

Tutela constitucional del derecho de propiedad en Ecuador

Santiago Andrade Mayorga



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster

Tutela constitucional del derecho de propiedad en Ecuador

Santiago Andrade Mayorga



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster
Vol. 279

Tutela constitucional del derecho de propiedad en Ecuador
Santiago Andrade Mayorga

Primera edición
Coordinación editorial: Jefatura de Publicaciones
Corrección de estilo: Roberto Ramírez
Diseño de la serie: Andrea Gómez y Rafael Castro
Impresión: Ediciones Fausto Reinoso
Tiraje: 300 ejemplares

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador: 978-9978-19-964-0

Derechos de autor: 057063

Depósito legal: 006419

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

• www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Impreso en Ecuador, agosto de 2019

Título original:

«Delimitación de la tutela del derecho de propiedad
en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana»

Tesis para la obtención del título de magíster en Derecho Procesal

Autor: Santiago Humberto Andrade Mayorga

Tutora: Claudia Storini

Código bibliográfico del Centro de Información: T-2096

CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	5
--------------------	---

Capítulo primero

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROPIEDAD	9
--	---

EL EQUILIBRIO REFLEXIVO DE RAWLS Y LOS DERECHOS DE LIBERTAD.....	9
---	---

FORMAS DE PROPIEDAD

EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA	13
Propiedad pública y estatal	14
Propiedad privada.....	16
Propiedad comunitaria	18
Propiedad asociativa, cooperativa y mixta	22

EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN

DE MONTECRISTI.....	24
Estado para el desarrollo.....	26

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y ESTADO

CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA.....	27
--	----

¿Derechos fundamentales o derechos constitucionales?	33
---	----

Derechos fundamentales y derechos patrimoniales	42
--	----

Estado liberal, economía de mercado y derechos patrimoniales	43
---	----

El derecho de propiedad privada como derecho natural.....	45
--	----

La propiedad en el derecho constitucional ecuatoriano.....	51
---	----

NATURALEZA JURÍDICA, CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE

PROTEGIDO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO

A LA PROPIEDAD	56
----------------------	----

Naturaleza jurídica mixta.....	56
--------------------------------	----

El derecho a la propiedad y el paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia	59
---	----

El contenido esencial del derecho a la propiedad	61
--	----

El derecho subjetivo de propiedad privada.....	63
Criterio funcionalista de la propiedad.....	65
La expropiación.....	73

Capítulo segundo

TUTELA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

A LA PROPIEDAD.....	85
LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.....	88
Garantías normativas y garantías institucionales	90
Garantías jurisdiccionales	93
La acción de protección.....	100
La acción extraordinaria de protección.....	103
LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN COMO	
MECANISMO DE TUTELA DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.	
COMPRENSIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD	
EN LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES DE LOS PROCESOS	
DE ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN	107
ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN	
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL CASO	
DE LA COMUNIDAD EL VERDUM.....	117
CONCLUSIONES	141
BIBLIOGRAFÍA	145
ANEXOS	157

INTRODUCCIÓN

En reiteradas sentencias, la Corte Constitucional ha empleado indistintamente las categorías «derechos fundamentales, derechos constitucionales o derechos humanos», lo que ha generado confusión conceptual en la configuración y alcance de los derechos. A pesar de ser distintos, el derecho *a la* propiedad y el derecho *de* propiedad gozan de la protección constitucional, por medio de los procesos ordinarios y de las garantías jurisdiccionales de acción de protección y extraordinaria de protección, con sus especificidades procesales. La aplicación de la norma y la interpretación de los derechos y garantías de la manera que más favorezca su efectiva vigencia necesitan de la homogenización de los criterios de aplicación, para asegurar que sus limitaciones sean constitucionales y se elimine la arbitrariedad. La configuración del derecho a la propiedad y su alcance demandan ser apreciados a partir de la protección jurisdiccional constitucional al derecho subjetivo en función social, a la luz del paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia.

