

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Posgrados

**El decreto ejecutivo como mecanismo para restringir derechos.
Estudio de caso: Decretos Ejecutivos 813, 1182 y 16**

María Fernanda Haro Salas

**María Paula Romo, Ab.
Director de Trabajo de Titulación**

Trabajo de titulación de posgrado presentado como requisito para la obtención
del título de Magíster en Derecho Administrativo

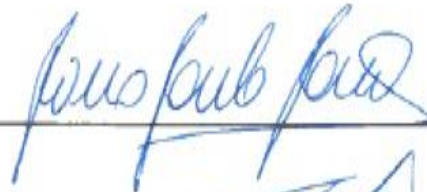
Quito, abril 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**Colegio de Postgrados****HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

El decreto ejecutivo como mecanismo para restringir derechos. Estudio de caso: Decretos Ejecutivos 813/1182 y 16

María Fernanda Haro Salas

María Paula Romo, M.A.
Directora de Trabajo y Miembro del Comité de Grado



Jaime Vintimilla, M.A.
Presidente y Miembro del Comité de Grado



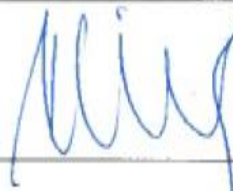
Claudia Salgado, Ph.D
Miembro del Comité de Grado



Javier Robalino, M.A
Director de la Maestría en Derecho Administrativo



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 16 de mayo de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

TESINA/TITULO

"El decreto ejecutivo como mecanismo para restringir derechos. Estudio de caso: Decretos Ejecutivos 813/1182 y 16"

ALUMNA

María Fernanda Haro Salas

EVALUACIÓN:**a) Importancia del problema presentado.**

La estudiante plantea un análisis de tres Decretos Ejecutivos para investigar su uso como mecanismo para reformar una ley o para prescindir de ella. Se trata de un problema de interés para el análisis del ejercicio de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Es también relevante en la actual coyuntura, pues resulta apropiado contar con investigaciones para evaluar el uso y abuso de ciertas herramientas del Derecho.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La estudiante selecciona tres decretos ejecutivos que han sido duramente criticados, denunciados en instancias internacionales y señalados como instrumentos contrarios a la ley y la Constitución. Su hipótesis es que estos decretos regulan derechos, violando no solo el principio de estricta legalidad a través de la reserva de ley, sino además porque su contenido restringe derechos en un sentido que los desnaturaliza al afectar su núcleo esencial.

Se trata de un planteamiento interesante y útil para el Derecho Constitucional, Administrativo y para las Ciencias Políticas.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El material es pertinente, permite la construcción de un marco teórico adecuado y respalda las ideas planteadas en el ensayo.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La estudiante realiza un examen adecuado a cada Decreto Ejecutivo para llegar a la conclusión de su naturaleza restrictiva de derechos. Para hacerlo recoge los criterios que la teoría y la jurisprudencia en esta materia han desarrollado (test de convencionalidad de restricción de derechos, tema especialmente interesante para cualquier especialista o lector de este trabajo).

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

Se cumplen las tareas encomendadas, aunque los tiempos de entrega y revisión pudieron haber sido mejor administrados por la estudiante.

Por todo lo anterior, considero que se trata de un trabajo que está listo para pasar a la siguiente etapa en el proceso de titulación.

FIRMA DIRÉCTORA



María Paula Romo Rodríguez

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:



Nombre:

María Fernanda Haro Salas

Código de estudiante:

00127469

C. I.:

1804311841

Lugar, Fecha

Quito, 07 de abril 2017

DEDICATORIA

A mis abuelitos María Magdalena y Luciano, por su tiempo y ejemplo.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por la vida y la energía para culminar con esta experiencia. A mi mamá y hermanas por su fortaleza, compañía y amor incondicional. A Miguel Ángel por su confianza y apoyo absoluto.

A María Paula Romo, directora de investigación, a quien admiro desde hace muchos años por su sabiduría, predisposición y claridad.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar si los Decretos Ejecutivos 813, 1182 y 16 se han utilizado como un mecanismo para restringir los derechos, por lo que se parte de la afirmación de que el Ecuador tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de que están reconocidos en la Constitución del Ecuador y aquellos que son inherentes a la dignidad de las personas, ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales y el contenido de los derechos debe desarrollarse de manera progresiva, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

La Constitución de la República del Ecuador establece el principio de reserva de ley para la regulación de los derechos y garantías constitucionales, lo que conjuntamente con el contenido esencial de los derechos se constituyen en límites al poder estatal. La potestad legislativa la ejerce exclusivamente la Asamblea Nacional, mientras que la potestad reglamentaria está a cargo del Ejecutivo, quien puede expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

En este marco, los derechos tienen un contenido esencial constituido por aquella parte que es absolutamente necesaria para que los bienes jurídicos resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Cuando se afecta el contenido esencial al punto de que el derecho queda desprotegido, se dificulta su ejercicio real y es desnaturalizado, se habla de restricción del derecho.

Consecuentemente, esta investigación radica en determinar si el contenido dispuesto en los decretos analizados corresponde a una regulación del derecho y por lo tanto se afecta el principio de reserva de ley; si estas regulaciones cumplen con los requisitos de objeto lícito, razonabilidad y proporcionalidad; si se afecta el contenido esencial de los derechos y por lo tanto los restringen; y, si son planteados como un mecanismo para la restricción de estos derechos para la protección de los intereses del Ejecutivo.

Palabras clave: derechos, restricción, decreto ejecutivo, reserva de ley, contenido esencial.

ABSTRACT

The present investigation takes as a target to determine if the Executive Decrees 813, 1182 y 16 have been used as a mechanism to restrict rights, therefore it breaks of the affirmation of which the Ecuador has the obligation to respect, to protect and to guarantee the rights of which they are admitted in the Constitution of the Ecuador and those that they are inherent in the dignity of the persons, no juridical norm can restrict the content of the rights not of the constitutional rights and the content of the rights must develop in a progressive way, being unconstitutional any action or omission of regressive character that diminishes, reduces or annuls unjustifiably the exercise of the rights.

The Constitution of the Republic of the Ecuador establishes the beginning of reservation of law for the regulation of the rights and constitutional rights, what jointly with the essential content of the rights is constituted in limits to the state power. The legislative power exercises exclusively the National Assembly, while the regulatory power is in charge of the Executive, who can send the regulations necessary for the application of the laws, without violating them to alter, as well as those who are convenient to the good march of the administration.

In this frame, the rights have an essential content constituted on that part that is absolutely necessary so that the juridical goods turn out to be real, concrete and really protected. When the essential content falls ill to the point of which the right remains unprotected, its real exercise is made difficult and it is denatured, one speaks about restriction of the right.

Consistently, this investigation takes root in determining if the content arranged in the analyzed decrees corresponds to a regulation of the right and therefore there falls ill the beginning of reservation of law; if these regulations expire with the requisites of licit object, reasonableness and proportionality; if the essential content of the rights falls ill and therefore they restrict them; and, if they are raised like a mechanism for the restriction of these rights for the protection of the interests of the Executive.

Key words: rights, restriction, executive decree, reservation of law, essential content.

ÍNDICE

Introducción.....	11
 CAPÍTULO I	
Marco Teórico	13
1.1 Derechos	13
1.1.1 Los derechos desde algunas teorías	13
1.1.1.1 Iusnaturalista	13
1.1.1.2 Positivista	14
1.1.1.3 Realista	15
1.1.1.4 Decisionismo	16
1.1.1.5 Garantismo	17
1.1.2 Los derechos en la Constitución del Ecuador.....	18
1.1.3 El contenido esencial de los derechos	22
1.1.4 Teorías sobre los límites de los derechos.....	22
1.1.4.1 Teoría de los límites internos o imanes de los derechos	22
1.1.4.2 Teoría de los límites externos de los derechos	24
1.1.5 Los derechos como límite al poder estatal	26
1.1.6 La Constitución como fuente de los derechos y sus limitaciones.....	26
1.1.7 Elementos para la limitación de derechos: Objeto lícito, razonabilidad y proporcionalidad.....	28
1.2 Potestades	30
1.2.1 Origen de las potestades	30
1.2.2 Potestad reglamentaria	32
1.2.3 Potestad legislativa	33
1.2.4 Principio de reserva de ley	34
1.2.4.1 Origen del principio de reserva de ley.....	34
1.2.4.2 Principio de reserva de ley.....	35
 CAPÍTULO II	
Estudio de casos	36
2.1 Decreto 813.....	37
2.1.1 Presentación del Decreto.....	37
2.1.2 Derecho restringido.....	38
2.1.3 Restricción del derecho.....	41

2.2 Decreto 1182	44
2.2.1 Presentación del Decreto.....	44
2.2.2 Derecho restringido.....	45
2.2.3 Restricción del derecho.....	48
2.3 Decreto 16	56
2.3.1 Presentación del Decreto.....	56
2.3.2 Derecho restringido.....	57
2.3.3 Restricción del derecho.....	59
CAPÍTULO III	
Conclusiones	66
BIBLIOGRAFÍA	71

INTRODUCCIÓN

El Ecuador, como estado constitucional de derechos tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos constitucionales y aquellos inherentes a la dignidad humana, de acuerdo a los principios y garantías establecidas en la Constitución. Principalmente para objeto de este trabajo se enfatiza en que el contenido esencial de los derechos debe desarrollarse de manera progresiva y ninguna norma puede restringir su ejercicio.

La regulación de los derechos y las garantías constitucionales requiere de la promulgación de una ley, es decir, la regulación es una atribución exclusiva de la Asamblea Nacional quien ejerce la potestad legislativa, de este modo se establece el principio de reserva de ley. En la misma línea, la Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República del Ecuador y está autorizado para expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración. En este marco, quienes actúan en virtud de una potestad estatal pueden ejercer solo las competencias establecidas en la Constitución y la ley, de esta manera, los decretos ejecutivos no pueden regular el ejercicio de derechos.

Surge entonces la preocupación respecto a que con la emisión de decretos ejecutivos, se regulen o restrinjan derechos y se vulneren varias normas constitucionales referentes a la reserva de ley, a la prohibición de restricción de derechos y de regresividad del contenido esencial, lo que implica su inconstitucionalidad y su inaplicación, de ser consideradas como tal.

Con estos antecedentes, se plantea la hipótesis de que los Decretos Ejecutivos 813, 1182 y 16 son un mecanismo de restricción de derechos, un instrumento utilizado por el Ejecutivo para prescindir de la legalidad o inclusive para ir contra ella en casos específicos. La trascendencia de realizar esta investigación surge de la necesidad de determinar si los decretos analizados afectan el contenido esencial de los derechos, es decir los restringen y si son utilizados para lograr este fin con una evidente extralimitación de su potestad reglamentaria.

A fin de solventar lo planteado, el Capítulo I, inicia con la revisión de algunas teorías que fundamentan la definición de los derechos, su reconocimiento, contenido esencial y protección. Además, analiza el decisionismo como mecanismo de restricción de derechos y hace énfasis en lo contradictorio de su uso en el marco del

garantismo y las disposiciones que configuran el Estado constitucional de derechos vigente en el Ecuador. Con este antecedente, se define el contenido esencial del derecho; se realiza algunas precisiones sobre la regulación y restricción de los derechos; y, se revisan los elementos para su eventual regulación. En la parte final, se revisa el origen de las potestades; y, se analiza la potestad reglamentaria, legislativa y el principio de reserva de ley, en el marco nacional.

Una vez definido el marco teórico, el Capítulo II se centra en el análisis de los Decretos Ejecutivos 813, 1182 y 16, seleccionados al inicio de la investigación por el impacto negativo que tienen en el ejercicio de derechos de particular interés colectivo y por su trascendencia en la opinión pública y académica, hasta el punto de provocar demandas de inconstitucionalidad y pronunciamientos de organismos internacionales. En este capítulo se realiza la presentación del Decreto Ejecutivo analizado; se identifica el derecho restringido y su marco jurídico; y, finalmente se analiza de qué manera se restringe el derecho, revisando su contenido esencial, los bienes jurídicos protegidos y la práctica efectiva del mismo. En este análisis se incluye un breve examen de cumplimiento de los requisitos de limitación del derecho: objeto lícito, razonabilidad y proporcionalidad. De manera, sucinta se observa el principio de reserva de ley, otros derechos afectados; y, la inconstitucionalidad del Decreto.

Este capítulo es indispensable en la elaboración de las conclusiones, ya que el estudio de casos concretos permite determinar si efectivamente estos Decretos Ejecutivos restringen derechos.

El Capítulo III, recoge las conclusiones pertinentes en base al marco teórico y el estudio de casos, en donde se plantean las principales afirmaciones resultado de la investigación y se confirma la hipótesis planteada inicialmente.

CAPÍTULO I

Marco conceptual

1.1 Derechos

Los derechos se han redefinido a través de la historia en función del tiempo y lugar donde se proclaman, así como de la demanda de las personas, es por esta razón que su concepto, definición y fundamentación dependió del Estado y el alcance que este les quiso dar en ese contexto político, económico, social e histórico.

A lo largo de la historia existe un debate sobre la construcción y fundamentación de los derechos entre dos corrientes de pensamiento, que además se han desarrollado y evolucionado de forma que algunas de los elementos más contradictorios se han subsumido: el naturalismo y el positivismo. Estas corrientes sin ser las únicas han sido las que marcaron el desarrollo y abrieron un abanico de corrientes dentro de cada una de ellas y el apareamiento de otras.

En los últimos años se han superado varias discusiones respecto a las teorías que conceptualizan y definen los derechos como humanos o fundamentales, en ese sentido cada una de las teorías ha aportado varios elementos para la comprensión de los derechos en el sentido más amplio y garantista posible.

Para lograr comprender los derechos en el marco de este trabajo se ha considerado necesario revisar algunas de las teorías, que a criterio de esta investigación son importantes para plantear el alcance del contenido y aplicación de los derechos. Sin caer en una simplificación excesiva de las teorías se recogerán algunos de los aspectos más importantes.

1.1.1 Los derechos desde algunas teorías

1.1.1.1 Iusnaturalista

Las corrientes iusnaturalistas afirman la existencia del Derecho Natural como un orden jurídico preexistente y fuente del derecho. El iusnaturalismo, es producto de una larga evolución histórica que vivió distintos procesos y que pasó de la idea de un derecho derivado de la divinidad, a la de un derecho deducido de la naturaleza humana e inclusive más adelante de la razón¹. En general el iusnaturalismo parte de la naturaleza propia del ser humano, una naturaleza que es superior y precedente a cualquier ley positiva, por lo que al definir los derechos y reconocer que se

¹Sobre el desarrollo histórico de la fundamentación de los derechos humanos, *vid.* Mauricio Beuchot. *Filosofía y Derechos Humanos*, 5ta. Ed. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, pp. 49-69.

fundamentan en la dignidad humana, incluye el concepto de derechos humanos y coinciden en plantear que su origen no reside en la ley positiva². Sin embargo, es cuestionable en el sentido de que su exigibilidad no es posible en la práctica por la falta de positivización en los ordenamientos internos.

