de los derechos humanos en el país, establece claramente que se reconoce el derecho a la vida como un derecho humano primordial y esencial que sirve de fundamento para el ejercicio y protección de todos los demás derechos, lo que demuestra la importancia y primacía que se le otorga a este derecho.

La legislación ecuatoriana respalda la protección del derecho a la vida en diversos aspectos. Por ejemplo, se prohíbe la pena de muerte, estableciendo que la pena máxima aplicable es la privación de libertad (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Además, se reconocen y garantizan derechos relacionados con la salud, la alimentación, la vivienda, la educación y el acceso a la justicia, que son fundamentales para la protección integral de la vida de las personas. El Estado ecuatoriano tiene la obligación de promover y garantizar el pleno ejercicio del derecho a la vida, adoptando medidas que aseguren la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos. Esto implica, entre otras cosas, la implementación de políticas públicas que prevengan y combatan la violencia, así como la promoción de la salud y el acceso equitativo a los servicios médicos.

En cuanto a las metodologías empleadas para esta investigación, implementaremos estrategias y programas en áreas como la salud materna e infantil, la prevención del embarazo adolescente, la atención a personas en situación de vulnerabilidad y la lucha contra la violencia de género. Asimismo, analizaremos casos relevantes relacionados con el derecho a la vida en Ecuador, tanto a nivel nacional e internacional.

Esto implica Fortalecer el sistema de justicia para asegurar que los actos que atenten contra el derecho a la vida sean investigados, juzgados y sancionados de manera efectiva. Promover la protección de las víctimas y garantizar su acceso a la justicia, así como la reparación integral en casos de violaciones graves a este derecho. A partir de lo mencionado, resulta importante realizar una revisión jurídica crítica

del derecho al agua como derecho fundamental dentro del Ecuador, a partir de un análisis general de esta hasta cómo se pueden aplicar las leyes de manera correcta y necesaria para poder defender los derechos fundamentales del ser humano y los de la naturaleza a razón de los importantes avances normativos a lo largo de la historia hasta la actualidad.

Con respecto a los métodos, empleamos armónicamente varios conocidos: el exegético-analítico, para determinar el sentido y alcance de las normativas vigentes en la materia, en conjunción con las instituciones jurídicas relacionadas con el tema, para lo cual se evaluó la validez y eficacia de la normativa vigente sobre la materia; el doctrinal, gracias al cual se partió del análisis de las diferentes posturas de autores, en correlación con el análisis de la legislación vigente, para verificar la necesidad de su perfeccionamiento; el histórico, para abundar en los antecedentes, el contexto y formación de las doctrinas normativas y iusfilosóficas que le sirven de fundamento; y finalmente el de Derecho Comparado, que permitió conocer el tratamiento jurídico que dan otros sistemas de Derecho a una realidad similar y valorar críticamente si amerita una toma de referencia para los propósitos de esta investigación. Estos métodos se acompañaron de las correspondientes técnicas de revisión bibliográficas de las invariantes y los referentes teóricos.

Análisis de su evolución histórica y derechos relacionados

La historia del reconocimiento y protección del derecho fundamental a la vida se remonta a muchos siglos atrás. A lo largo del tiempo, diferentes culturas, civilizaciones y corrientes de pensamiento han valorado la importancia de preservar y respetar la vida humana como un derecho fundamental, en la antigua Grecia, figuras como Platón y Sócrates, defendían la idea de que la vida era un bien supremo y que debía ser respetada y protegida. En la antigua Roma, el derecho a la vida también se consideraba fundamental, aunque con ciertas excepciones, como la pena de muerte para ciertos delitos.

En el contexto religioso, muchas tradiciones y creencias destacan la sacralidad de la vida humana. Por ejemplo, en el cristianismo, se considera que la vida es un don de Dios y, por lo tanto, debe ser respetada

desde la concepción hasta la muerte natural, a lo largo de la historia, se han promulgado diversos documentos y tratados internacionales que reconocen el derecho a la vida como un derecho fundamental. Uno de los primeros ejemplos lo constituye la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia. Asamblea Nacional Constituyente, 1789), nacida durante la Revolución Francesa, que afirmaba el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas.