El capítulo primero de este trabajo trata sobre la definición dogmática del derecho de propiedad, las formas de propiedad reconocidas en la Constitución, su contenido constitucionalmente protegido y la potestad expropiatoria del Estado. El capítulo segundo estudia las garantías normativas y jurisdiccionales que aseguran su ejercicio —para lo cual se hace un análisis de los conceptos empleados en algunas sentencias constitucionales en las que se evidencia la clave civilista con la

que la Corte Constitucional comprende a este derecho— y el uso de la ponderación como método dominante de interpretación constitucional, en desmedro de otros, como la tesis de conexidad entre derechos constitucionales, que es posible aplicar para solucionar conflictos.

Esto se evidencia, por ejemplo, en el caso de setenta familias de la comunidad ancestral El Verdum, dedicadas a la pesca artesanal y a la recolección de conchas y cangrejos, en el área circundante del manglar, además de al trabajo agrícola, en el estuario del río Chone, cantón Tosagua, en la provincia de Manabí. Estas familias denunciaron que en la ejecución de trabajos para la adecuación de piscinas camaroneras en terrenos adquiridos por un particular, este ocasionó daños ambientales atentatorios contra la comunidad, la naturaleza y la propiedad pública, por haber destruido el ecosistema e importantes segmentos del manglar. Como consecuencia, los forzó a desplazarse a otra zona para poder subsistir y desarrollar su vida individual, familiar y comunitaria.

En el fallo del proceso de acción extraordinaria de protección, la Corte resolvió revocar la sentencia de segunda instancia —en la que se aceptó parcialmente la acción de protección deducida por los comuneros—. Hizo esto luego de aplicar el principio *iura novit curia*, con el que se apoyó en el argumento original del particular que redujo su demanda a denunciar la inconstitucionalidad de la sentencia por haber sido sustentada en pruebas inconstitucionales.

No obstante, el mensaje no es totalmente pesimista; sería un despropósito realizar un estudio cuya conclusión fuera enteramente negativa. La educación democrática no ha sido precisamente una vocación ecuatoriana, y es de ética política reconocer que la institucionalidad no ha sido característica de un país en el que la normativa ha sido levantada coyuntural o circunstancialmente —o según los intereses políticos o económicos—. En este sentido, el avance hacia un Estado constitucional auténtico va de la mano de la adopción de tareas constructivas en las que «lo político» definitivamente desaloje al análisis politizado que se acostumbra realizar sobre las respuestas institucionales a los problemas constitucionales, políticos y sociales. La Corte Constitucional es un órgano político por antonomasia y, por ser tal, sus fallos tienen connotación pública e impacto político; una visión crítica a las sentencias de este órgano de Estado aporta a una concreta constitucionalización de la democracia, lo contrario no.

La audiencia concreta particular en Ecuador —tomando la categoría de *Aulis Aarnio*—, integrada por académicos o abogados, e incluso por los actores políticos, ha tenido un rol importante en recrear al derecho constitucional mediante la interpretación jurídica; empero, en ciertos casos ha optado por el cuestionamiento no racional a la hora de emitir su opinión. Por todo ello, este trabajo se configura como un intento de desarrollar adecuadamente el concepto de aceptabilidad racional de las sentencias en materia constitucional.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROPIEDAD

EL EQUILIBRIO REFLEXIVO DE RAWLS Y LOS DERECHOS DE LIBERTAD

Como el estadio más avanzado de evolución política y jurídica asociativa en el que la institucionalización del poder público va de la mano de la democratización de la sociedad, el Estado social de derecho constituye una categoría histórica de institucionalización jurídica y política, que se construye con el ejercicio complementario de la democracia representativa con la democracia participativa, para asegurar la convivencia ciudadana en un orden social y económico justo.