Otro de los elementos es que estos derechos tienen un fin axiológico, como lo menciona Welze³, según el cual se plantea el fundamento y fin axiológico de los derechos humanos, por lo que al tener un fundamento y fin relativo no es una fuente confiable de los derechos, aun cuando esos valores y moral confluyan con el ideal de los derechos humanos en su sentido más amplio.

1.1.1.2 Positivista

Conforme Bobbio, el positivismo jurídico nace “cuando derecho natural y derecho positivo no son ya considerados como derecho en el mismo sentido, sino que sólo se considera derecho en sentido estricto al positivismo.”⁴ Como positivismo jurídico esta postura hace referencia a las fuentes del derecho, sin embargo, el positivismo es más amplio respecto a que plantea, contrario al iusnaturalismo, el derecho como ciencia autónoma independiente del carácter axiológico, moral o religioso y lo amplía a la política porque surge precisamente de la necesidad de protegerse del poder del Estado y de la incertidumbre del derecho natural.

Como afirma Barzotto, los positivistas asumieron la tarea de construir un concepto de derecho que fuese inmune a la incertidumbre del pluralismo axiológico y de la imprevisibilidad del arbitrio estatal⁵. Esto con el objetivo de protegerse frente a la subjetividad del contenido de los derechos en el iusnaturalismo.

El positivismo define el derecho como aquellas normas que son emitidas por los órganos competentes, de acuerdo a los procedimientos establecidos por otras normas

² Según la Filosofía del Derecho, el iusnaturalismo es una concepción del Derecho que se caracteriza por sostener la existencia de ciertos principios absolutos e inmutables, cuyo respeto es necesario para que el Derecho Positivo exista o pueda considerarse Derecho válido, *vid.* Manuel Atienza. *El sentido del Derecho*.

³ Toda apelación a lo «conforme a la naturaleza» y toda la negación de lo «contrario a la naturaleza» va precedida de una decisión axiológica primaria no susceptible de prueba[...] Ya en los comienzos de la teoría iusnaturalista aparece con toda claridad la profunda problemática del Derecho natural: la estructura proteica de la naturaleza humana toma en manos de cada pensador iusnaturalista la forma que él desea; todo lo que tiene por justo y deseable lo ha introducido ya de antemano, tácitamente, en su concepto de «naturaleza» del hombre antes de extraerlo, de nuevo, para justificar su noción de lo justo «por naturaleza».

⁴ Norberto Bobbio. *El positivismo jurídico*. Madrid: Ed. Debate, 1993, p. 44.

⁵ Luis Fernando Barzotto. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. San Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 138.

y que obedezcan a fuentes en la norma superior. Por lo tanto, uno de los aportes del positivismo en el presente trabajo radica en que el positivismo, considera vital la separación del derecho respecto a la política y la moral. Aunque puede parecer que plantea una fundamentación formal del derecho, en realidad puede ser una oportunidad para la ampliación de derechos que son moral y políticamente limitados en determinados contextos.

Cabe mencionar que estas dos primeras teorías han cedido respecto a lo absoluto de su postura inicial, de forma que los iusnaturalistas no desconocen la importancia de la positivización de los derechos, así como que plantean la razón como el fundamento de los derechos. Así mismo, algunos positivistas⁶ reconocen la importancia de que los derechos incluyan el análisis de otras ciencias para su construcción así como que visibilizan la importancia del marco internacional en la discusión sobre el reconocimiento y alcance de nuevos derechos.

1.1.1.3 Realista

El ius realismo constituye la tercera esfera mencionada en la teoría tridimensional de Reale⁷. Esta corriente de pensamiento reconoce la importancia del hecho social dentro del fenómeno jurídico. En ella se considera al derecho como un conjunto de hechos sociales, es decir, que pasa al primer plano del análisis y plantea que el derecho es valor, norma y hecho⁸. Esta teoría surge de la necesidad de utilizar métodos y técnicas propias de la investigación social, utilizando en método sociológico para el análisis y estudio de fenómenos jurídicos .

Ross, desde la perspectiva del realismo sociológico, conceptualiza como derecho vigente al "conjunto de ideas normativas que funcionan como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos son efectivamente observadas y quienes las observan se sienten vinculados por ellas"⁹. Es

⁶ Sobre la dinámica del derecho y otras ciencias, *vid.* Gregorio Peces Barba "Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales". *Historia de los derechos fundamentales*. Eusebio Fernández *et al.* (eds.). Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2009.

⁷ Sobre la teoría tridimensional, *vid.* Miguel Reale. *Teoría tridimensional del derecho. Preliminares Históricas*. Traducción de Juan Antonio-Páramo. Galicia: Imprenta Paredes, 1973.

⁸ Cfr. Miguel Reale. *Teoría tridimensional del derecho. Preliminares Históricas*. Traducción de Juan Antonio-Páramo. Galicia: Imprenta Paredes, 1973, p. 166.

⁹ Eduardo García Maynez, *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. 4ta ed. México DF: UNAM, 1989, p. 84.

decir, se entiende el derecho no solo como un conjunto de normas jurídicas o creencias, sino como su aplicación real y práctica¹⁰.

Es entonces que el hecho debe concordar con la norma; esto es, las acciones de la sociedad deben ser acordes a lo dispuesto por el sistema jurídico, tal como lo manifiesta Recasens Siches el derecho es vida humana objetivada y no mera referencia, por ende, éste debe ser una realidad social vivida por sus destinatarios y por el Estado, a efecto de ser considerado eficaz¹¹.

1.1.1.4 Decisionismo

El decisionismo, para Carl Schmitt, es lo opuesto al pensamiento normativista y a una concepción de la política basada en el ideal de la discusión racional, sosteniendo que en determinado momento crítico la realización del derecho se deriva de una decisión política sin fundamentos jurídicos ya sean positivos o naturalistas.¹² En este sentido, en aquellos casos en los que el contenido de los derechos no está determinado con claridad o se requiere su regulación, llega un punto en el que las autoridades competentes son las que deben tomar la decisión final.

En lo principal, Schmitt cuestiona la representación legislativa y su utilidad, ya que al tener como principal tarea la *discusión* de los asuntos del Estado, se opone tajantemente a la *decisión* unilateral que caracteriza al decisionismo. Así mismo desmonta la transparencia de los parlamentos al considerar que representan la voluntad e intereses de unos pocos en el poder y no de la ciudadanía. Al analizar las situaciones excepcionales en el que las decisiones deben provenir de la autoridad por ser casos *críticos*, se expone el origen real de las decisiones en los casos *no críticos* o normales -llámese normales a la regulación de los derechos-, que termina siempre siendo el mismo: la o las autoridades con una moral individual aplicada como ética colectiva.

Lo que originó esta teoría, es la existencia de un estado constitucional, parlamentario y liberal, que puede amenazar el poder estatal (ejecutivo); esta teoría pretende justificar la necesidad de que la autoridad sea quien tome las decisiones. El riesgo de esta teoría en la práctica, es que cualquier actividad que la autoridad

¹⁰ Eduardo García Maynez, Positivism jurídico, realismo sociológico y lusnaturalismo. *Óp. cit.*, p. 89.

¹¹ Cfr. Recasens Siches. "*Vida humana, sociedad y derecho*". Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.

¹² Sobre el decisionismo, *vid.* Carl Schmitt. *Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 41-53.

considere como una amenaza para su existencia, debe ser normada a través de su sola voluntad.

1.1.1.5 Garantismo

La evolución histórica de protección contra los actos abusivos del poder, originó lo que actualmente conocemos como garantismo o tutela de los derechos de los individuos, que consistió en la formulación de técnicas para garantizar de manera idónea el máximo grado de efectividad a los derechos.

El garantismo sintetiza de cierta manera la teoría propia del Estado constitucional de derecho, pues según Luigi Ferrajoli, esta teoría plantea un modelo normativo de derecho, al mismo tiempo que refleja una filosofía política tendiente a la limitación jurídica del poder, para resolver la dicotomía entre “el ser” y “el deber ser jurídico”.

En el modelo del Estado de derecho del positivismo jurídico clásico, la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer las reglas y su validez de acuerdo a su producción, mientras que según Luigi Ferrajoli, el constitucionalismo jurídico condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones; es decir, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones¹³.

Para Ferrajoli, quien ha desarrollado su teoría del garantismo penal en el marco de la escuela analítica del derecho italiana¹⁴, frente a la pregunta qué son los derechos fundamentales plantea dos respuestas. La primera respuesta, según la cual son derechos fundamentales los que están determinado en la Constitución o fuentes internacional de derecho reconocidas por las constituciones¹⁵. La segunda respuesta, es de naturaleza axiológica, y de acuerdo con ésta, “se deben considerar [como] fundamentales, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad de conciencia, las otras libertades civiles, los derechos a la subsistencia y otros similares, gracias a los cuales se aseguran la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos que se decida, precisamente, asumir como fundamentales”.¹⁶

¹³ Cfr. Carlos Ignacio Massini. El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”. *Persona y Derecho* Nº 61 (2009), p. 230.

¹⁴ Cfr. Rafael Aguilera. “Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli” *Letras jurídicas* Nº 4(2007), pp. 1-21.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. España: Ed. Trotta, 2007. p. 289.

¹⁶ *Id.*, p. 290.

Una definición de derechos fundamentales que reúna tales condiciones no puede ser sino una definición puramente formal, en la medida que no tendrá otro propósito que la identificación de “los rasgos estructurales que (...) convenimos asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella”¹⁷, cualesquiera sean sus contenidos. En este sentido, según lo señala el tratadista Antonio Enrique Pérez Luño los derechos humanos son:

Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico y de manera (progresiva), concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional¹⁸.

El rasgo característico del nuevo paradigma del Estado constitucional de derechos exige hoy en día una doble sujeción del derecho al derecho, donde la producción de las normas no debe sujetarse sólo al aspecto meramente formal de su génesis, sino también debe contemplar un contenido sustancial dado por los fundamentos éticos del derecho¹⁹. Ya lo dice Ferrajoli en su obra *Derechos y Garantías*:

(...) son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes –su deber ser, y no sólo su ser- los que se encuentran incorporados al ordenamiento constitucional de derecho, como derecho sobre el derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la más grande conquista del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.²⁰

1.1.2 Los derechos en la Constitución del Ecuador

En el Ecuador, la Constitución de la República resuelve algunas de las cuestiones que son motivo de discusión sobre los derechos fundamentales y humanos.

En el artículo 1 de la Constitución se establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Asimismo, el artículo 3 define como uno de los deberes primordiales del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales²¹.

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Óp. cit., p. 290..

¹⁸ Antonio Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 48.

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. 5° ed. España: Ed. Trotta, 2006, p. 51.

²⁰ *Id.*, p. 19.

²¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Respecto al reconocimiento de los sujetos de derechos, el artículo 6 establece que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. En el artículo 10 se define que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales²².

En el artículo 11 se establece que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

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

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

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

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

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

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

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

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.²³

²² Constitución de la República del Ecuador. Artículos 1 y 10. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²³ *Id.*, artículo 11.

De lo expuesto se desprende que la CRE hace alusión no solo a los derechos fundamentales, es decir no solo a los establecidos en ella, sino a los que entendemos como derechos humanos y se encuentran en el marco internacional, finalmente incluye a aquellos derechos derivados de la dignidad de la persona.

Cómo garantía normativa, el artículo 84, establece que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.²⁴

Respecto a los tratados e instrumentos internacionales, el artículo 417 manifiesta que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.²⁵

Sobre la supremacía de la CRE, el artículo 424, define que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.²⁶

De tal forma, el artículo 425 establece que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 84. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁵ *Id.*, artículo 417.

²⁶ *Id.*, artículo 424.

jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.²⁷

Según el artículo 426, todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.²⁸

Respecto la interpretación, el artículo 427, menciona que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.²⁹

Conforme el artículo 429, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. En este marco, el artículo 436 establece que la Corte Constitucional ejercerá, entre otras la atribución de ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.³⁰

Con toda esta normativa se consagra el bloque de constitucionalidad, la limitación al poder, la división de funciones, el principio de legalidad y de reserva de ley.

Una vez enmarcado lo que se entenderá por *derechos* y el marco constitucional del Ecuador es conveniente abordar el contenido esencial del derecho a fin de establecer sus límites y su eventual restricción.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁸ *Id.*, artículo 426

²⁹ *Id.*, artículo 427.

³⁰ *Id.*, artículos 429 y 236.

1.1.3 Contenido esencial de los derechos

Es aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, la dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.³¹ Por lo tanto se consideran dos criterios, el uno respecto a que el derecho tenga un contenido tal que se reconozca y diferencie de otro derecho y por otro lado que abarque efectivamente la protección del bien jurídico.³²

Como se observa en la normativa que antecede, de acuerdo a la Constitución ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales y el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Por lo tanto, se convierte en un límite inclusive para la potestad legislativa que tiene la atribución de regular el ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que este límite se extiende indiscutiblemente a la potestad reglamentaria del ejecutivo.

1.1.4 Teorías sobre los límites de los derechos

En esta materia es posible considerar dos teorías, la teoría de los límites internos de los derechos y la teoría de los límites externos de los derechos.

1.1.4.1 Teoría de los límites internos o inmanentes de los derechos

Según la teoría de los derechos no limitables, o teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado.

³¹ Tribunal constitucional de España. Sentencia 11/1981 de 11 de abril Concepto de contenido esencial. Fj. 8.

³² Fulgencio Angosto. *El iusaedificandi y el derecho de propiedad sobre suelo urbano*. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 1998, pp. 90 y 91.

Esta teoría sostiene la concepción de que los derechos y los límites no pueden entenderse como categorías diferentes. El contenido del derecho se conforma por el conjunto de atributos y facultades que representa como por las fronteras o límites que se distinguen respecto del ejercicio de tales derechos. Esta perspectiva de análisis sostiene que los derechos no son limitables, ya que no se admite como "jurídicamente válida la disminución del ámbito de protección o la ampliación del ámbito de los derechos, previstos en la Constitución"³³. Ello no significa que los derechos son ilimitados, sino que la configuración constitucional de los derechos contiene las fronteras o contornos de los derechos, los cuales constituyen "límites inmanentes" como denomina Häberle³⁴ o "límites intrínsecos" como los denominaba De Otto³⁵, es decir, aquellos que vienen dados por la propia naturaleza de los derechos.

Así para reconocer los límites inmanentes de los derechos es necesaria la delimitación del derecho, identificando el conjunto de facultades que este entraña y sus contornos o fronteras a partir de su construcción dogmática.

Delimitar un derecho es establecer su contenido y sus fronteras o límites. En otras palabras, delimitar es determinar el ámbito de realidad protegido por el derecho lo que determina sus contornos. Para delimitar el contenido del derecho deben tenerse presente dos elementos: el identificar el ámbito de la realidad al que se alude y fijar lo que se entiende por éste; y el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance que se da a su protección constitucional³⁶.

Así, en cada norma, la Constitución concreta el tratamiento jurídico y especifica el contenido de la protección misma otorgada por el derecho, dicho análisis debe realizarse en el contexto de una interpretación unitaria, sistemática y finalista de la Constitución. Todo derecho en este sentido es limitado ya que ampara sólo el contenido del derecho garantizado constitucionalmente, el cual tiene presente el contenido de los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados.