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 establece en su artículo 3 que *“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”* (Organización de las Naciones Unidas, 1948). Esta declaración sentó las bases para el reconocimiento universal del derecho a la vida como un derecho inherente a todo ser humano y en diferentes regiones del mundo, se han creado tratados y convenciones específicas para garantizar la protección del derecho a la vida. Por ejemplo, en el continente americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 establece en su artículo 4 *“la prohibición de la pena de muerte y la obligación de respetar y proteger el derecho a la vida desde la concepción”* (Organización de Estados Americanos, 1969).

Es importante destacar que el reconocimiento y la protección del derecho a la vida continúan evolucionando y adaptándose a los desafíos y cambios sociales. Se ha ampliado el entendimiento de este derecho para abordar temas como la violencia de género, los derechos reproductivos y la atención a la salud. Este derecho refleja su reconocimiento y protección a lo largo del tiempo en diferentes culturas y tradiciones. A través de documentos internacionales y tratados regionales, se ha consolidado su carácter fundamental y se ha buscado garantizar su respeto y protección en todas las etapas de la vida humana.

Análisis de la legislación nacional e internacional que garantiza el derecho a la vida

Ahora bien, es importante realizar un breve recorrido jurisprudencial y su relación con la Carta Magna ecuatoriana (Ecuador. Asamblea

Nacional Constituyente, 2008), con la finalidad de comprender cómo se ha interpretado y aplicado el derecho a la vida en Ecuador. No se pretende agotar el tema.

Caso No. 14-19-CP/19: En este caso, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la pena de muerte en Ecuador “*la sentencia emitida en 2019 declaró inconstitucional la aplicación de la pena de muerte, reconociendo que esta violaba el derecho a la vida y a la dignidad humana consagrados en la Constitución ecuatoriana*” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

Esta decisión de la Corte Constitucional establece que la pena de muerte es contraria a los principios fundamentales del derecho a la vida y la dignidad humana que se encuentran protegidos en la Constitución del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Al declararla inconstitucional, la Corte estableció un precedente que prohíbe la aplicación de la pena de muerte en el país.

La anterior información resulta relevante para el análisis del derecho a la vida en Ecuador, ya que demuestra la postura adoptada por la Corte Constitucional y confirma que la protección de la vida y la dignidad humana son valores primordiales en el sistema jurídico ecuatoriano. Esta sentencia también puede ser considerada como una referencia para evaluar el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Ecuador en relación con la pena de muerte, especialmente en lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969).

CASO No. 34-19-IN: En esta ocasión, la Corte Constitucional se pronunció sobre el aborto por violación en Ecuador. La sentencia emitida en 2014 estableció “*que el aborto por violación es legal y no constituye un delito, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos y se respeten los derechos de las mujeres*” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021b).

La sentencia reconoce que las mujeres que han sido víctimas de violación tienen el derecho a interrumpir su embarazo de manera segura y legal, sin ser penalizadas por ello. Se establecen ciertos requisitos y condiciones que deben cumplirse para que se permita la realización

del aborto por violación, lo cual busca garantizar la protección de los derechos de las mujeres involucradas.

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional representa un avance significativo en la protección de los derechos reproductivos de las mujeres en Ecuador. Reconoce que el embarazo resultado de una violación puede tener graves implicaciones físicas, psicológicas y emocionales para la mujer, y que la interrupción del embarazo en estos casos es un derecho legítimo y necesario.

Es importante destacar que la sentencia establece que se deben respetar los derechos de las mujeres en todo el proceso de interrupción del embarazo por violación. Esto implica brindar información adecuada, acceso a servicios médicos seguros y garantizar la confidencialidad y privacidad de las mujeres involucradas.

Esta sentencia tiene implicaciones importantes en términos de derechos humanos y protección de la salud y la autonomía de las mujeres en Ecuador. Sin embargo, es recomendable revisar la sentencia completa y cualquier otra jurisprudencia o documentos relacionados emitidos por la Corte Constitucional para obtener una comprensión más completa de los fundamentos legales y las condiciones específicas establecidas para la realización del aborto por violación en el país.