La consecución progresiva de mejores y mayores registros de satisfacción de las necesidades sociales, particularmente educación, salud, alimentación, seguridad social y agua para sus habitantes, y el cumplimiento de sus deberes primordiales¹ —donde tiene preeminencia

1 Ecuador Asamblea Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, cap. I, art. 3, <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>. [Nota del editor: de aquí en adelante, se incluirá el año de las constituciones dentro de los títulos oficiales, lo mismo sucederá en las referencias acortadas; además, en la bibliografía, las constituciones ecuatorianas se ordenarán por fecha para facilitar la información al lector.]

el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución—,² justifican históricamente la existencia del Estado como entidad política totalizadora, soberanamente constituida para la realización de los propósitos importantes de la vida de los ciudadanos que lo conforman. Sin embargo, suele tener una insuficiente capacidad de respuesta a las crecientes demandas de una sociedad de transformación constante cada vez más masificada e interculturalmente relacionada.

Por su connatural potencialidad de revaluación dialéctica, la idea de sociedad constituye una conjunción de voluntades integradas en un sistema amalgamado por normas jurídicas, cuya vigencia se explica por la necesidad de fundir en un razonable sistema de justa cooperación la racionalidad del interés individual.³ Es en este sentido filosófico del equilibrio reflexivo de Rawls que hay que entender a los conceptos jurídicos —a la luz del Estado constitucional de derechos y justicia—: como un paradigma en el que las aspiraciones y acciones individuales se despliegan en función de los principios de justicia para mejorar la calidad y esperanza de vida de la gente. Además, se busca aumentar sus capacidades y potencialidades; construir un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de fuentes de empleo digno y estable; recuperar y conservar la naturaleza; y mantener un ambiente sano y sustentable, promoviendo la diversidad cultural —como lo establece el art. 276 de la Constitución de la República del Ecuador—.⁴ Adicionalmente, se deben estudiar los conceptos jurídicos como una cláusula con poder jurídico con la que los derechos sociales, económicos y culturales constitucionalmente consagrados se concreten mediante el impulso de los órganos públicos movilizados para procurar generar condiciones materiales de la vida pública y comunitaria que faciliten el goce de una libertad plena.⁵

Los derechos atribuibles a los ciudadanos se orientan, pues, hacia un horizonte valorativo de efectiva vigencia durante su proyecto de vida.

2 Ibid., art. 11.9.

3 John Rawls, *Teoría de la justicia* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004), 27.

4 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 276.

5 Colombia Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia 595/99*, Expediente D-2292, 1999.

Para ello, a los órganos públicos les corresponde asegurar que el contenido de los derechos se desarrolle progresivamente con normas que promuevan y generen las condiciones suficientes para su conocimiento, expansión, ejercicio y goce, con el fin de que, en un ambiente social y económicamente adecuado, las libertades individuales y públicas se desarrollen sin más restricciones de las que la ley prevé.

En esta línea conceptual, el derecho de propiedad es constitucionalmente concebido como un derecho patrimonial y, aunque haya sido enlistado con los derechos de libertad (capítulo sexto del título II), no significa que sea un derecho fundamental. Esto contradice lo que propone Pablo Egas Reyes:

En la Constitución actual podemos ratificar este doble carácter del derecho de propiedad, con algún matiz propio: por un lado como derecho fundamental al alinearse dentro de los denominados derechos de libertad, por cuanto el Estado lo garantizará en tanto se cumplan con los fines establecidos en la propia norma; y, por otro lado, también su estructura forma parte del Régimen de Desarrollo, comprendiendo el cómo se tiene que ejercitar dicho derecho dentro de un proceso económico preestablecido.⁶

Egas Reyes identifica el derecho de propiedad como un derecho fundamental. Esa valoración, si no es errónea, al menos es imprecisa. Que se encuentre ubicada en el catálogo constitucional de los derechos de libertad, no significa que la propiedad sea un atributo de la personalidad; por ejemplo, en las constituciones de España y Chile se lo integra dentro del capítulo de los «derechos y deberes fundamentales»⁷ y de los «derechos fundamentales, garantías esenciales y libertades básicas»,⁸ respectivamente, y no por eso sería un derecho fundamental.