³³ Magdalena Correa Henao. *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21.

³⁴ Peter Häberle. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 108.

³⁵ Ignacio De Ottoo. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Madrid: Ed. Ariel Derecho, 1987, p. 151.

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena vs. Panamá*. Observaciones de la Comisión al escrito del Estado de Panamá de 29 de junio de 1998.

El límite de un derecho presupone la existencia de un contenido constitucionalmente protegido prefijado dentro del cual conlleva un límite como contorno o frontera. Los límites o fronteras de los derechos consideran los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, constituyendo un sistema integrado y armónico. La Constitución constituye un sistema armónico y coherente de derechos, donde cada una de sus normas es útil para determinar la delimitación de los derechos.

Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos manifiesta que: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática"³⁷.

Finalmente, desde los inicios de la consagración formal de los derechos humanos, se contempla este tipo de limitaciones, al respecto, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano señala:

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden estar determinados por ley³⁸.

No pueden utilizarse algunos enunciados constitucionales de derechos o bienes jurídicos para anular otros, todos ellos son elementos constitutivos del orden constitucional que no pueden entrar en contradicción, pudiendo sólo existir conflictos aparentes por una inadecuada o deficiente delimitación de los derechos, estos deben interpretarse siempre en el sentido de darles un efecto útil y la máxima efectividad, vale decir, optimizándolos dentro de su ámbito propio. Cada uno y todos los derechos pertenecen a un sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos, a su vez todos ellos tienen incorporado el límite del bien común, en la medida que las personas conviven en sociedad.

1.1.4.2 Teoría de los límites externos de los derechos

Esta teoría separa los derechos y los límites, refiriéndose a los límites en cuanto implica limitaciones en el ejercicio de los derechos. El concepto de *limitación* de un derecho puede tener dos connotaciones, según Nogueira "significa por una parte la

³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 32 numeral 2.

³⁸ Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Artículo 4.

determinación del contenido material del derecho, por otra parte, significa la imposición de restricciones al derecho"³⁹.

La limitación como restricción del derecho es un acto que procede desde fuera e implica alterar la condición natural del derecho. Por lo tanto, las limitaciones en cuanto restricciones establecidas por el legislador proceden de reservas específicas de limitación, las cuales son constitutivas de límites y no solamente declarativas de límites preexistentes de los derechos.

Las limitaciones-restricciones no proceden en nuestro país, como lo establece el artículo 417 de la CRE, pero si se establece la regulación de derechos a cargo del Legislativo.

La limitación se entiende como regulación, en la medida que el acto de limitar-regular un derecho no puede llegar al punto de desnaturalizarlo, transformarlo en otro, o hacer imposible su reconocimiento y ejercicio. Por lo tanto al hablar de limitación como regulación, esta procede de reservas específicas, puramente declarativas de límites preexistentes de los derechos, las cuales no son constitutivas de límites externos y jamás de restricción. En esta perspectiva, el límite es externo al derecho mismo y viene dado por la necesidad de hacer compatible los derechos entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos.

La limitación como de los derechos en nuestro ordenamiento jurídico sólo puede concretarse por el órgano o la autoridad dotada de competencia por la Constitución con ese fin. Así, solo la Constitución define el contenido esencial y el límite de los derechos fundamentales y la ley puede establecer su regulación, ya que su carácter de derechos fundamentales deriva de su aseguramiento constitucional expreso o implícito, como asimismo, por el hecho de que ninguna norma constitucional habilita a ningún otro órgano o autoridad para introducir válidamente limitaciones-restricciones de los derechos fundamentales, su regulación está reservada exclusivamente al legislador.

La CRE establece claramente la competencia de la Asamblea Nacional para la regulación de los derechos, fija los límites de los derechos y posibilita la regulación de

³⁹ Humberto Nogueira. "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales". *Revista Ius et Praxis* (2005), vol.11, n.2, pp. 15-64.

ellos a través de la ley. Así se establecen dos garantías normativas, la reserva de ley y el respeto al contenido esencial de los derechos.

1.1.5 Los derechos como límite al poder estatal

Los derechos son límites para el poder estatal. La potestad legislativa se encuentra limitada no sólo por los procedimientos previstos en la CRE, sino que existe un límite material o sustantivo, el cual es la intangibilidad de los derechos ya asegurados, los cuales constituyen límites a la soberanía estatal⁴⁰. En tal sentido, el régimen constitucional del bloque de derechos es irreversible, en el sentido de que impide su desconocimiento parcial o total, o su reforma parcial o total en un sentido de degradación o menor nivel de aseguramiento y garantía de los derechos que el ya asumido y asegurado constitucionalmente⁴¹.

En definitiva, el ordenamiento constitucional posibilita la expansión y enriquecimiento del sistema de derechos, de acuerdo con el principio de progresividad, como asimismo impide su regresión o una reforma peyorativa a través del principio de irreversibilidad⁴².

1.1.6 La Constitución como fuente de derechos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece lo siguiente:

Toda persona en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática⁴³.

En este marco, la Constitución enuncia los derechos asegurados por ella, delimitándolos, fijando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que los identifican, como asimismo, determina límites ordinarios y extraordinarios o autoriza al legislador para establecer regulaciones. En efecto, nuestra Constitución establece derechos con un alcance previsto y precisado de manera definitiva por ella, determinando sus contenidos y sus contornos o fronteras, enunciando el derecho y a la vez condicionando su ejercicio.

Los derechos, si bien no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a sus propios límites, explícitos o no. En palabras de José Luis Cea: “estos

⁴⁰ Humberto Nogueira. "Aspectos de una Teoría de los Derechos... *Óp. cit.*, pp. 15-64.

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 421. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴² *Id.*, artículo 11 numeral 4.

⁴³ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 29.

derechos se tratan de atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos⁴⁴. Es así que el ejercicio de los derechos se encuentra limitado por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad.

Los enunciados constitucionales de derechos fundamentales pueden establecer habilitaciones específicas al legislador para establecer regulaciones o precisiones sobre ellos, es así que, en nuestro país, la Constitución habilita al legislador para regular exclusivamente el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, pero en ningún caso habilita la posibilidad de plantear restricciones a los atributos o facultades aseguradas por esta norma.

Reconocer, por tanto, que los derechos están sujetos a límites no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico, se trata de un conjunto de atributos, cuyo respeto y protección son una de las claves más importantes para evaluar la verdadera legitimidad de un modelo político y social. No obstante lo anterior, y como se ha dicho, los derechos no son absolutos ni ilimitados, sino que en verdad se encuentran sometidos a una serie de delimitaciones que provocan que su titular no se exceda al punto de interrumpir el ejercicio de derechos de otra persona. Jaime Guzmán lo explica:

Los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado y no infinito, sus derechos están sujetos —forzosa e inevitablemente— a ciertos límites (...). Más allá de los límites que impone la moral en aquellos ámbitos que corresponden exclusivamente al juicio de Dios y de la propia conciencia, la vida en sociedad exige que el ordenamiento jurídico también consagre limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común.⁴⁵

Al respecto, Robert Alexy indica que: “el individuo tiene derecho a que su libertad general de acción no sea restringida por normas que no son elemento constitutivo del orden constitucional, es decir, que no son formal y materialmente acordes con la Constitución⁴⁶”. En este sentido en los próximos capítulos se desarrollará las potestades estatales para la restricción o regulación de un derecho.

⁴⁴ José Luis Cea Egaña. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 58.

⁴⁵ Renato Cristi. *El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad*. Chile: Ed. LOM, 2000, pp. 153-154.

⁴⁶ Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 607.

1.1.7 Elementos para la limitación de derechos: Objeto lícito, razonabilidad y proporcionalidad

El principio de legalidad establece un límite para el poder estatal, según el cual todos los actos del poder público deben estar sujetos a la ley. Ningún derecho es absoluto y su regulación no puede ser arbitraria, en tanto “los derechos fundamentales pueden ser *restringidos* por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación [las cursivas son mías].”⁴⁷ De esta forma se establece que aquellas disposiciones legales que regulan los derechos en el marco de la reserva de ley, deben adecuarse a la legalidad, no sólo en sentido formal sino “desde el realismo jurídico que entiende el derecho como lo justo vigente en el contexto del derecho nacional e internacional de los derechos humanos”⁴⁸. Con este antecedente, “la reserva de ley es una manifestación concreta del principio de legalidad (...) pues su función se precisa en reafirmar el principio de “sujeción a derecho”⁴⁹ y a su vez “el control de legalidad de cualquier posible restricción a los derechos humanos (...) es una consecuencia necesaria del reconocimiento de la primacía del principio de legalidad en el orden jurídico”⁵⁰.

En las directrices definidas por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-6/⁵¹, ha señalado que: “La ley, en el Estado democrático, no es simplemente un mandato de la autoridad, revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido, y está dirigida a una finalidad. (...) En una sociedad democrática, el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad”.⁵²

Existen varios test de convencionalidad, para la restricción de derechos que se han desarrollado⁵³, según Velásquez el primer elemento que integra un test de restricción de derechos es la legalidad, es decir que la restricción debe establecerse a través de una ley. No se redundará en este elemento pues la verificación de inicio, que hace

⁴⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A, núm. 6, párr. 23.

⁴⁸ María Carmelina Londoño Lázaro. “El principio de legalidad y control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte interamericana de Derechos Humanos”. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, año XLIII, número 128 (2010), p. 763.

⁴⁹ *Id.*, p. 770.

⁵⁰ *Id.*, p. 762.

⁵¹ Sobre el test de restricción de derechos, *vid.* Daniel Vásquez. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2016, p. 56.

⁵² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 09 de mayo de 1986, párr. 32.

⁵³ Daniel Vásquez. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2016, p. 55.

parte de la hipótesis planteada es precisamente la inobservancia del principio de reserva de ley.

El segundo elemento es el que la Corte IDH denomina legitimidad del objetivo de la restricción⁵⁴, también llamado objeto lícito en el marco de este trabajo, ya que para poder realizar un análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad, es necesario determinar el objetivo de la restricción. Además, se requiere que la causa que se invoque este establecida en el marco jurídico y se ajuste a él integralmente, generalmente las causas aceptadas⁵⁵ son seguridad nacional, seguridad pública, orden público, protección de la salud y de los derechos y libertades de los demás.⁵⁶ Sin embargo, como menciona La Corte IDH, los bienes jurídicos mencionados no pueden ser utilizados para suprimir un derecho ni privarlo de contenido, desnaturalizándolo.⁵⁷

Un tercer elemento plantea que no sólo que el objetivo debe ser lícito sino que además debe ser razonable, a este elemento también se lo conoce como adecuación o idoneidad y consiste en “la existencia de una relación de causalidad clara entre la restricción como un medio para arribar al objetivo legítimo que se busca”.⁵⁸ En la opinión consultiva núm. 6, la Corte manifestaba con contundencia que para que las restricciones a los derechos y libertades, impuestos en virtud de una ley, sean jurídicamente lícitas, es necesario que ésta se establezca “por razones de interés general y con el propósito para el cual ha sido establecida”⁵⁹, definiendo de esta manera la razonabilidad.

Un cuarto elemento es el de proporcionalidad, según Nash: consiste en que la restricción no solo logre el objetivo buscado sino que lo consiga afectando en la menor medida posible el goce o ejercicio de un derecho restringido, de forma que si hay una

⁵⁴ Daniel Vásquez. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Óp. cit.*, p. 56.

⁵⁵ *Id.*, p. 58.

⁵⁶ Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 16 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

⁵⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 de 3 de noviembre de 1985, párr. 65.

⁵⁸ Daniel Vásquez. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Óp. cit.*, p. 61.

⁵⁹ *Ibíd.*

alternativa menos gravosa debe aplicarse dicha alternativa.⁶⁰ Si bien se parece al requisito de necesidad planteado por algunos tratadistas⁶¹, es necesario aclarar que según el de necesidad debe establecerse que no existe otra alternativa que la restricción del derecho, mientras que el de proporcionalidad busca analizar la medida. Sin embargo en este trabajo se abordará la necesidad dentro de la proporcionalidad.

La Corte IDH en el caso Herrera Ulloa menciona que “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”⁶²

En resumen, para que las medidas emitidas por el legislador con el propósito de regular los derechos sean válidas y para este trabajo en particular, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: el objeto lícito, que significa que lo que se persigue no es contrario a la norma y busque cumplir su fin; razonabilidad, esto es, que la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos; y, proporcionalidad es decir si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos y finalmente.⁶³

1.2 Potestades

1.2.1 Origen de las potestades

Previo la instauración de la administración pública como se la conoce ahora estuvo vigente un estado monárquico en el que ya se habían establecido ciertas reglas para la relación Administración – administrados, sin embargo en realidad estas reglas establecieron una serie de elementos que protegían la arbitrariedad e intereses del monarca, otorgándole un derecho ilimitado para administrar, en esta etapa no se reconocían los derechos del individuo frente al soberano, sino que los individuos son

⁶⁰ Claudio Nash Rojas, *El sistema interamericano de derechos humanos en común Aciertos y desafíos*. México: Ed. Porrúa, 2009, p. 4.

⁶¹ Daniel Vásquez. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*. Óp. cit., pp. 61-64.

⁶² Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 8.

⁶³ Sobre el test de restricción de derechos, vid. Daniel Vásquez. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2016.

objetos y no sujetos de derechos. A esta concepción se le llamó Estado de Policía, aunque estas determinaciones pudieron ser consideradas los primeros indicios del ordenamiento de las relaciones administración - administrado, por no tener fuerza de aplicación no eran observados por el poder⁶⁴.

La Revolución Francesa de 1789 se caracterizó por la consolidación de varios principios: en primer lugar la soberanía tradicionalmente del rey pasa a ser la soberanía del pueblo entendida como el conjunto de individuos parte del Estado que en función de su autodeterminación delegan el ejercicio de ciertas potestades a un grupo de instituciones;⁶⁵ en segundo lugar, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que instituyen los derechos para la consolidación del nuevo sistema jurídico; y, en tercer lugar, el Imperio de la Ley, como la principal expresión de la voluntad del soberano que se convierte en el código de conducta de quienes son parte de la administración y que únicamente pueden hacer estrictamente lo que la ley les manda. La ley, fue considerada como norma suprema porque emanaba del poder legislativo que era la representación del soberano, es decir del pueblo.

En ese momento histórico la constitución era considerada un documento de naturaleza política que incluía los derechos humanos y la estructura del estado y no tenía el carácter de cuerpo jurídico porque no existía el control de constitucionalidad de las leyes. Es por eso que surge la necesidad de que los derechos consagrados en la constitución se establezcan en las leyes que si son parte marco jurídico para asegurar su aplicabilidad.⁶⁶

Esta larga transición desde el Poder de Policía hasta lo que luego se llamó el Estado de Derecho, se definió con la separación de poderes hasta el reconocimiento formal y universal de los derechos humanos del ciudadano frente al Estado. Sin desconocer la de-construcción de algunas de las características del Estado de Policía, hay una en particular que tiene que ver con el objeto de este trabajo y que en la práctica aún no se elimina del actual Estado constitucional de derechos: los actos del príncipe, “correlativamente con lo antes recordado, el acto del príncipe era como un acto de Dios, por encima del orden jurídico; su versión en el Estado constitucional fue

⁶⁴ Eduardo García de Enterría. *Revolución francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Civitas, 1998.