CASO No. 1292-19-EP: Este caso se refiere a la protección del derecho a la vida en el contexto de la atención médica. La Corte Constitucional emitió una sentencia en 2021 en la que estableció *“que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida y la salud de las personas, incluyendo el acceso a servicios médicos de calidad y oportunos”* (Corte Constitucional del Ecuador, 2021a).

La sentencia reconoce que el derecho a la vida y la salud son derechos fundamentales y que el Estado tiene la responsabilidad de asegurar que todas las personas tengan acceso a servicios médicos adecuados y oportunos. Esto implica que el Estado debe tomar medidas para prevenir, diagnosticar y tratar enfermedades, así como garantizar la disponibilidad de instalaciones médicas y profesionales de la salud competentes.

Esta decisión judicial enfatiza la importancia de que los servicios médicos sean de calidad, lo que implica que cumplan con los estándares adecuados y brinden un nivel de atención apropiado. También subraya la necesidad de que los servicios médicos sean oportunos, lo que significa que las personas deben poder acceder a ellos sin demoras indebidas, especialmente en casos de emergencia o situaciones críticas.

En este sentido refuerza a su vez la obligación del Estado de promover y proteger el derecho a la vida y la salud de las personas en Ecuador. Además, destaca la importancia de garantizar un sistema de atención médica equitativo y accesible para todos los ciudadanos, sin discriminación.

Es importante tener en cuenta que la implementación de esta sentencia requiere una acción efectiva por parte del Estado y la adopción de políticas y medidas concretas para garantizar el acceso equitativo a servicios médicos de calidad. El seguimiento de la jurisprudencia y el monitoreo de las acciones tomadas por el Estado en respuesta a esta sentencia pueden proporcionar una evaluación más precisa de la garantía del derecho a la vida en el contexto de la atención médica en Ecuador.

CASO N.º 41-22-IN: En este caso, la Corte Constitucional se pronunció sobre el derecho a la vida en el contexto de los derechos sexuales y reproductivos. La sentencia emitida en 2017 estableció *“que las mujeres tienen el derecho de acceder a información y servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo la interrupción del embarazo en casos excepcionales”* (Corte Constitucional del Ecuador, 2022).

La decisión reconoce que las mujeres tienen el derecho fundamental a acceder a información y servicios de salud sexual y reproductiva. Esto implica que deben tener acceso a la educación sexual, la anticoncepción, la atención prenatal y, en ciertos casos excepcionales, a la interrupción del embarazo.

La sentencia reconoce que existen situaciones en las que la interrupción del embarazo puede ser considerada legítima, como en casos de violación, malformaciones graves del feto o cuando la vida o la salud de

la mujer están en peligro. Establece que en estos casos excepcionales, las mujeres tienen el derecho de acceder a servicios de interrupción del embarazo de manera segura y legal.

Es importante tener en cuenta que la sentencia establece que la interrupción del embarazo en casos excepcionales debe estar sujeta a regulaciones específicas y a salvaguardias para proteger los derechos de las mujeres y garantizar la seguridad y la salud. Esto implica que el Estado debe establecer políticas y procedimientos claros que permitan el acceso a servicios de interrupción del embarazo en los casos permitidos por la sentencia.

Esta sentencia refuerza el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y la importancia de garantizar su acceso a servicios de salud sexual y reproductiva. Sin embargo, es importante destacar que la implementación de esta sentencia requiere una acción efectiva por parte del Estado y la adopción de políticas y medidas concretas para garantizar el acceso equitativo a servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo la interrupción del embarazo en casos excepcionales.

La Constitución es el principal instrumento normativo que reconoce y protege los derechos fundamentales en Ecuador. En este sentido, es importante precisar los artículos relacionados con el derecho a la vida, como el artículo 66 que establece que *“toda persona tiene derecho a la vida”* y el artículo 67 que *prohíbe la pena de muerte* (Ecuador. Asamblea Constituyente, 2008).

El Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), contiene disposiciones relacionadas con la protección del derecho a la vida, en particular, en los delitos contra las personas. Se deben examinar los tipos penales de homicidio, asesinato, feminicidio y otros delitos que afecten directamente la vida de las personas. Además del Código Penal, existen otras leyes y normativas que abordan aspectos específicos relacionados con el derecho a la vida en Ecuador. Por ejemplo, la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ecuador. Asamblea Nacional, 2018), contempla medidas de protección y prevención del feminicidio.

Elementos que garantizan la reparación integral en casos de violaciones al derecho a la vida

Derecho Comparado

El derecho comparado sobre el derecho a la vida implica examinar cómo diferentes sistemas jurídicos y países abordan y protegen este derecho fundamental. A continuación, se mencionan algunos ejemplos de enfoques y perspectivas utilizados en el derecho comparado en relación con el derecho a la vida:

Pena de muerte: Uno de los aspectos más destacados en el derecho comparado es el tratamiento de la pena de muerte. Algunos países han abolido completamente la pena de muerte, considerándola una violación del derecho a la vida y a la dignidad humana, mientras que otros la mantienen en su legislación penal. Comparar las diferentes posturas y prácticas en relación con la pena de muerte puede ayudar a entender las divergencias y similitudes en la protección del derecho a la vida (Beccaria, 2020).

Aborto: El tema del aborto también varía ampliamente en el derecho comparado. Algunos países permiten el aborto en ciertos casos, como violación, riesgo para la vida o salud de la mujer, o malformaciones fetales graves, mientras que otros lo prohíben de manera total o limitada. Examinar las diferentes legislaciones y enfoques en torno al aborto puede brindar una visión comparativa sobre cómo se considera el derecho a la vida en relación con los derechos reproductivos (Agustin, 2021).

Protección de grupos vulnerables: El derecho comparado también puede analizar cómo los sistemas jurídicos abordan la protección del derecho a la vida en relación con grupos vulnerables, como niños, personas mayores, personas con discapacidad, migrantes y comunidades indígenas. Comparar las medidas de protección y las políticas específicas implementadas en diferentes países según Arroyo y Montoya (2020), puede ayudar a identificar buenas prácticas y desafíos comunes en la garantía de este derecho fundamental.

Eutanasia y suicidio asistido: Otro tema relevante en el derecho comparado es el tratamiento de la eutanasia y el suicidio asistido. Algunos países han legalizado estas prácticas bajo ciertas condiciones,

reconociendo el derecho de las personas a decidir sobre el final de su vida, mientras que otros las prohíben en su totalidad. Comparar las legislaciones, los debates éticos en torno a la eutanasia y el suicidio asistido puede para los autores Arroyo y Montoya (2020), ofrecer una perspectiva comparativa sobre cómo se aborda el derecho a la vida en estas situaciones.

Al realizar un análisis de derecho comparado sobre el derecho a la vida, es fundamental examinar las diferentes legislaciones, jurisprudencia y prácticas de los países seleccionados. Esto permite identificar enfoques diversos, tendencias regionales o globales, y evaluar cómo los sistemas jurídicos abordan los desafíos y equilibrios entre el derecho a la vida y otros derechos fundamentales.

El derecho fundamental a la vida es reconocido en la mayoría de los países latinoamericanos como uno de los derechos humanos fundamentales. A continuación, se presentan algunos ejemplos de cómo se aborda este derecho en algunos países de América Latina:

El Código Civil de la República Argentina (Argentina. Congreso General Constituyente, 1994), reconoce el derecho a la vida desde la etapa de concepción. En ese orden cabe mencionarse el artículo 70 de esta norma: *“Art. 70.- Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”*.

En Colombia, en relación a consideraciones de Hugo (2016),

La Constitución Política reconoce el derecho a la vida como fundamental y protegido. Sin embargo, la legislación también permite la interrupción del embarazo en tres casos: peligro para la vida de la mujer, malformación grave del feto y embarazo resultado de violación, incesto o inseminación no consentida. (p.6)

En México, el derecho a la vida está protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), y en los códigos penales de cada estado. Algunos estados permiten el aborto en

ciertas circunstancias, como peligro para la vida de la mujer, violación o malformaciones graves del feto.