En el derecho constitucional ecuatoriano, se anotan los casos del art. 12 de la Constitución y del art. 101.1 de la Ley Orgánica de Garantías

6 Pablo Egas Reyes, «La propiedad en la Constitución de 2008», en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, ed. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009), 330.

7 España Congreso de los Diputados y del Senado, Constitución Española de 1978, tít. I, cap. segundo, art. 33, <www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf.

8 Chile Honorable Junta de Gobierno, *Constitución Política de la República de Chile de 2005* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015), cap. III, art. 19, ord. 24, 11-22.

Jurisccionales y Control Constitucional (LOGJCC).⁹ En el primero, se menciona al agua como derecho fundamental y, en el segundo, se alude a los «derechos y garantías constitucionales fundamentales». Denominarlo con un término «metajurídico» que no pertenece a un léxico normativo¹⁰ no hace del derecho así calificado uno fundamental. No obstante, cabe remarcar que a lo largo de este trabajo se utilizará la categoría «derechos fundamentales» con un enfoque eminentemente doctrinario, cuya explicación epistemológica se verá en el desarrollo del presente capítulo.

En Ecuador, la naturaleza jurídica que tiene el derecho constitucional a la propiedad está determinada en el art. 66.26 de la norma suprema, que garantiza a todas las personas acceder a todas las formas de propiedad reconocidas, subordinando su ejercicio en tanto *derecho subjetivo* a la «función y responsabilidad social y ambiental», que constituye la reserva de ley delimitadora de su contenido esencial. De hecho, su raigambre económica se encuentra fundada por los preceptos del régimen de desarrollo que se despliegan en la sección segunda («Tipos de propiedad») del capítulo sexto («Trabajo y producción») del título VI («Régimen de desarrollo») y que, de acuerdo con el art. 323, extiende a razones de utilidad pública o de interés social o nacional las causas en virtud de las cuales el derecho individual se somete al del Estado, exclusivamente para ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo.

9 Ecuador Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)*, Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009, 20.

10 Al respecto, cabe resaltar que «derechos fundamentales» es un concepto metajurídico, es decir, no está sujeto a las reglas de definición correspondientes a la ciencia jurídica. Efectivamente, Daniel Zolo describe a los derechos fundamentales como una «categoría metajurídica, toda vez que dicha noción no pertenece al léxico normativo de ningún texto constitucional, ni de ningún ordenamiento jurídico moderno». Esto, desde un enfoque estructuralista o formalista, se define como aquellos que son incorporados en el ordenamiento jurídico por la norma positiva, en este caso, la de mayor jerarquía jurídica en el Estado, esto es la Constitución, y que por su propia esencia, no pueden ser vulnerados o alterados por el legislador, pues son indisponibles, y tienen eficacia directa cuya exigibilidad y cumplimiento constituyen elementos sustancial del Estado constitucional de derecho. Daniel Zolo, «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Trotta, 2009), 76.

FORMAS DE PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

A partir de la Constitución de 1998, la definición de la propiedad ha ido superando la línea conceptual principalmente basada en el dominio —y, dentro de este, en la titularidad pública o privada del derecho— y en su representación económica. Un hito importante en la evolución conceptual constitucional de este derecho es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado el 27 de junio de 1989.¹¹ En su art. 84.2 se reconoce el estatus de inalienabilidad e imprescriptibilidad de las tierras comunitarias de los pueblos indígenas (aunque con reserva estatal para declarar su utilidad pública), los derechos posesorios ancestrales sobre tierras comunitarias y el derecho a ser previamente consultados sobre potencial contaminación o afectación cultural en proyectos de prospección y explotación de recursos no renovables en sus tierras, entre otras facultades.