⁶⁵ Prosper Weil. *Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1986, pp. 36 – 48.

⁶⁶ Miguel Malagón. “La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés. La invención de la Teoría del Acto Político o de Gobierno y su Ausencia de Control Judicial”. *Diálogo de Saberes* (2005), p. 168.

la teoría de los “actos de imperio”, primero, y de los “actos de gobierno” o “institucionales”, después”⁶⁷.

1.2.2 Potestad reglamentaria

La Constitución de la República del Ecuador en el Título IV referente a la participación y organización del poder, en su Capítulo III sobre la Función Ejecutiva, establece que el Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública.⁶⁸

El numeral 1 del artículo 147 de la CRE define como atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia. En el numeral 13 se establece la atribución de expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.⁶⁹

En concordancia con lo señalado, el segundo inciso del artículo 5 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que la Función Ejecutiva la ejerce el presidente de la República, quien representa al Estado en forma extrajudicial y ejerce la potestad reglamentaria.⁷⁰ El mismo Estatuto establece en su artículo 11 las atribuciones y deberes del Presidente de la República y el literal f) le faculta a adoptar sus decisiones de carácter general o específico, según corresponda, mediante decretos ejecutivos y acuerdos presidenciales.⁷¹

Para el profesor ecuatoriano Nicolás Granja Galindo, el decreto es una fuente del Derecho Administrativo que: “(...) consiste en una resolución dictada por la autoridad administrativa jerárquicamente constituida, en goce de sus atribuciones, con el propósito de llevar a efecto, en mejor forma, la actividad de administrar que se le ha encomendado.”⁷²

⁶⁷ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. 1ª. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017, p. II9.

⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 141. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶⁹ *Id.*, artículo 147 numerales 1 y 13.

⁷⁰ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 5. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

⁷¹ *Id.*, artículo 11.

⁷² Nicolás Granja Galindo. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 1992, p. 69.

1.2.3 Potestad Legislativa

La potestad legislativa en el Ecuador corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional⁷³ quien aprueba como leyes las normas generales de interés común, y en función de lo cual, se establece que para la regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales se requerirá de ley orgánica, determinando de esta forma el principio de reserva de ley en esta materia⁷⁴. La importancia de que esta materia sea reserva de ley, radica en que la Asamblea Nacional está formada por representantes de la ciudadanía, como resultado de una elección popular y basada en la obligación que tienen de reflejar la voluntad del pueblo en las decisiones que se toman, por lo que se considera que la Función Legislativa, es la función del Estado más trascendental por su origen y su misión.

En nuestro país, la Asamblea Nacional es un órgano unicameral, colectivo, político, deliberante y resolutivo que tiene la potestad constitucional de expedir, derogar y reformar leyes orgánicas y ordinarias.

En el marco de la Función Legislativa, otra característica que resalta la importancia de que ciertas materias sean reguladas mediante ley, es el formal y riguroso procedimiento legislativo que sumado a la representación de la ciudadanía busca que los intereses se vean reflejados en las decisiones legislativas y que como resultado la ley es la máxima expresión soberana del pueblo, por lo que en esencia busca garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de cada individuo, lo que se evidencia con la rigurosidad que se establece para la creación de la norma.

La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. La CRE establece que se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales⁷⁵.

⁷³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 118. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁴ *Ib.*, artículo 132 y 133.

⁷⁵ *Ib.*, artículo 132.

Por lo tanto, el principio de reserva de ley se encuentra consagrado en el artículo 133 de la Constitución del Ecuador: "Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: (...) 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales."⁷⁶

1.2.4 Principio de Reserva de Ley

1.2.4.1 Origen del principio de reserva de ley

La reserva de ley es abordada principalmente del conflicto que surge entre el Legislativo y el Ejecutivo en el momento delimitar sus potestades. Como se ha mencionado anteriormente el primer momento en donde se visibiliza claramente la intención de delimitar a la función legislativa y ejecutiva es en 1789 en Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano que establece que: "únicamente la ley puede limitar las libertades de los individuos"⁷⁷.

Históricamente se ha planteado la titularidad de la potestad de regular los derechos, deberes y garantías de los individuos, logrando determinar que la potestad legislativa es la máxima representación de la ciudadanía en la toma de decisiones y la representación de sus voluntades e intereses. Dentro del marco histórico se entiende el principio de reserva de ley como la existencia de un precepto constitucional que establece a la ley como la única posibilidad de regulación del ejercicio de los derechos.

Es decir, el concepto de reserva de ley depende directamente de lo que previamente dispone la Constitución, sobre lo que es de materia exclusiva de la potestad legislativa, procedimiento de creación de la ley y las respectivas limitaciones que se establecen para la regulación del ejercicio de los derechos, observando adicionalmente los principios mínimos de los derechos humanos. Así lo menciona Villacorta Mancebo: "la reserva de ley depende a la vez de cada estructura constitucional y la comprensión del estado dominante"⁷⁸.

Por lo expuesto, la definición y alcance que tienen el principio de reserva de ley depende directamente de lo que la Constitución establezca, lo que consecuentemente será el resultado del momento histórico, político en el que se haya creado o reformado la Constitución y la concepción de los titulares de las potestades ejecutiva y legislativa de ese contexto específico, lo que origina uno de los principales inconvenientes en la delimitación de estas potestades.

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 133. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Artículo 4.

⁷⁸ Luis Villacorta Mancebo. *Reserva de Ley y Constitución*. Libros Dikynson, 1994, pp. 80 – 96.

1.2.4.2 Principio de Reserva de Ley

Sobre la definición del principio de reserva de ley, García de Enterría señala que:

El principio [de reserva de ley] funciona como una garantía frente a las veleidades de intervención autoritaria por parte de cualquier autoridad o poder público. Sólo el consentimiento de los ciudadanos, que se expresa en la Ley, puede legitimar una intervención en su ámbito de libertad. La reserva de Ley es así la expresión misma del principio democrático⁷⁹.

La reserva legal es una garantía jurídica para el reconocimiento y respeto de los derechos, que surgió para la limitación de las frecuentes intervenciones del gobernante o monarca que en excusa de su deber de administrar el estado, restringía y afectaba derechos de los individuos. Con la aparición del principio de reserva de ley, el gobernante podía únicamente desempeñar funciones para la organización y administración del estado que estaban definidas en la Constitución y se crea un órgano legislativo encargado de regular los derechos a través de la ley.

La reserva de ley implica que existen materias que pueden ser tratadas exclusivamente por la ley y no por otra norma jerárquicamente inferior. La reserva de ley es “un mecanismo a través del cual el principio de legalidad se hace efectivo, pues trata de garantizar la exigencia de que sean los ciudadanos, por medio de sus representantes, quienes regulen determinadas materias (...)”⁸⁰. En el caso del Ecuador y en lo pertinente a este trabajo, existe reserva de ley para la regulación de los ejercicios y garantías constitucionales.

La reserva legal en el Ecuador, debe ser analizada en función del marco constitucional vigente y como consecuencia y garantía del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia.

⁷⁹Eduardo García de Enterría. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1998, p. 127.

⁸⁰Eusebio González García. *Temas actuales de derechos tributario*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 43.

CAPÍTULO II

Estudio de casos

2. Estudio de casos

A fin de estudiar casos de decretos que como se concluirá, son mecanismos para restringir derechos, se han considerado los que a la fecha del inicio de la investigación fueron parte de la normativa que impidió, dificultó y cesó el ejercicio de derechos de las personas, y son los siguientes:

- Decreto Ejecutivo N. 813
- Decreto Ejecutivo N. 1182
- Decreto Ejecutivo N. 16

Estos Decretos fueron seleccionados considerando el interés de la ciudadanía frente a su eventual restricción y por los efectos inmediatos y evidentes que se generan en la cotidianidad de los sujetos de derechos aludidos; además, porque se constituyeron en una preocupación académica – jurídica y en un referente de extralimitación del poder ejecutivo en el Ecuador, hasta el punto de ser objeto de demandas de inconstitucionalidad y de la condena de organismos internacionales que trabajan en temas de derechos.

El análisis de la restricción se resuelve identificando el derecho y considerando que cada uno de ellos significa un espacio jurídico determinado, es decir, que cada uno cuenta con un contenido esencial que es precisamente el que faculta a su titular a realizar una serie de actividades y, asimismo, es el que si es afectado, disminuido o limitado, está siendo restringido. De esta manera, la primera y principal tarea es determinar el contenido constitucional de estos los derechos a fin de definir si existe tal restricción.

Determinar el contenido de un derecho es “mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”.⁸¹ Paralelamente, se analiza el principio de reserva de ley, que de una primera revisión se puede colegir que con la emisión de estos decretos no se cumplió con este principio.

⁸¹ Pedro Serna y Fernando Toller. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 42.

2.1 Decreto Ejecutivo 813: Reformas al Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público

2.1.1 Presentación del Decreto

El Presidente Rafael Correa Delegado, mediante Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 489 con fecha 12 de julio del 2011, reforma el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. En el artículo 8 se procede a incorporar a continuación del artículo 108 del Reglamento, un artículo innumerado que establece:

Artículo...- Cesación de funciones por compra de renunciaciones con indemnización.- Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renunciaciones obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas.⁸²

De esta manera se crea la figura de “compra de renunciaciones obligatorias” en el Reglamento y afecta la Ley Orgánica de Servicio Público, que en el artículo 47 literal k) fija como forma de cesación de funciones la compra de renuncia, y que en ningún momento establece la figura de obligatoriedad, sino deja como opción voluntaria a los servidores públicos:

Artículo 47.- Cesación definitiva.- La servidora o servidor del sector público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: (...)
k) Por compra de renuncia con indemnización; (...)⁸³

Anteriormente, el Presidente de la República, a través de su objeción parcial al Proyecto de Ley Orgánica de Servicio Público pretendió incluir la figura del despido intempestivo. Esta pretensión no avanzó en la Asamblea Nacional y desde entonces ha buscado formas para imponerla en la normativa del país. El Pleno de la Asamblea Nacional, durante el debate del veto realizado por el Presidente de la República a la Ley Orgánica del Servicio Público⁸⁴, el 28 de septiembre del 2010, con mayoría de 95 Asambleístas, se ratificó en el texto original y rechazó el contenido de la disposición transitoria décima incorporada por el Presidente de la República en dicho veto parcial, en donde se establecía la compra de renuncia obligatoria.

⁸² Decreto 813. Reformas al Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público. Artículo 8. Registro Oficial Suplemento No. 489 del 12 de julio del 2011.

⁸³ Ley Orgánica del Servicio Público. Artículo 47. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 294 de 6 de octubre del 2010.

⁸⁴ *Ibíd.*

2.1.2 Derecho restringido

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 23 reconoce el derecho de toda persona al trabajo; a la libre elección de su trabajo; a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; a la protección contra el desempleo; a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador, así como a su familia, una existencia digna⁸⁵.

Las mencionadas disposiciones están acordes con el artículo 25 de esta la misma Declaración que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella misma, así como a su familia, la salud y el bienestar, en especial la alimentación, la vivienda, el vestido y la seguridad social que las protejan en caso de desempleo, enfermedad, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad⁸⁶.

El derecho al trabajo, es considerado un derecho humano, asumido así, desde la firma del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 6 que establece que el derecho a trabajar comprende “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”⁸⁷

El Protocolo Facultativo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona n el artículo 7 que:

Artículo 7.- Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

(...)b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva; (...)

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; (...).⁸⁸

⁸⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 24.

⁸⁶ *Id.*, artículo 25.

⁸⁷ Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Artículo 6.

⁸⁸ Protocolo Facultativo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988). Artículo 7.

El Convenio 158 de la OIT establece en el artículo 4: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.”

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 33, establece en relación a este derecho que:

El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.⁸⁹

Así mismo en los derechos de libertad, el artículo 66 numerales 17 y 29 literal d) respectivamente determinan que se reconoce y garantizará a las personas: el derecho a la libertad de trabajo; nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley; y, que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley⁹⁰.

El artículo 326, establece que el derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.⁹¹

El Código del Trabajo en el artículo 4, plantea la irrenunciabilidad de derechos, siendo nula toda estipulación contraria.⁹²

La Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) en el artículo 23 literales a),e) y h) establece los derechos de las servidoras y los servidores que son irrenunciables, entre ellos: gozar de estabilidad en su puesto; recibir indemnización por retiro voluntario; y, ser restituidos en forma obligatoria en caso de ser suspendido o destituido.⁹³

⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁹⁰ *Id.*, artículo 66, numeral 17 y 29 literal c).

⁹¹ *Id.*, artículo 326, numeral 1, 2 y 3.

⁹² Código del Trabajo. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento No 294 de 06 de octubre de 2010.

⁹³ Ley Orgánica de Servicio Público. Artículo 23. Registro Oficial Suplemento No. 167 No de 16 de diciembre de 2005.

En el artículo 47 literal a) de la LOSEP, se detallan los casos en los que un servidor público cesará definitivamente en sus funciones, entre ellos, por renuncia *voluntaria* formalmente presentada⁹⁴.

Sin dejar de lado la interpretación integral de la Constitución, los derechos de protección deben ser considerados a fin de enmarcar las garantías para el ejercicio del derecho al trabajo, entre ellos el derecho a la justicia determinado en el artículo 75 de la CRE:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.⁹⁵

De la misma forma, en el artículo 76 de la CRE, se definen las garantías básicas que deben incluirse para asegurar el derecho al debido proceso en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden:

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.⁹⁶

Es necesario incluir el marco de principios que rigen el ejercicio de los derechos y se define en el artículo 11 de la CRE⁹⁷ y que fueron citados en el Capítulo I de este trabajo.

⁹⁴ Ley Orgánica de Servicio Público. Artículo 47. Registro Oficial Suplemento No. 167 No de 16 de diciembre de 2005.

⁹⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁹⁶ *Id.*, artículo 76.

⁹⁷ *Id.*, artículo 11.

2.1.3 Restricción del derecho

Entre los elementos constitutivos del derecho al trabajo se encuentra la libertad de trabajo, que está contemplada constitucionalmente; y, la estabilidad de acuerdo al marco legal referido anteriormente.

La estabilidad es un derecho irrenunciable del trabajador, que consiste en que esta persona pueda conservar su puesto de trabajo indefinidamente, a no ser que se configuren las circunstancias especiales determinadas para la cesación y estas estén en el marco de la norma. En lo que respecta a este elemento, un trabajo podría cesar por renuncia o por retiro voluntario, la característica de estas dos condiciones es la voluntad de la persona trabajadora que, en libertad, decide sobre su permanencia en ese trabajo.

La obligatoriedad de renunciar rompe desde todo punto de vista con la naturaleza del derecho al trabajo, de decidir libremente si desea o no continuar trabajando de acuerdo a su voluntad. Al instituirse que el Estado puede establecer planes de compra de renunciaciones obligatorias (esto es sin la voluntad del trabajador), se pierde el elemento de la libertad del trabajo y de estabilidad, convirtiéndose en un derecho desnaturalizado y vacío de contenido: restringido.