Es importante tener en cuenta que las leyes y los enfoques hacia el derecho a la vida pueden variar en cada país y están influenciados por factores culturales, sociales y políticos. Además, es posible que existan debates y controversias en torno a la protección y el alcance de este derecho en diferentes contextos jurídicos y sociales. Por lo tanto, es fundamental consultar la legislación y jurisprudencia actualizada de cada país para obtener información más precisa sobre cómo se aborda el derecho fundamental a la vida en América Latina.

Los apuntes realizados, reafirma que el derecho a la vida es una columna vertebral de la ética jurídica en el continente americano y en la esencia de Ecuador. Enraizado en tratados y constituciones, va más allá de la prohibición de violencia, abarcando el deber de fomentar condiciones de existencia dignas y el acceso equitativo a servicios esenciales.

La Constitución ecuatoriana del 2008 consagra la preeminencia de este derecho y confiere al Estado la obligación ineludible de protegerlo. En resumen, este estudio no solo confirma la envergadura del derecho a la vida en Ecuador y el continente, sino que también hace un llamado a la acción continua, instando a medidas legislativas y políticas que protejan su esencia. La jurisprudencia y el análisis comparativo, como guías fundamentales, refuerzan esta promesa y señalan caminos para fortalecer su salvaguardia y aplicación. En este camino, la preservación del derecho a la vida se erige no solo como un imperativo legal, sino como un faro ético en la búsqueda de una sociedad justa y humanitaria.

Se trata de no solo resaltar la importancia del derecho a la vida en Ecuador y en el continente americano, sino también de impulsar un diálogo reflexivo y acciones concretas que mejoren su protección y aplicación en beneficio de todas las personas.

Referencias bibliográficas

- Agustin, H. (2021). El derecho a la vida desde su inicio. Tirant lo Blanch. Argentina. Congreso General Constituyente. (1994). Código Civil de la República Argentina. https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_de_la_republica_argentina.pdf
- Arroyo, E., & Montoya, R. (2020). Trabajo y derechos humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/34039.pdf>
- Beccaria, C. (2020). De los delitos y las penas. Carlos III University of Madrid.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019a). Caso No. 1292-19-EP. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2N-hcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic4OTJiODFkMC01Mm-QxLTQ2NGYtODYzYS0zMjZkNmJhOTA3MjUucGRmJ30=
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019b). Caso No. 14-19-CP/19: Pena de Muerte. <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/2ef1281e-fbf8-4afc-8ebb-5436fc-d86cfb/0014-19-cp-dictamen.pdf?guest=true>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Caso No. 34-19-IN/21. ABORTO. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2N-hcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiZGE2NDE0YS-1jNDI1LTQzMGMtYWVini1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial 449. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>

- Ecuador. Asamblea Nacional. (2028). Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Registro Oficial Suplemento 175. https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/ley_prevenir_y_erradicar_violencia_mujeres.pdf
- Ecuador. Corte Constitucional. (2022). Caso N 41-22-IN. https://es-acc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2N-hcnBldGE6J2VzY3JpdG8nLCB1dWlkOidlODg4ZTc1My1iMjdiLTRi-YWMtOTIIMC00OWYzMDcxNWFIMDgucGRmJ30=
- Francia. Asamblea Nacional Constituyente. (1789). Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano/html/8b364e78-7358-11e1-b1fb-00163ebf5e63_1.html
- Hugo, A. (2001). Fundamentos de Derecho Procesal. Serie Clásicos de la Teoría General. Editorial Jurídica Universitaria.
- México. Congreso Constituyente. (1917). Constitución política de los Estados Unidos mexicanos. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre derechos humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Datos de los autores:



Dra. Jessica Espinoza-Espinoza, PhD. (Compiladora). Doctora en jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de la República, Universidad Estatal de Cuenca. Docente e investigadora de la UMET Sede Machala. Carrera de Derecho. Docente de postgrado de la UMET Sede Machala; la Universidad de Granada; Universidad Católica Santiago de Guayaquil. PhD en Género y Diversidad en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas. Universidad de Oviedo. ***Sobresaliente summa cum laude***, con Mención de Doctorado internacional. Diploma de suficiencia investigadora en ciencias jurídicas, UNIA, España. Master en Libertades Públicas y Derechos fundamentales, Universidad Castilla La Mancha. Master en Políticas públicas de igualdad y prevención de la violencia de género, Universidad de Islas Baleares. Master en teoría, historia y comparación en el ámbito de las Ciencias jurídicas. UNIA, España. Tesis de maestría ***Sobresaliente summa cum laude***. UNIA, España. Ganadora del primer lugar del concurso internacional de inteligencia artificial y derechos humanos, Data Jam 2021, Fundación Pasos libres, IBM, OIT. Ex becada del Consejo de Europa, becada de doctorado Erasmus mundus. Ex becada, Consejo Superior de investigación científica, CSIC, España. Ex becada CURVID, de postgrado Universidad de Valencia, España. Ex becada MASHAW, Israel Ex becad ASDI, Gobierno de Suecia. Ex becada ONU, Derechos humanos, Brasil. Integrante del grupo asesor de la sociedad civil, ONU Mujer 2023-2025. Presidenta de la Asamblea ciudadana local de Machala, 2023-2025. Premio Matilde Hidalgo de Procel, GAD Municipal de Machala. Ha recibido varios reconocimientos nacionales e internacionales. Becada de postdoctorado Universidad Autónoma de México (UNAM); del Instituto europeo de investigación científica. Correo: lushmanicooperaecuador@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5025-0580>



Karolay Escobar González. Graduada de Abogada de la carrera de derecho e investigadora en el proyecto de investigación Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Abogada en el libre ejercicio asociada en Consorcio Jurídico Legal Group. Correo: kmescobargonzalez@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2078-5560>



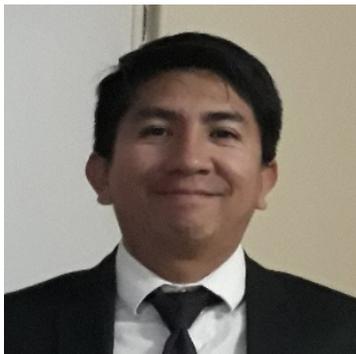
Juan José Torres Espinoza. Abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador por la Universidad de Guayaquil. Magister en Fiscalidad Internacional por la Universidad de la Rioja (UNIR). Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Docente titular auxiliar e investigador en el proyecto de investigación Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Correo: juanjo-torres26@hotmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9352-5698>



Hoover Marino Sanchez Peñaloza. Abogado de los tribunales y juzgados de la Republica del Ecuador por la Universidad de Guayaquil. Magister en Derecho Procesal por la Universidad Tecnológica ECOTEC. Docente ocasional e investigador en el proyecto de investigación Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Correo: hooversan.1992@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-0305-8211>



Nathaly Michelle Campos Lomas. Estudiante de carrera de derecho e investigadora en el proyecto de investigación Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Correo: nathaly.campos@est.umet.edu.ec, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0475-4438>



Jackson Vicente Condolo Acaro. Magister en Derecho: Mención en derecho constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente Titular e investigador en el proyecto de investigación Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Coordinador de Titulación de la Universidad Metropolitana sede Machala. doctorando en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” Correo: jcondolo@umet.edu.ec. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1495-0555>



Ricardo José Ruiz Mantilla. Estudiante de la carrera de Derecho e investigador en el proyecto de investigación Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Correo: ricardo.ruiz@est.umet.edu.ec ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-9732-9020>



Enrique David Luzuriaga Muñoz. Magister en Derecho: Mención en derecho constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente Titular y Sub Coordinador de la carrera de Derecho de la Universidad Técnica Particular de Loja. Doctorando en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Correo: edluzuriaga@utpl.edu.ec, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0152-096X>



Mayté Lizbeth Buele Rebolledo. Estudiante de la carrera de Derecho e investigadora en el proyecto de investigación Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Correo: mayte.buele@est.umet.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7981-2105>