El art. 321 de la Constitución de 2008 es innovador a la hora de hacer una lista de las formas de propiedad porque reconoce, aunque sin definir las, las siguientes: *pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta*. Su configuración y alcance están sujetos al sistema económico social y solidario integrado por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, según el art. 283. Complementariamente, el art. 322 reconoce a la propiedad intelectual, con las restricciones prohibitivas de apropiación de conocimientos colectivos de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, y sobre los recursos genéticos biológicos y agrobiodiversos.

La propiedad en sus distintos tipos es concebida, también, como un instrumento de desarrollo con función social y ambiental responsable. Es en este sentido que el art. 66.26 instituye la obligación del Estado de reconocer y garantizar el acceso, uso, goce y disposición del derecho a la propiedad «en todas sus formas». Es decir, primero, en lo relativo a todas las modalidades de derecho patrimonial sobre bienes corporales

11 Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *Convenio n.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 2014, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf>.

e incorporales y, segundo, en lo que respecta a la función de «abrir el estatuto constitucional a la posibilidad de una pluralidad de institutos jurídicos diferenciados, de tal modo, por ejemplo, de poder construir conceptualmente una “esencia” del dominio sobre inmuebles distinta de aquella del dominio sobre muebles»,¹² con vista al interés público.

Si bien el texto constitucional no distingue entre derecho *a la* propiedad y derecho *de* propiedad, la diferencia de uno y otro radica en su naturaleza jurídica: el primero es aquel derecho que permite a todo ciudadano ser propietario y el segundo es el que se tiene sobre un bien determinado en cualquiera de los tipos de propiedad reconocidos por la Constitución. Esta distinción se aprecia en la propuesta teórica positivista de Luigi Ferrajoli, para quien ambos corresponden a categorías distintas. En tanto el derecho a acceder a un bien, y en fin, el derecho a convertirse en propietario (relacionado con la capacidad jurídica de serlo) y de disponer de un bien (relacionado con la capacidad de obrar) es un derecho «derecho de ciudadanía o civil semejante a los derechos de libertad», establecido en una norma; el derecho real de propiedad es el que se encuentra predispuesto en una norma «sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a ellos»,¹³ en actos jurídicos hipotéticos instituidos en la ley, como, por ejemplo, las fuentes, clases y extinción de las obligaciones.

PROPIEDAD PÚBLICA Y ESTATAL

La distinción que la Constitución hace entre propiedad pública y estatal no está dada por una definición jurídica que conceptualmente las diferencie, lo cual supondría interpretarlas con un criterio de acceso a la propiedad de bienes en función del interés público, así como de apropiación estatal para su explotación. La ley suprema es específica al regular, por ejemplo, que los recursos naturales no renovables existentes en el territorio ecuatoriano son parte de su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible, según los art. 1, 317, 404 y 408. Igualmente, aunque no establece el título con el que el Estado ejerce la propiedad sobre ciertos bienes, le otorga un dominio pleno como en

12 Eduardo Aldunate Lizana, «Tutela jurisdiccional y configuración constitucional del derecho de propiedad», *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, coord. Andrés Bordalí Salamanca (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2009), 157.

13 Ver anexo.

el caso del agua —los art. 12, 313 y 318 consagran el principio de que el agua es patrimonio estratégico nacional, de uso público, dominio inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado—,¹⁴ los bienes «culturales patrimoniales» —art. 379— o los productos del subsuelo, yacimientos minerales, hidrocarburos, biodiversidad y su patrimonio genético, y el espectro radioeléctrico.¹⁵

En todo caso, y sobre la base de jurisprudencia indicativa de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia,¹⁶ es apropiado señalar que la propiedad estatal puede ser pública o privada. Corresponde al dominio público la facultad que el Estado y las entidades tienen del sector público sobre bienes de su propiedad, con fines de utilidad común y al dominio privado, la propiedad sobre bienes bajo el régimen y regulaciones que el Código Civil reserva para los particulares. El art. 604 del Código Civil no define al dominio público, pero menciona a los bienes que tienen ese carácter.