La emisión del Decreto 813⁹⁸ no sólo vulnera el principio de reserva de ley, al “regular”⁹⁹ el derecho, sino que modifica el contenido de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP)¹⁰⁰ e incluye una disposición restrictiva del derecho al trabajo, prohibición vigente inclusive para el legislativo. Cabe recalcar que esta regulación debería constar en la ley, en cuyo caso procedería el análisis planteado a continuación, sin embargo, es un análisis que permite evidenciar el carácter restrictivo de las disposiciones que constan en este Decreto y que se mantendrían aun cuando consten en una ley.

Aplicando el análisis de cumplimiento de los mínimos necesarios para imponer la regulación a este derecho, respecto al objeto lícito que establece la norma es necesario considerar que de acuerdo al Decreto 813 el objetivo de esta medida es la reestructuración, optimización o racionalización de las instituciones, sin embargo, en

⁹⁸ Decreto 813. Reformas al Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público. Registro Oficial Suplemento No. 489 del 12 de julio del 2011.

⁹⁹ Como se analiza, no sólo se trata de la regulación de un derecho a través de un Decreto, sino que se trata de una restricción al derecho, prohibida por la CRE en cualquier circunstancia, inclusive para la Asamblea Nacional.

¹⁰⁰ Ley Orgánica de Servicio Público. Registro Oficial Suplemento No. 167 No de 16 de diciembre de 2005.

más de una ocasión funcionarios/as del Estado mencionan¹⁰¹ como finalidad la depuración de la función pública de malos servidores inmiscuidos en temas de corrupción, con rendimiento o perfiles inadecuados para el puesto.

El objeto no es lícito, ya que el Decreto busca evidentemente separar a servidores sin el debido proceso, sin que exista una causa legal, un proceso previo que demuestre las infracciones cometidas, la ineficiencia o cualquier hecho que legalmente lo permita, siendo el objetivo contrario a la normativa existente. Esta disposición facilita la arbitraria expulsión de un servidor público, sin que el Estado cumpla con la ley y haga el mínimo esfuerzo para cumplirla, constituyéndose en una forma de evitar las consecuencias de un despido intempestivo. Sin mencionar, que al establecer la obligatoriedad de la renuncia carece de eficacia jurídica¹⁰² por no guardar conformidad con la norma jurídica¹⁰³, respecto a la libertad de trabajo y estabilidad.

Respecto a la razonabilidad, primero esta disposición no tiene asidero constitucional ni legal, y segundo no se establece el proceso de selección servidores a ser separados ni se fijan los procedimientos respectivos. Según la razonabilidad, no se justifica como lograrán cumplir con la finalidad de reestructuración, optimización o racionalización del Estado, con esta medida.

Acerca de la proporcionalidad, si el objetivo es la depuración del servicio público eliminando a quienes están inmiscuidos en temas de corrupción, son deficientes u ofrecen mala atención, se debe recordar que estos hechos son penal y administrativamente sancionables y que, en el marco de la ley, se podría cesar en sus funciones a estas personas por una o más de estas razones. Si no tienen el perfil o no son necesarios para las nuevas funciones de la institución, así como se organiza un plan de compras de renuncias obligatorias se puede crear un plan de reubicación o profesionalización del personal.

Es decir, la medida adoptada no es indispensable para resolver ninguno de los problemas planteados, ya que como se menciona existen varias alternativas legales para lograr la reestructuración, optimización o racionalización del Estado, que

¹⁰¹ El Universo. *Servidores cesados arman nuevas demandas*. www.eluniverso.com/2011/11/07/1/1355/servidores-publicos-cesados-arman-nuevas-demandas-plantones.html (acceso: 18/09/2016)

¹⁰² Entendido como el elemento que vincula el precepto lógico escrito a la realidad subyacente, la cual se proyecta en el medio social en el que debe actuar, donde toda norma o acto del poder público se sujeta a la Constitución.

¹⁰³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

observan los derechos y principios constitucionales y que pueden cumplir con esta finalidad sin que las medidas vulneren derechos y sean extremadamente severas frente a situaciones que merecen una respuesta judicial y de política pública. No hay que olvidar que la norma de material penal y administrativa, contempla estas situaciones y ha establecido procesos y sanciones pensando en la protección del bien jurídico y no en el resultado punitivo exclusivamente.

Con este antecedente, se deduce que el objetivo es facilitar (al Estado) la “depuración” de quienes a su criterio afectan su desarrollo a costa de los derechos de los servidores públicos, esto como un hecho que surge de la voluntad consciente del Presidente que en varias ocasiones intentó introducir esta figura en la norma legal para deshacerse de servidores que no son deseables o convenientes a su solo criterio. De este modo, esta decisión fue construida e implementada como un mecanismo para restringir el derecho al trabajo en los términos contemplados en la Constitución y en el marco internacional de derechos.

En suma, realizado el examen necesario para identificar si una disposición legal cumple con los requisitos de objeto lícito, razonabilidad y proporcionalidad, se puede concluir que estos no se cumplen; y por lo tanto no se justifica la “regulación” de este derecho en una ley y peor aún en el Decreto 813¹⁰⁴.

Simultáneamente, se revisó si el contenido esencial del derecho se ve disminuido, o limitado, en cuyo caso se configura la restricción del derecho. La libertad de trabajo y la estabilidad, son elementos constitutivos del derecho al trabajo y con la disposición analizada, se desnaturalizó el derecho, se desprotegió el bien jurídico (trabajo y a una vida digna) y se impidió el ejercicio del derecho al trabajo. Por consiguiente, el Decreto 813, no solo que pretendió regular el derecho inobservando el principio de reserva de ley, sino que lo restringió, ya que impidió que las personas puedan ejercerlo con libertad y estabilidad y la finalidad del trabajo que es garantizar una vida digna se perdió.

Para concluir, es necesario evidenciar que esta restricción no es un hecho espontáneo o aislado, por el contrario, por el número de ocasiones que se insistió para la configuración de esta restricción es un acto propio del decisionismo, contrario al Estado constitucional de derechos e impuesto incluso cuando el Legislativo había negado la creación de esta figura.

¹⁰⁴ Decreto 813. Reformas al Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público. Registro Oficial Suplemento No. 489 del 12 de julio del 2011.

2.2 Decreto Ejecutivo N. 1182 denominado "Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967"

2.2.1 Presentación del Decreto

Este Decreto fue expedido por el presidente de la República y el Ministro de Coordinación de Seguridad el 30 de mayo de 2012 y publicado en el registro oficial N.0 727 del 19 de junio de 2012. Como consta en la denominación de este Decreto, el objetivo es reglar la aplicación del derecho al refugio establecido en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La revisión de este Decreto es trascendental ya que representó un grave retroceso en el reconocimiento de los derechos y en la discusión internacional en temas migratorios; y, a la vez porque es un ejemplo evidente de cómo se restringieron varios derechos.

Este Decreto, por un lado excluyó la definición de persona refugiada establecida en la Declaración de Cartagena de 1984¹⁰⁵ que había sido reconocida y acogida por el Ecuador desde 1987¹⁰⁶ y que amplía el reconocimiento de su condición de refugiadas a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público¹⁰⁷. Además, formalizó una etapa de admisibilidad previa al proceso regular de asilo, práctica que se desarrollaba desde antes de su expedición sin las garantías del debido proceso¹⁰⁸.

Por otro lado, en cuanto a los plazos se estableció un límite de quince días posterior al ingreso al territorio ecuatoriano para que las personas puedan presentar solicitudes de reconocimiento de condición de refugiados¹⁰⁹. Además, se estableció plazos para impugnación de las resoluciones extremadamente cortos: tres días para la etapa de admisibilidad y cinco días la etapa de elegibilidad. Respecto a las

¹⁰⁵ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 8. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

¹⁰⁶ El Decreto 3292 de 1987 publicado en el Registro Oficial No. n/d de 30 de septiembre de 1987 y Decreto Ejecutivo 3301 publicado en el Registro Oficial No. 933 del 12 de mayo de 1992, antecesores del Decreto 1182 utilizaban la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena de 1984.

¹⁰⁷ Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984). Conclusión III (3)

¹⁰⁸ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 33. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

¹⁰⁹ *Id.*, artículo 27.

impugnaciones se estableció que las solicitudes que se determinen como ilegítimas no son sujeto de impugnación¹¹⁰. El Decreto 1182 también estableció un proceso de revocación inmediata del estatus de persona refugiada, en el caso de que la misma salga del país sin tener una autorización expresa por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana¹¹¹.

2.2.2 Derechos restringidos

A continuación se menciona el marco de derechos que se ven restringidos con varios artículos de este Decreto y que se analizarán más adelante.

El artículo 41 de la CRE reconoce los *derechos de asilo y refugio*¹¹², de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, establece que las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia. Este artículo menciona que no se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad. Finalmente, el Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley.

Derecho a migrar, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en el artículo 40 reconoce este derecho y establece que no se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria¹¹³.

Sobre *el principio de no devolución*, el artículo 66 numeral 14 establece que las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligran por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.¹¹⁴

¹¹⁰ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 33 y 48. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

¹¹¹ *Id.*, artículo 63.

¹¹² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 40. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹¹³ *Id.*, artículo 40.

¹¹⁴ *Id.*, artículo 66 numeral 14.

El artículo 66 numeral 4, establece que se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.¹¹⁵ El artículo 9 determina que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.¹¹⁶

En el artículo 66 numeral 14 se establece la obligatoriedad de que procesos migratorios deben ser singularizados.¹¹⁷ El derecho al debido proceso consagrado en el artículo 76 de la CRE, recoge que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá ciertas garantías básicas, a continuación se citan las pertinentes:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...)

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.(...)

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

¹¹⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 4. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹¹⁶ *Id.*, artículo 9.

¹¹⁷ *Id.*, artículo 66 numeral 14.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.¹¹⁸

El artículo 82 de la CRE, establece que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.¹¹⁹

Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 22 numerales 7, 8 y 9, sobre el derecho de circulación y de residencia:

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.¹²⁰

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en el artículo 1:

Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas¹²¹

Así mismo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984) establece que: "1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura."¹²²

La Declaración de Cartagena sobre Refugiados, en la conclusión tercera, sobre la definición de refugiado mención que:

(...)La definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público¹²³.

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que establece:

¹¹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹¹⁹ *Id.*, artículo 82.

¹²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 22.

¹²¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Artículo 33 numeral 1.

¹²² Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984). Artículo 3 numeral 1.

¹²³ Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984). Conclusión tercera.

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹²⁴

2.2.3 Restricción del derecho

Recapitulando, el contenido esencial del derecho, es aquella parte absolutamente necesaria para que los intereses que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Por lo tanto, el contenido esencial no puede quedar sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección del bien jurídico.¹²⁵

Según López Garrido:

El contenido esencial del Estatuto de Refugiado está expresado en el Convenio de Ginebra de 1951, y destaca especialmente el principio de non-refoulement. En cuanto al contenido esencial del derecho al asilo territorial, o asilo en sentido estricto, estaría integrado por ese mismo principio del non-refoulement y por unas mínimas facilidades de estancia en el territorio del Estado de destino, así como por la facultad de acceder al mercado de trabajo. En los dos casos, tanto en cuanto al refugio como en el asilo territorial, un contenido esencial del derecho es el del establecimiento de vías de recurso jurisdiccional frente a las decisiones más significativas de la Administración como son: la admisión de la demanda a trámite, el rechazo del otorgamiento del estatuto de refugiado o asilado y la expulsión.¹²⁶

Este derecho busca proteger como bienes jurídicos: la vida, la integridad, la libertad y la seguridad de las personas.

El análisis a continuación considera en primer plano la restricción del derecho al refugio por ser objeto de este trabajo, y, en segundo plano hará referencia a la inconstitucionalidad de varias de ellas.

La Convención Sobre Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, define como refugiada a:

Toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.¹²⁷

El artículo 8 del Decreto 1182 contiene la definición de persona refugiada que antecede, pero omite la definición ampliada dispuesta por la Declaración de Cartagena

¹²⁴ Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Artículo 2.

¹²⁵ Fulgencio Angosto. *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre suelo urbano*. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 1998, pp. 90 y 91.

¹²⁶ Diego López Garrido. *El derecho de asilo*. Madrid: Trotta, 1991, p. 173.

¹²⁷ Convención sobre el Estatuto de Refugiados (1951). Artículo 1.

de 1984¹²⁸ a la que Ecuador se adhirió desde el año 1987, y que posteriormente ratificó, siendo esta la definición aplicable por ser la más favorable.¹²⁹

El resultado de esta exclusión, es que se deja fuera toda referencia al elemento persecución y a situaciones de hecho derivadas de conflictos o graves perturbaciones de orden público que originan y motivan la huida. Siguiendo la misma línea de pensamiento, la definición consignada en el Decreto, requiere que la persona que solicite refugio pruebe que fue perseguida individualmente y elimina la posibilidad de huida de una refugiada o refugiado en motivo de violencia generalizada.

De este primer artículo, se evidencia que el contenido esencial del derecho se ve afectado, ya que pese a que su contenido ha sido ampliado para lograr que más personas puedan solicitar refugio y proteger sus derechos, el Decreto disminuye su alcance e impide el acceso de personas que no cumplen con esta definición básica pero que en marco internacional requieren de protección. Es decir, se afecta el contenido esencial ya que no protegen efectivamente los bienes jurídicos de personas que lo requieren y cuya protección originaron este derecho; lo que como se ha planteado en el Capítulo anterior se traduce en restricción del derecho al refugio.

Este artículo afecta el principio de no regresividad, según el cual el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva y será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.¹³⁰

El Decreto Ejecutivo 1182¹³¹ establece una etapa preliminar de admisibilidad para una solicitud de asilo, y en esta etapa, se efectúa una determinación sobre si una aplicación se considera manifiestamente ilegítima, infundada o abusiva.

El *artículo 24*, establece que la solicitud manifiestamente infundada es “aquella que en su formulación presenta elementos completamente desvinculados con las

¹²⁸ La definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

¹²⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 5. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Constitución de la República del Ecuador.

¹³⁰ *Id.*, artículo 11 numeral 8.

¹³¹ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

definiciones de refugiado/a vigentes en el Ecuador, lo que agrava la restricción del derecho al referir a una definición que como se ha revisado es regresiva.¹³²

Según el *artículo 25* las solicitudes abusivas son aquellas que:

(...) pueden presentar elementos fraudulentos que involucran engaños o que evidencian manipulación del proceso para obtener beneficios personales, de terceros, o colectivos, al igual que aquellas en las que la persona solicitante, sin necesidad de protección internacional, invoca la institución del refugio para evadir la acción de la justicia o el cumplimiento de las leyes.¹³³

Al determinarse la calidad de la solicitud en la fase de admisibilidad, impiden el acceso a este derecho en función de que sea determinado por autoridad competente y sin que para ella sea necesaria resolución por parte de la Comisión; lo que concretamente se traduce en la imposibilidad de que este derecho sea considerado dentro de un proceso serio y riguroso.