Carlos Rodríguez Espinoza. Estudiante de la carrera de Derecho e investigador en el proyecto de investigación Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Obtuvo experiencia en el Área jurídica perteneciente al consorcio CLAER (Ecuador). Pasante en el área de administración pública de la Fiscalía Provincial de El Oro. Correo: carlosreiser@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0057-3761>



Estefanía Cristina Vivanco Granda. Graduada de la carrera de derecho e investigadora en el proyecto de investigación Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Ing. Contabilidad y Auditoría CPA, por la Universidad Técnica de Machala. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la la Universidad Metropolitana del Ecuador sede Machala. Miembro de la Red Latinoamericana de Estudios e Investigación de los Derechos Humanos y Humanitario. Correo: stefaniavivanco@hotmail.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6637-1176>



Priscila Pilar Porras Villagómez. Abogada de los Tribunales y juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Técnica de Machala, Magíster en Derecho Penal mención Procesal Penal por la Universidad Central del Ecuador, Doctorando en la Pontificia Universidad Católica de Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, Abogada en libre ejercicio, Docente titular auxiliar de la Universidad Metropolitana Sede Machala, Correo: priscilaporras2010@hotmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1946-3115>



Henry Manuel Guamán Cueva. Abogado de los juzgados y Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Técnica de Machala, Abogado en libre ejercicio, Correo: abg.henryguamanc@outlook.com, ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9698-2297>



Rolando Medina Peña. Investigador en el proyecto de investigación científica: Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, de la Universidad Metropolitana Sede Machala. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Postdoctorado en Metodología de la investigación científica, socioformación y desarrollo humano el Centro Universitario CIFE (México). Coordinador de la Comisión de investigaciones UMET sede Machala. Con experiencia en programas de postgrados en Cuba, Ecuador y México, en tutorías de tesis de maestría y doctorales en la actualidad (cuatro defendidas y tres en proceso). Autor de varios artículos científicos publicados en revistas científicas indexadas en bases de datos re-gionales y de alto impacto internacionales de: Cuba, México, España, Venezuela y Ecuador. Director de las revistas científicas Metropolitana de Ciencias Aplicadas (REMCA) y Transdisciplinaria de Estudios Sociales y Tecnológicos (RTEST). Autor de seis textos científicos y tres capítulos de libros publicados en prestigiosas editoriales de Cuba, Bélgica y España. Ha dictado varias conferencias en diversos eventos tanto nacionales como internacionales (México, Argentina, Cuba, Ecuador). Ha sido objeto de varias condecoraciones, entre las que destaca: “Académico correspondiente” de la Academia internacional de Ciencias, tecnologías, Educación y Humanidades, de valencia España. Correo: rolandormp74@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7530-5552>

El texto surge para dar respuesta a los problemas, necesidades y desafíos del Estado constitucional de derecho. Estamos ante un trabajo actual y con denotada pertinencia social en temas de importancia y preocupación para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

A largo de todos los capítulos el o la lectora encontrará temas de actualidad, como: la nueva visión del Estado de derecho, las herramientas para la protección de los derechos fundamentales en el Siglo XXI, perspectiva jurídica andina, la protección de los migrantes bajo el derecho internacional, el derecho a la resistencia en la recaudación tributaria en Ecuador y la prueba antidiscriminatoria en temas de género. La teoría ius filosófica en su concepción histórica, axiológica y pragmática; el bloque de constitucionalidad en el neoconstitucionalismo; y los principios y garantías constitucionales en relación al derecho natural y el derecho positivo en el paradigma neoconstitucional latinoamericano, se constituye el principal marco de referencia para analizar los temas planteados.

Esta publicación es el producto de una dinámica de trabajo formativo e innovador en el proceso de enseñanza-aprendizaje de las aulas de nuestra alma mater: la Universidad Metropolitana del Ecuador (UMET) Sede Machala. Esperamos que resulte de mucha utilidad para los lectores, aplaudimos y felicitamos a la UMET Sede Machala por estos importantes resultados.



ISBN: 978-9942-7163-8-5