El artículo 26, aclara que las solicitudes ilegítimas son:

(...) las presentadas por personas de las cuales existan motivos fundados para considerar que han cometido delitos, en territorio ecuatoriano, de las características de las que ameritan la exclusión establecida en el artículo 10, no se admitirán a trámite por considerarse atentatorias a la seguridad o al orden público.¹³⁴

Esta restricción, además de ser inconstitucional por afectar el derecho al debido proceso, especialmente a considerarse inocente y ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada¹³⁵, despoja de la protección de sus derechos a estas personas que sin el debido proceso son consideradas inadmisibles.

Los *artículos 19 y 20* disminuyen las garantías determinadas en la Convención de 1951, por cuanto se prevé un examen de admisibilidad previo a la solicitud, es decir, que la misma puede ser rechazada por este examen de admisibilidad.¹³⁶ Además, se crea una situación jurídica inexistente en los instrumentos internacionales dejando a esta categoría de personas sin protección.

¹³² Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 24. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

¹³³ *Id.*, artículo 25.

¹³⁴ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 26. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

¹³⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76 numeral 2. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹³⁶ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículos 19 y 20. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

La CRE establece como principio que para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.¹³⁷ La imposición de una etapa previa de admisibilidad, impide el ejercicio del derecho al refugio, su exigibilidad y protección; al instaurar condiciones que no están establecidas en la Constitución o la ley se desvirtúa el derecho y su fin.

En el marco de la constitucionalidad, este artículo vulnera el derecho al debido proceso respecto a autoridad competente¹³⁸, derecho a la defensa y tiempo para prepararla.

El artículo 27¹³⁹ del Decreto 1182, contiene como plazo quince días para que las personas puedan presentar la solicitud de refugio, lo que resulta extremadamente corto, ya que en la práctica estas personas durante los primeros días de su llegada al país viajan a otras ciudades que no están en frontera, muchas veces se trasladan al extremo opuesto del país de origen, por lo que un buen número de días se dedican a viajar, las otras prioridades son alimentación, vivienda, seguridad y trabajo, por lo que su instalación tarda algunos días y solicitar refugio no es una de las primeras actividades. Se suma a estas condiciones, el desconocimiento del derecho a solicitar refugio o su trámite.

El artículo 27 consagra que las solicitudes de admisión que no reúnan los requisitos, entre ellos el plazo de 15 días, no serán admitidas.¹⁴⁰ La imposición de este plazo de 15 días hace impracticable este derecho, ya que las personas no logran hacerlo dentro de este y como consecuencia automáticamente queda inadmitida su solicitud, despojándola de la protección que requieren los bienes jurídicos protegidos por el derecho al refugio; negar la posibilidad de solicitar refugio en base a un formalismo como es el plazo de 15 días significa una restricción injustificada al derecho al refugio.

¹³⁷ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 11 numeral 3 Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

¹³⁸ Decreto 1182. Artículo 14.- El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración es competente para ejercer toda actividad inherente al refugio conforme a la Constitución y las Leyes.

¹³⁹ *Id.*, artículo 27.- Toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado/a será presentada, dentro de un plazo de 15 días posteriores al ingreso a territorio ecuatoriano, directamente por la persona interesada o por un representante debidamente autorizado (...) Las solicitudes que no reúnan estos requisitos no serán admitidas

¹⁴⁰ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículos 19 y 20. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

Los artículos 33 y 48¹⁴¹ imponen plazos demasiado cortos para presentar un recurso y para que los recurrentes cuenten con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa¹⁴², inclusive para solicitar información desde su país de origen u otra que justifique su solicitud. El artículo 33 contempla un plazo de 3 días si la solicitud es inadmitida por infundada o abusiva, mientras que en el caso de que la solicitud de refugio fuera inadmitida a trámite por ilegítima, no se contempla ningún recurso y el abandono inmediato del país.

Una vez más estamos frente a un procedimiento que termina imponiendo restricciones al derecho al refugio, en razón de que dificultan su acceso más allá de lo razonable. La garantía básica del derecho al debido proceso, sobre recurrir¹⁴³ se ve limitada con el establecimiento de estos plazos.

La interposición de estos recursos no tiene efecto suspensivo, es decir aun cuando existe un recurso pendiente la persona debe abandonar el país, afecta la principal característica del derecho al refugio que es el principio *non-refoulement* o no devolución contenido en el artículo 33 de la Convención de 1951¹⁴⁴, ya que expulsar a una persona con necesidad de protección internacional a un territorio o Estado donde su vida corre peligro es una violación de este principio. Evidentemente, su contenido esencial es modificado de forma que no protege efectivamente el bien protegido.

Por otro lado, estos plazos causan un efecto discriminatorio, dado que acortan los plazos para presentar los recursos de apelación determinados en el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹⁴⁵ que se aplican a todos los administrados. Además, de poner plazos más rigurosos a los solicitantes de refugio que a las personas que se concede a los visitantes temporales.

¹⁴¹ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012. Artículo 33.- En caso de calificar la solicitud como inadmisibles, por ser manifiestamente infundada o abusiva, la Dirección de Refugio, declarará su inadmisión motivada, sin que para ella sea necesaria resolución por parte de la Comisión. Una vez calificada la solicitud como inadmisibles por ser manifiestamente infundada o abusiva, en la notificación de inadmisión se establecerá un plazo de hasta 3 días para interponer recursos administrativos, regularizar su calidad migratoria o para abandonar el país. Cuando la solicitud de refugio hubiere sido inadmitida a trámite por ilegítima, el solicitante deberá abandonar inmediatamente el país. Artículo 48.- El recurso de apelación deberá ser interpuesto dentro del término de cinco días a partir del día siguiente de realizada la notificación. No se aceptará a trámite ningún recurso de apelación interpuesto fuera del término establecido en este artículo.

¹⁴² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76 numeral 7. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁴³ *Id.*, artículo 76 numeral 7.

¹⁴⁴ Convención sobre el Estatuto de Refugiados (1951). Artículo 33.

¹⁴⁵ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 177. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Se vulneran también el derecho a una tutela efectiva, pues no se cumple con las garantías mínimas del debido proceso que son requisitos esenciales de la tutela efectiva. Además, cuando se limita la posibilidad de presentar un caso de refugio ante una autoridad y presentar una apelación a una inadmisión a trámite, se limita la posibilidad de acudir al juez para obtener la tutela efectiva de derechos e intereses.

Vulneran el derecho a la no devolución, tal es el caso del artículo 10¹⁴⁶ del Decreto Ejecutivo que contempla modificaciones que convierten al artículo en inconstitucional por contravenir a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Convención de 1951¹⁴⁷, en la medida en que se incluyen más motivos para excluir a las personas de la protección de asilo, cuando esta Convención establece causales taxativas.

Contrario a la normativa que reconoce los derechos a todas las personas sin discriminación, el artículo 34 del Decreto reconoce los derechos fundamentales a las solicitantes que han superado la etapa de admisibilidad de su solicitud, mencionando que el Certificado Provisional de Solicitante de la Condición de Refugiado/a, garantiza a su portador la vigencia de ciertos derechos como: circular libremente por todo el territorio nacional; le garantiza la no devolución, no expulsión, no deportación, y la no extradición.¹⁴⁸ Esto hace mención además a la creación de la categoría de solicitantes de asilo. Por ende, no prevé la tutela de derechos fundamentales a los solicitantes previos a una disposición respecto a esta etapa de admisibilidad.

La falta de derechos reconocidos a las personas que hayan presentado su solicitud de asilo inicial ante una autoridad en Ecuador y están a la espera de una decisión respecto a si su solicitud se considera infundada o abusiva, es inconstitucional y viola las leyes y normas internacionales. Es decir, estos derechos no deben ser garantizados únicamente a las solicitantes de refugio en proceso de admisibilidad o ya admitidas, sino a todas las personas extranjeras que se encuentren en territorio ecuatoriano, como lo establece la Constitución.¹⁴⁹ La falta de garantía de

¹⁴⁶ Decreto 1182. 10.- (...) no le será reconocida la condición de refugiado/a a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: 1.- Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, según lo definido en los instrumentos internacionales correspondientes. 2.- Que ha cometido un grave delito común, fuera del territorio ecuatoriano, antes de ser admitida en él. Para valorar la gravedad del delito, se considerará la legislación interna ecuatoriana y la normativa internacional vigente en materia penal; y, 3.- Que es culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

¹⁴⁷ Convención sobre el Estatuto de Refugiados (1951). Artículo 33.

¹⁴⁸ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 34. Registro Oficial No. 727 del 19 de junio de 2012.

¹⁴⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 9. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

los derechos a todas las personas independientemente de su condición migratoria, impide la protección de los bienes jurídicos protegidos por el derecho al refugio.

Como se ha señalado en reiteradas ocasiones, el derecho al refugio busca proteger varios bienes jurídicos de las personas solicitantes, el reconocimiento de refugiado no es constitutivo del derecho, por lo que independientemente de su reconocimiento, la situación de riesgo y peligro que viven estas personas está vigente. En tal sentido, los artículos 47 y 50¹⁵⁰ que contemplan la deportación, impiden la protección de los derechos de los refugiados, evaporando el contenido esencial de este derecho.

En relación al regreso al país de origen, el artículo 52 del Decreto 1182 establece que cesará la condición de refugiada o refugiado si la persona hubiese retomado a su país de origen, sin la autorización escrita de la autoridad competente;¹⁵¹ por otro lado, se encuentra la Convención de 1951,¹⁵² que establece la condición de regreso voluntario de la refugiada o refugiado. En este sentido, las personas refugiadas tienen derecho a salir del territorio de refugio y volver a su país de origen en todo momento, sin que esto implique cesación, extinción o revocatoria de su estatus, por lo que este artículo una vez más impone una limitación al ejercicio innecesaria e irracional al derecho del refugio, considerando la realidad de estas personas que por diferentes circunstancias deben regresar a su país de origen para resolver cuestiones pendientes.

Haciendo una revisión que justifique la regulación de este derecho a través de una ley, el objeto lícito no se evidencia, ya que de acuerdo a los considerando del Decreto, las disposiciones buscan continuar recibiendo a refugiados, la implementación de medidas que garanticen los derechos de los refugiados, la libre circulación de las personas en la región, entre otros, a fin de honrar la normativa y los compromisos internacionales, lo cierto es que el contenido del Decreto 1182 contraviene la normativa nacional e internacional de derechos humanos, teniendo como resultado real la imposibilidad de que las personas refugiadas sean reconocidas como tal y sean sujetas de protección internacional.

¹⁵⁰ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículos 47 y 50. Registro Oficial No. 727 del 19 de junio de 2012

¹⁵¹ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. No. Artículo 42. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012

¹⁵² Convención sobre el Estatuto de Refugiados (1951).

No se ha justificado tampoco la razonabilidad, ya que las disposiciones no cumplen con el desarrollo de una ley, de igual manera imponen condiciones no contempladas en la Constitución, alterando el contenido; evitando que se ejerza el derecho con la amplitud de sus propios límites; y, que se cumpla con la protección del derecho.

Finalmente, no se ha logrado demostrar que la medida es necesaria y proporcional a la finalidad que se busca, ya que en la práctica si se busca que las solicitudes no seas fraudulentas, ilegítimas o engañosas, este procedimiento y temprana inadmisibilidad provoca la desprotección de las personas refugiadas y la violación de múltiples derechos, inclusive implementa la devolución con un objetivo sancionador. Así mismo, sobre los plazos lejos de acelerar los procesos, se anula la posibilidad de solicitar refugio y recurrir.

No sólo hay que ver la incoherencia con el bloque de constitucionalidad, sino que las definiciones y el alcance del derecho al asilo y al refugio se desarrollan al margen de las discusiones y avances que existe en la materia a nivel nacional e internacional, por lo que como se revisó en la importancia del ser y deber ser de los derechos, es necesario reconocer que el ser está marcado por la tendencia política, antropológica y geográfica (decisionista) que no aborda el análisis del deber ser desde una perspectiva, integral, real y garantista de los derechos, lo que finalmente se constituye en restricciones en el marco del progreso que existe.

Respecto a la vulneración del principio de reserva de ley se determina que el Decreto Ejecutivo no cumple con los requisitos formales necesarios para regular un derecho humano, en razón de que todos los derechos humanos deben ser regulados y desarrollados necesariamente por una ley y no por un reglamento; por supuesto ningún derecho puede ser restringido.

Para concluir, las disposiciones del Decreto 1182 restringen el derecho al refugio, ya que: plantean normas que dejan en desprotección el bien jurídico para el cual fue reconocido (vida, integridad, seguridad, libertad), generan como resultado solicitudes inadmitidas por plazos inflexibles y procedimientos arbitrarios que desconocen la realidad práctica del derecho; y, en general obstaculizan su ejercicio efectivo, es decir transgreden los límites internos del derecho.

2.3 Decreto Ejecutivo N°16: Reglamento para el funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas.

2.3.1 Presentación del Decreto

El 4 de junio de 2013 el Presidente Rafael Correa firmó el Decreto Ejecutivo N° 16 y fue publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 19 del día 20 del mismo mes y año. Este Decreto, en lo principal, establece nuevos procedimientos para que las organizaciones no gubernamentales ecuatorianas puedan obtener personalidad jurídica y exige a las organizaciones internacionales someterse a un proceso de evaluación para ser autorizadas a operar en Ecuador. También concede al gobierno amplia potestad para intervenir en las actividades de las organizaciones.

A través del Decreto, las autoridades crean un Sistema Unificado de Información de Organizaciones Sociales, de tipo electrónico, que servirá para almacenar documentación relativa a organizaciones. Se exige a las organizaciones ecuatorianas presentar una serie de documentos para obtener personalidad jurídica y la aprobación de sus estatutos. A partir de la publicación del Decreto el 20 de junio de 2013, las organizaciones tuvieron un año para presentar la documentación exigida.

Funcionarios gubernamentales de ministerios que tengan relación con la actividad que desarrolla la organización examinan la documentación y pueden otorgar o negar personalidad jurídica a la institución. Una vez que consiguen personalidad jurídica, las organizaciones deben informar a las autoridades cuando eligen a sus directores y a un representante legal, y también si excluyen a miembros o incorporan otros nuevos. Asimismo, deben aportar al gobierno información sobre proyectos que reciban financiamiento internacional, y obtener autorización para reformar sus estatutos.

El Decreto analizado impone a las organizaciones ecuatorianas la obligación de respetar el derecho de quienes por residir en una determinada jurisdicción o poseer una determinada calidad laboral, institucional, gremial, ocupacional o profesional específicas, relacionadas directamente con el objeto o la naturaleza y/o los fines de la organización, tienen el interés legítimo de participar en ella. Las organizaciones con determinada cobertura territorial o aquellas que sean únicas en su territorio no podrán negar el ingreso a las personas que tengan un interés legítimo en participar.

Los funcionarios gubernamentales que conceden la personalidad jurídica a una organización tienen amplias facultades de supervisión para asegurar que únicamente realice las actividades autorizadas. Los funcionarios podrán disolver una organización cuando consideren que se desvía de los fines y objetivos para los cuales fue

constituida o cuando participe en actividades que afecten la paz pública o sean de injerencia en políticas públicas que atenten contra la seguridad interna o externa del Estado.

Las organizaciones extranjeras que deseen trabajar en Ecuador deberán pedir autorización a la Secretaría Técnica de Cooperación Internacional, e informar cuáles son sus fines y las labores que desean efectuar en el país. Deberán entregar documentación que demuestre su existencia legal, incluido su estatuto en español. Luego, el gobierno consultará a las embajadas y consulados ecuatorianos en los países donde realiza actividades la organización internacional para obtener información sobre su legalidad, solvencia y seriedad. A partir de esta información, el gobierno decidirá sobre la conveniencia de suscribir un convenio con la organización internacional para autorizar su funcionamiento en Ecuador.

El Decreto además impone a las organizaciones internacionales prohibiciones que no están claramente definidas y, entre otras cosas, no se les permite realizar actividades que atenten contra la “seguridad y la paz pública”. También permite a funcionarios gubernamentales realizar un seguimiento de las actividades de una organización para asegurar el fiel cumplimiento de sus obligaciones y revocar el convenio internacional si determinan que la organización no cumple con lo establecido en éste.

2.3.2 Derechos restringidos

La CRE en el artículo 66 numeral 13 reconoce y garantizará a las personas, entre otros, el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.¹⁵³

Sobre los derechos de participación, en el artículo 95 se determina que:

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

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.¹⁵⁴

El artículo 96 de la CRE, establece lo siguiente:

Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en

¹⁵³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 13. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁵⁴ *Ib.*, artículo 95.

las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos.

Las organizaciones podrán articularse en diferentes niveles para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; deberán garantizar la democracia interna, la alternabilidad de sus dirigentes y la rendición de cuentas.¹⁵⁵

Ampliando la configuración de este derecho se determina en el artículo 97 que:

Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.

Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.¹⁵⁶

Sobre el derecho a la resistencia, el artículo 98 estipula que:

Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.¹⁵⁷

Sobre la participación en los diferentes niveles de gobierno el artículo 100 señala:

En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para:

1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía.
2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo.
3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos.
4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social.
5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, Observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía.¹⁵⁸

El derecho restringido en este Decreto¹⁵⁹ es el derecho a la libre asociación, cuya esencia es la capacidad de asociarse libremente con personas de su elección para fines lícitos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reiteradamente, destaca en sus fallos la obligación de los Estados Partes de garantizar el derecho de

¹⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 96. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁵⁶ *Id.*, artículo 66 numeral 13.

¹⁵⁷ *Id.*, artículo 98.

¹⁵⁸ *Id.*, artículo 100.

¹⁵⁹ Decreto ejecutivo N°16: Reglamento para el funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas. Registro Oficial Suplemento No. 19 del día 20 de junio de 2013.

asociación, como lo ordena en el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, cuando en sentencia de 03 de abril de 2009, en su párrafo 143 expresa lo siguiente:

El artículo 16.1 de la Convención Americana establece que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados partes tienen el derecho a la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho. Se trata, pues, del derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin ilícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad”¹⁶⁰

2.3.3 Restricción del derecho

Si bien la libertad de expresión y asociación puede estar sujeta a regulaciones, éstas deben adecuarse a estrictos estándares, de modo tal que no obstaculicen indebidamente el ejercicio de tales derechos o los desnaturalicen.

Sobre las causales de disolución. El Decreto No. 16 en el artículo 26 establece una lista de causales de disolución forzosa de una OSC, entre ellas:

1. Falsedad o adulteración de la documentación e información proporcionada;
2. Desviarse de los fines y objetivos para los cuales fue constituida;
3. Contravenir reiteradamente disposiciones emanadas por las autoridades competentes para otorgamiento de personalidad jurídica o por los entes de control y regulación;
7. Dedicarse a actividades de política partidista, reservadas a los partidos y movimientos políticos inscritos en el Consejo Nacional Electoral, de injerencia en políticas públicas que atenten contra la seguridad interna o externa del Estado o, *que afecten la paz pública.*
8. Incumplir las obligaciones previstas en la Constitución, la ley y este Reglamento, o por incurrir en las prohibiciones aquí establecidas.¹⁶¹

En el artículo 28 del Decreto 16 se establece que las OSC: “podrán ser disueltas y liquidadas de oficio o por denuncia, de la que se evidencia el desvío de sus fines o haber incurrido en cualquiera de las causales de disolución”.¹⁶²

La disolución de una OSC solo se justifica cuando está prescrita por ley y es necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o la seguridad pública, el orden público, la protección de la salud o la moral públicas, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

La Disposición Transitoria Sexta, manifiesta que las OSC deben solicitar su incorporación en el Registro del SUIOS, para lo cual deberán sustentar el cumplimiento de los objetivos para los que fueron creadas además de no hallarse

¹⁶⁰ Corte IDH. *Kawas Fernández vs. Honduras*. Sentencia de 03 de abril de 2009. Párrafo 143.

¹⁶¹ Decreto ejecutivo N°16: Reglamento para el funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas. Artículo 50. Registro Oficial Suplemento No. 19 del día 20 de junio de 2013.

¹⁶² *Id.*, artículo 28.

incurtas en ninguna de las causales de disolución enumeradas en el Decreto.¹⁶³ Trasladando la obligación de probar la inexistencia de causales a las mismas OSC.

Sobre la libertad de asociación. El artículo 7.10 del Decreto 16,¹⁶⁴ el Estado interviene en la relación entre personas para obligar a una organización en un determinado lugar ceder membresía a cualquier persona, y por supuesto esta restricción no es necesaria para una sociedad democrática, sino todo lo contrario, afecta el principal elemento de la asociación que es la libertad. Ya que los miembros de una asociación se verán forzados a aceptar a personas totalmente contrarias a sus intereses y esta asociación no es libre.

Sobre la formalización de las OSC. El artículo 18 numeral 3, establece que las organizaciones de la sociedad civil (OSC) que buscan formalizarse deben solicitar primero su personalidad jurídica.¹⁶⁵ Este trámite requiere la aprobación de su estatuto por un funcionario público de la institución competente del Estado, quien determinará si cumple con los requisitos del Decreto y no contraponga al orden público y las leyes. A continuación en el numeral 5 del mismo artículo, se determina que si esta institución del Estado determina que la solicitud no cumple con los requisitos, se concede 20 días para que la OSC entregue una solicitud corregida.¹⁶⁶ Según el numeral 6, si esta misma entidad estatal determina de nuevo que la solicitud sigue siendo deficiente, la solicitud será negada, aunque la OSC puede optar por presentar otra solicitud a la misma autoridad posteriormente.¹⁶⁷

Según el artículo 45, una vez obtenida la personalidad jurídica, las OSC deben además solicitar un Certificado de la existencia y situación jurídica de la Secretaría Nacional de Gestión de la Política. Dicho Certificado constituye documento habilitante para el ejercicio de las actividades de la organización.¹⁶⁸ Entonces, además del procedimiento de otorgamiento de personería jurídica, se requiere el registro en el Sistema para poder operar.

¹⁶³ Decreto ejecutivo N°16: Reglamento para el funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas. Disposición transitoria sexta. Registro Oficial Suplemento No. 19 del día 20 de junio de 2013.

¹⁶⁴ *Id.*, artículo 7 numeral 10.

¹⁶⁵ *Id.*, artículo 18 numeral 3.

¹⁶⁶ *Id.*, artículo 18 numeral 5.

¹⁶⁷ *Id.*, artículo 18 numeral 6.

¹⁶⁸ *Id.*, artículo 18 numeral 45.

Como se explica anteriormente, el pleno ejercicio de la libertad de asociación sólo podrá estar sujeto a las restricciones (en Ecuador regulaciones) prescritas por la ley y necesarias en una sociedad democrática por una de las limitadas razones evidenciadas en el artículo 22 del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶⁹ y el correspondiente artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁷⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha explicado que los Estados tienen facultad para reglamentar la inscripción, vigilancia y control de organizaciones dentro de sus jurisdicciones, pero que ellos “deben asegurar que los requisitos legales no impidan, retrasen o limiten la creación o funcionamiento de estas organizaciones.”¹⁷¹ El Segundo informe sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas elaborado por la CIDH, sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos, señala que el procedimiento para registrar una OSC “debe traducirse en un efecto declarativo y no constitutivo”,¹⁷² y ser de naturaleza “rápida, exigiendo solamente los documentos necesarios para obtener la información adecuada a los fines del mismo”.¹⁷³ Todo solicitante negado además debe tener acceso a “un recurso adecuado y efectivo sustanciado de conformidad con las reglas del debido proceso, que permita impugnar cualquier resolución (...) ante una autoridad independiente de la que estableció la restricción”¹⁷⁴.

Este trámite implica que las OSC cuenten con recursos económicos y tiempo para su constitución; como resultado las OSC y las personas detrás de ellas no podrán ejercer su derecho a la libre asociación, ya que este proceso largo, costoso, sin ninguna seguridad jurídica y de debido proceso limita la creación de nuevas OSC.

Como señalamos en el Capítulo anterior, la restricción (como regulación) que manifiesta el artículo 22 del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales, debe ser a través de ley, lo que en todo caso no se cumple ya que las restricciones están establecidas en un decreto e inobservan los presupuestos de que

¹⁶⁹ Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Artículo 22.

¹⁷⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 16.

¹⁷¹ CIDH, *Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09CAPVSP.htm (acceso:24/11/2016).

¹⁷² CIDH, *Segundo informe sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas*. www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf. (acceso:24/11/2016).

¹⁷³ *Id.*, p.173.

¹⁷⁴ *Id.*, p.168.

sean “necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”¹⁷⁵

Las disposiciones permiten que las decisiones sobre la contravención al orden público o las leyes, dependa del arbitrio de la autoridad, ya que no establece con claridad los parámetros que determinan el la configuración de las “restricciones” al derecho. Este artículo no contempla que los recursos sean presentados ante a una autoridad independiente lo que dificulta obtener una respuesta imparcial y objetiva.

Cualquier restricción (como regulación) al derecho a asociarse debe ser proporcional, necesaria y tener objeto lícito, a fin de contemplar el contenido esencial pero sin afectar el ejercicio de otros derechos. Para determinar si esta disposición es una restricción de derechos es necesaria, es importante analizar si existen medios menos invasivos para la consecución del fin que se desea obtener, si es imprescindible y si lo que se busca es lícito.

El origen del derecho a la asociación busca que las personas puedan agruparse para defender su intereses, esta defensa puede ser de cualquier índole y está enmarcada en sus derechos, por lo que, entre las actividades de las asociaciones y la búsqueda de su fin se delinearán estrategias para incidir en las instancias pertinentes para legalizar o institucionalizar sus requerimientos. Es por esto, incomprensible que las organizaciones se abstengan de participar en los espacios legislativos necesarios para que a través de alianzas o lobbies logren sus objetivos en materia legal.

Por su puesto, estos impedimentos hacen que la defensa de los intereses de los miembros de las OSC sea impracticable a riesgo de disolución forzosa, afectando el contenido esencial de este derecho pensado en la defensa de intereses colectivos y sin otros impedimentos que el respeto de los demás derechos. Sin contar, que como se reitera en todos los artículos, todas estas regulaciones deben ser establecidas mediante ley y nunca ser restrictivas del derecho.

Una vez más, en el marco de decisionismo que ha caracterizado este período de gobierno¹⁷⁶, y como se ha observado en el caso de organizaciones ambientales,

¹⁷⁵ Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Artículo 22, numeral 2.

¹⁷⁶ Sobre decisionismo en el Ecuador, *vid.* Efrén Guerrero. "Valor jurídico administrativo de las actuaciones presidenciales en Twitter: actos de gobierno 2.0. en la República del Ecuador." *Revista Española de Ciencia Política* 41 (2016), p. 115; Xavier A. Aguirre Flores. "La detención en firme: crítica de un continuo fraude a la Constitución ya la Ley de la República del Ecuador." *URVIO-Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* 1, no. 1 (2014), p 23-30.

generan discusión y movilizaciones para proteger los derechos de la naturaleza y han sido consideradas una amenaza a los interés extractivos en el país, por lo que han sido notificadas con la disolución, por considerar que afectan a la paz pública, que en realidad es la paz del gobierno.

Esto sumando al derecho a la libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, a participar, a la resistencia y a incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos¹⁷⁷.

El artículo 7 del Decreto 16, obliga a las OSC a:

2. Organizar, sistematizar y conservar todo tipo de documentación e información generada durante su vida organización;
3. Entregar a la entidad competente del Estado la documentación e información establecida en este Reglamento en forma completa y clara, incluyendo la que se genere en el futuro como consecuencia de la operatividad de la organización social.¹⁷⁸

En el artículo 40 del Decreto 16, las fundaciones y corporaciones están obligadas a proporcionar actas de asambleas, informes económicos y de auditoría, memorias aprobadas, o cualquier otra información que se refieran a sus actividades, requerida de manera anticipada y pública tendrán la obligación de facilitar el acceso a los funcionarios competentes del Estado para realizar verificaciones físicas.¹⁷⁹ El incumplimiento de esta solicitud, puede significar la disolución de la asociación, por lo que se convierte en una herramienta más para controlar los temas que se manejan en las OSC.

Como menciona el Relator Especial sobre la Libertad de Reunión Pacífica y Asociación: “el argumento de la transparencia y la rendición de cuentas se ha utilizado en algunos casos para someter a un examen exhaustivo los asuntos internos de las asociaciones, como forma de intimidación y hostigamiento.”¹⁸⁰ Por lo que, este argumento excede la necesidad y proporcionalidad de esta inconstitucional “regulación a través de decreto.”

¹⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 96, 97 y 98. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁷⁸ Decreto ejecutivo N°16: Reglamento para el funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas. Artículo 16. Registro Oficial Suplemento No. 19 del día 20 de junio de 2013.

¹⁷⁹ *Id.*, artículo 40.

¹⁸⁰ CIDH. Informe del Relator Especial sobre la Libertad de Reunión Pacífica y de Asociación, A/HRC/23/39 (24 de abril de 2013), p. 38.

Sobre el reporte de información. Según el artículo 22 numeral 1 del Decreto 16, las OSC deben presentar a través de un portal web del SUIOS, “actas de las asambleas, informes de actividades, informes económicos y cualquier otra información que le sea requerida (...)”.¹⁸¹ Según el artículo 21, las organizaciones además deben reportar los nombres y apellidos completos, números de cedula de identidad y firmas de todos los miembros presentes en cada asamblea en que realizan elecciones.¹⁸² De acuerdo al artículo 43, entre la información considerada de naturaleza pública y accesible en el internet se incluyen los nombres y apellidos completos de todos los miembros, los proyectos en marcha de la OSC y sus fuentes de financiamiento¹⁸³. Aunque toda información debe ser reportada, el personal del Registro podrá restringir acceso público a la información declarada confidencial en cumplimiento de disposiciones constitucionales y legales, sin embargo, este artículo no detalla la forma de solicitar una declaración de confidencialidad de información.

En el nivel práctico, esta obligación puede evitar que las personas y aportantes decidan asociarse, a fin de evitar exponer su identidad e ideología, inclusive cuando sus fines son lícitos y legítimos.

En lo principal, las disposiciones del Decreto 16 establecen: procesos de registro y aprobación excesivamente complicados, de los cuales, depende el ejercicio del derecho a asociarse; procesos sancionatorios a través de una norma de rango infralegal, violando el derecho a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, consagrado en los artículos 82 y 76, de la Constitución; limitantes y prohibiciones a los temas sobre los cuales una OSC puede trabajar; sanciones extremas que solo contemplan la disolución como única salida a posibles transgresiones a la norma; la imposición normativa de recibir a personas ajenas a la asociación. Ello es una violación al derecho de libre asociación establecido en el numeral 13 del artículo 66 de la Constitución,¹⁸⁴ y constituye una disposición incompatible, innecesaria e injustificable dentro de una sociedad democrática.

¹⁸¹ Decreto ejecutivo N°16: Reglamento para el funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas. Artículo 22. Registro Oficial Suplemento No. 19 del día 20 de junio de 2013.

¹⁸² *Id.*, artículo 21.

¹⁸³ *Id.*, artículo 43.

¹⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 13. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Todo lo expuesto, evidencia el incumplimiento del principio de reserva de ley. Sin embargo, aunque estas disposiciones estuviesen contempladas en una ley, no cumplen con los requisitos que permitirían su regulación de acuerdo al siguiente examen: el fin de regular las OSC no es lícito en función de la producción de la norma, ya que no es emitida por la autoridad competente para regular un derecho y, por otro lado, si bien el fin legítimo es la regulación de la OSC en la práctica esta normativa tiene como efecto desalentar la formación de organizaciones. Estas disposiciones no son compatibles con las obligaciones estatales con el derecho a la libre asociación.

Respecto a la proporcionalidad, la medida planteada respecto a la disolución de las OSC, no es necesaria para lograr los fines mencionados, ya que en realidad no garantiza el cumplimiento de este fin, y por el contrario genera un efecto de inseguridad en el resto de ciudadanos que desean asociarse; y, la severidad de la disolución como medida frente a acciones y omisiones administrativas de las OSC, afectan el sentido natural del derecho, volviéndolo impracticable.

La razonabilidad, que consiste en que las disposiciones legislativas respecto de los derechos y garantías constitucionales, como decretos respecto de las leyes, deberán ser razonables, fijando condiciones y regulaciones de acuerdo al contenido del derecho y en el marco de la Constitución, conforme a las circunstancias que la motivan y a los fines que se propone alcanzar con ellas, evitando toda posibilidad de disminución o arbitrariedad en su aplicación.

Las disposiciones sobre el registro y sanción a las OSC queda a la decisión arbitraria de la autoridad al no estar normado con detalle las faltas, atribuciones y procedimientos, y no se observa el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica. Así mismo, en función de la razonabilidad, el artículo 7 del Decreto 16¹⁸⁵ no se ajusta al marco de la ley ni de la Constitución respecto al contenido esencial del derecho a la asociación que radica en la libertad de asociarse, pues resulta contrario a su naturaleza que el Estado imponga a un grupo de personas la obligación de asociarse con otras personas en contra de su voluntad, requisito esencial para que el derecho a la libre asociación sea efectivamente ejercido y respetado.

¹⁸⁵ Constitución de la República del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 7. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

CAPÍTULO III

Conclusiones

Al finalizar el presente trabajo, se hace imprescindible realizar varias reflexiones finales, que permitan contar con conclusiones sobre el tema abordado en este documento:

1. La configuración jurídica del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia implica una superación del estado de derecho, pues lo obliga a respetar no solamente la esfera de las libertades individuales del ciudadano administrado, sino que adicionalmente obliga a la administración a facilitarle el cumplimiento de esas libertades a través de garantías, constituyéndose los derechos en limitación al poder.

2. La Constitución de la República del Ecuador hace alusión no solo a los derechos fundamentales, es decir no solo a los establecidos en ella, sino a los que entendemos como derechos humanos y se encuentran en el marco internacional, finalmente incluye a aquellos derechos derivados de la dignidad de la persona. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos no excluyen a los demás derechos derivados de la dignidad de las personas que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

3. Los principios que rigen el ejercicio de los derechos son: es inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos; para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley; ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; y, el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

4. El contenido esencial del derecho es aquella parte absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. El contenido esencial del derecho está perfilado por los límites internos propios del derecho, conteniendo para su configuración elementos que identifican su naturaleza, el bien protegido, la finalidad y el ejercicio del derecho. De este modo, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, dificultan su ejercicio, dejan en desprotección

el bien jurídico protegido, se altera el contenido esencial y se genera la restricción del derecho.

5. La limitación como restricción del derecho es un acto que procede desde fuera e implica alterar la condición natural del derecho y no está permitida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

6. La regulación implica establecer reglas que permitan el efectivo goce de los derechos sin restringirlos. La regulación de derechos es exclusiva de la función legislativa, se puede considerar regulación, en la medida que el acto de limitar-regular un derecho no puede llegar al punto de desnaturalizarlo, transformándolo en otro, o hacer imposible su reconocimiento y ejercicio. Por lo tanto al hablar de limitación como regulación, esta procede de reservas específicas, puramente declarativas de límites preexistentes de los derechos, las cuales no son constitutivas de límites externos y jamás de restricción. En esta perspectiva, el límite es externo al derecho mismo y viene dado por la necesidad de hacer compatible los derechos entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos. El legislador puede regular los derechos en los casos que está autorizado, teniendo siempre como límite la Constitución, ya que cada derecho está llamado a ejercerse libremente en su ámbito propio

7. Ningún derecho fundamental es absoluto pero su regulación no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador con el propósito de regular los derechos sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: proporcionalidad, esto es que, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos; razonabilidad, es decir si es el medio necesario, indispensable y único para proteger esos fines o intereses amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y, finalmente el objeto lícito, que significa que lo que se persigue no es contrario a la norma.

8. La Asamblea Nacional ejerce la potestad legislativa, y es quien puede exclusivamente aprobar como leyes las normas generales de interés común; para la regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales se requiere de la expedición de una ley orgánica; por lo que el principio de reserva de ley en esta materia se encuentra definido con claridad. Así se establecen dos garantías

normativas, la reserva de ley y el respeto al contenido esencial de los derechos, ambos como límite al poder estatal.

9. La Potestad Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República y tiene la atribución de expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración, es decir ejerce la potestad reglamentaria.

10. En este contexto, el Presidente de la República emitió los Decretos Ejecutivos Nº 813, 1182 y 16, los mismos que no cumplen los presupuestos de la potestad reglamentaria sino que, por el contrario regulan el derecho al trabajo, al refugio y a la libre asociación respectivamente. Estos Decretos surgen en un contexto en el que el Estado decide a través de la afectación al contenido esencial de los mencionados derechos, resolver cuestiones que considera complican su administración, por ejemplo: servidores públicos deficientes o corruptos incesables; excesivas solicitudes de refugio; y, asociaciones sociales que cuestionan las políticas del gobierno, según éste, al punto de poner en riesgo la paz y seguridad. Es decir, no solamente se observa que estos Decretos contienen regulaciones que deberían constar en una ley sino que afectan el contenido esencial de los derechos, ya que sus disposiciones dificultan o imposibilitan el ejercicio del derecho y dejan en desprotección los bienes jurídicos de origen.

11. El Decreto 813, restringe el derecho a la libertad de trabajo y a la estabilidad laboral, ambos elementos parte del contenido esencial del derecho al trabajo, ya que no cumple con los mínimos para su regulación legal. Respecto al objeto lícito, se busca cesar a servidores públicos sin causa legal y sin el debido proceso, finalidad contraria a la norma; sobre la razonabilidad, no tiene fundamento constitucional o legal y no se justifica como lograrán cumplir con la finalidad de reestructuración, optimización o racionalización del Estado, con esta medida; y, no se justifica la proporcionalidad, ya que existen otras alternativas legales para cumplir con la finalidad de la regulación.

12. El Decreto 1182, restringe el derecho a solicitar refugio. El contenido esencial de este derecho está marcado por el principio de no devolución y por las facilidades de estancia en el país de destino; este derecho busca proteger la vida, integridad y seguridad de las personas. Pese a que se presenta como finalidad continuar recibiendo a personas refugiadas, el objeto no es lícito ya que pretende regular la devolución de las personas que no cumplen con requisitos complicados en su

situación. Sobre la proporcionalidad, es claro que no se ha justificado pues las disposiciones no cumplen con el desarrollo de una ley, imponen condiciones no contempladas en la Constitución, evitan que se ejerza el derecho con la amplitud de sus propios límites y que se cumpla con la protección del derecho. La proporcionalidad no se cumple, debido a que la medida es innecesaria para la finalidad planteada, y por el contrario genera desprotección de las personas refugiadas, ya que impide su estadía y permite su devolución. Es decir, no cumple con los presupuestos para ser limitado a través de ley.

13. El Decreto 16, restringe el derecho a la libre asociación, cuya principal característica es la libre voluntad de asociarse. Las disposiciones buscan que la asociación sea pacífica o no se atente contra la seguridad y orden público, sin embargo, el objeto no es lícito ya que es contrario al debido proceso y otras disposiciones constitucionales; no existe razonabilidad ya que no se apega a la Constitución ni al contenido del derecho y permite la arbitrariedad en su aplicación; y, la medida no es adecuada ni indispensable para la finalidad, ya que el efecto es opuesto y la severidad de las sanciones las vuelven excesivas.

14. En todos los casos, se regularon derechos a través de Decretos Ejecutivos, y además, con estas regulaciones se dificultó el ejercicio del derecho en la práctica, se dejó en desprotección al bien jurídico que originó su reconocimiento, se desvió de su naturaleza y finalidad, es decir, se restringieron derechos.

15. Se evidencia la vulneración de múltiples derechos simultáneamente, así como disposiciones que disminuyen, menoscaban y anulan injustificadamente el ejercicio de los derechos, por lo que las disposiciones en mención deberían ser inconstitucionales. No obstante, las demandas de inconstitucionalidad han sido rechazadas, con un análisis bastante limitado que justifica la intervención del Ejecutivo, a excepción de la del Decreto 1182, que declara inconstitucionalidad parcial del Decreto, ampliando los plazos para presentar la solicitud de refugio y acogiendo la definición más amplia de refugiado.

16. Respecto a la hipótesis que plantea que los Decretos Ejecutivos N° 813, 1182 y 16 son utilizados como mecanismos de restricción de derechos, en primer lugar, se concluye que el Ejecutivo carece de la potestad legislativa para regular derechos y garantías constitucionales, afectando el principio de reserva de ley; en segundo lugar, se evidencia que el contenido de los Decretos no regula derechos sino que los restringe; y, entercero, las disposiciones vulneran múltiples derechos y son

inconstitucionales; y, finalmente este es un mecanismo decisionista del Ejecutivo.

17. Al mencionar que es utilizado como un mecanismo significa que es un dispositivo que de manera elaborada y consciente es utilizado por el Ejecutivo para restringir derechos y ejercer poder en contra de los ciudadanos que de acuerdo a su percepción amenazan o pueden amenazar a la estabilidad de su gobierno, que como se ha mencionado se caracteriza por ser decisionista.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilera, Rafael. "Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli" *Letras jurídicas* N° 4(2007).

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Angosto, Fulgencio. *El iusaedificandi y el derecho de propiedad sobre suelo urbano*. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 1998.

Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*. Ariel, 2003.

Barzotto, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. San Leopoldo: Unisinos, 2007.

Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Ed. Debate, 1993.

Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.

CIDH, Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. [/www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09CAPVSP.htm](http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09CAPVSP.htm))

CIDH, Segundo informe sobre la situación de defensoras y defensores de derechos humanos en las Américas. www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf.)

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 de 3 de noviembre de 1985.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 09 de mayo de 1986.

Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento No 294 de 06 de octubre de 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena vs. Panamá*. Observaciones de la Comisión al escrito del Estado de Panamá de 29 de junio de 1998.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984)

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951).

Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. (1982).

Correa Henao, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Ed. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo. Universidad Externado de Colombia, 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kawas Fernández vs. Honduras, cuando en sentencia de 03 de abril de 2009.

Cristi, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad*. Chile: Ed. LOM, 2000.

De Ottoo, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Madrid: Ed. Ariel Derecho, 1987.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984).

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Decreto 3292 de 1987. Registro Oficial No. n/d de 30 de septiembre de 1987.

Decreto 813. Reformas al Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público. Suplemento del Registro Oficial No. 489 del 12 de julio del 2011.

Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Registro Oficial No.727 del 19 de junio de 2012.

Decreto Ejecutivo 3301. Registro Oficial No. 933 del 12 de mayo de 1992.

Decreto ejecutivo N°16. Reglamento para el funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas. Registro Oficial Suplemento No. 19 del 20 de junio de 2013.

Estatuto del Régimen Jurídico - Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. 5° ed. España: Ed. Trotta, 2006.

Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. España: Ed. Trotta, 2007.

García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1998.

García de Enterría, Eduardo. *Revolución francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Civitas, 1998.

García Maynez, Eduardo. *Positivism jurídico, realismo sociológico y lusnaturalismo*. 4ta ed. México DF: UNAM, 1989.

Guerrero, Efrén. "Valor jurídico administrativo de las actuaciones presidenciales en Twitter: actos de gobierno 2.0. en la República del Ecuador." *Revista Española de Ciencia Política* 41 (2016).

González García, Eusebio. *Temas actuales de derechos tributario*. Barcelona: Bosch, 2005.

Granja Galindo, Nicolás. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 1992.

Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

Hugo Tórtora Araven. "Las limitaciones a los derechos fundamentales"

Ley Orgánica de Servicio Público. Registro Oficial Suplemento No. 294 de 06 de octubre de 2010.

Londoño Lázaro, María Carmelina. "El principio de legalidad y control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte interamericana de Derechos Humanos". *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, año XLIII, número 128 (2010).

López Garrido, Diego. *El derecho de asilo*. Madrid: Trotta, 1991.

Malagón, Miguel. "La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés. La invención de la Teoría del Acto Político o de Gobierno y su Ausencia de Control Judicial". *Diálogo de Saberes* (2005).

Massini, Carlos Ignacio. "El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli". *Persona y Derecho* Nº 61 (2009).

Nash Rojas, Claudio. *El sistema interamericano de derechos humanos en común Aciertos y desafíos*. México: Ed. Porrúa, 2009, p. 4.

Nogueira, Humberto. "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales". *Revista Ius et Praxis* (2005), vol.11, n.2.

Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966).

Peces Barba, Gregorio "Derecho, sociedad y cultura en el siglo XIX: el contexto de los derechos fundamentales". *Historia de los derechos fundamentales*. Eusebio

Fernández *et al.* (eds.). Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2009.

Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

Protocolo Facultativo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1988)

Reale, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho*. Preliminares Históricas. Traducción de Juan Antonio-Páramo. Galicia: Imprenta Paredes, 1973.

Recasens Siches. "*Vida humana, sociedad y derecho*". Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.

Schmitt, Carl. *Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Serna, Pedro y Toller Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: La Ley, 2000..

Tribunal Constitucional de España. Sentencia 11/1981 de 11 de abril de 1981.

Vásquez, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2016.

Villacorta Mancebo, Luis. *Reserva de Ley y Constitución*. Libros Dikynson, 1994.

Weil, Prosper. *Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1986.

Welzel, Hans. *Derecho natural y justicia material. Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Aguilar, 1971.