Según la doctrina jurisprudencial ecuatoriana, el destino o uso asignado al bien constituye un elemento determinante para distinguir entre el dominio privado y el dominio público, en función de consagrar un bien al uso público (afectación) o de sustraerlo de ese destino de utilidad común (desafectación). El dominio público puede ser natural o artificial. La doctrina jurisprudencial citada define a ambos de la siguiente manera:

En el dominio público natural, la ubicación de un bien dentro del dominio público la efectúa la ley e implica su afectación de puro derecho, tales son, por ejemplo, las plataformas o zócalos submarinos, las minas y yacimientos, el mar adyacente hasta la distancia señalada por la ley, etc. Estos bienes conservan el carácter aunque la administración decida darles

14 El art. 1 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, establece que los recursos hídricos son parte del patrimonio natural del Estado y serán de su exclusiva competencia, la misma que se ejercerá concurrentemente entre el gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados, de conformidad con la ley, definiendo al agua como un «patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, elemento vital de la naturaleza y fundamental para garantizar la soberanía alimentaria». Ecuador Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (LORHUA)*, Registro Oficial 305, 6 de agosto de 2014.

15 Egas Reyes, «La propiedad», 333.

16 Ecuador Ex Corte Suprema de Justicia, *Resolución n.º 142-2002*, 5 de julio de 2002, 25; *Resolución n.º 67-06*, 3 de marzo de 2006, 24.

un tratamiento, uso o explotación económica concediéndoles a particulares. En los bienes de dominio público artificial, además de la calificación genérica de la ley, de la cual deriva su condición jurídica, es necesario, un acto de afectación de parte del Estado o entidad del sector público.¹⁷

El acto jurídico al que se refiere la doctrina jurisprudencial citada es el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública, y por tratarse de una afectación al dominio, necesariamente debe ser impuesto en el marco de la ley. Esto se debe a que solo al legislador le compete determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad, al igual que fijar las limitaciones y obligaciones derivadas de su función social, sin que, en virtud de la norma prohibitiva del art. 323 de la Constitución, ningún órgano del poder público pueda realizar acto confiscatorio alguno.

Como se verá más adelante, la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSCNP)¹⁸ y su Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública,¹⁹ al igual que el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial y Administración Descentralizada (COOTAD),²⁰ y las disposiciones de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública (LOECP)²¹ —que reformó a ambas normas jurídicas— constituyen el marco legal expropiatorio en los regímenes del gobierno central y de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal.

PROPIEDAD PRIVADA

El derecho a la propiedad implica la posibilidad legal de acceder a un bien, usarlo, gozarlo y disponer de él, conforme los límites establecidos por la ley y el respeto al derecho de terceros, sea este individual o social. El art. 321 de la Constitución, a la vez que se reconoce y

17 Ecuador Ex Corte Suprema, *Resolución n.º 142-2002*, 25.

18 Ecuador Asamblea Constituyente, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP)*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, 14.

19 Ecuador Presidencia de la República, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNCNCP)*, Registro Oficial 583, 12 de mayo de 2009, 11-2.

20 Ecuador Asamblea Nacional, *Código Orgánico de Ordenamiento Territorial y Administración Descentralizada (COOTAD)*, Registro Oficial 303, 19 de octubre de 2010, 83.

21 Ecuador Asamblea Nacional, *Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública (LOECP)*, Registro Oficial 966, 20 de marzo de 2017.

garantiza el ejercicio del derecho a la propiedad privada, establece que no es absolutamente disponible sino hasta el límite de su función social y ambiental.

En los términos del derecho civil, el dominio de un bien constituye un derecho real que se ejerce sobre una cosa sin relación con ninguna persona determinada. Al ser un derecho pleno, exclusivo, perpetuo, autónomo e irrevocable, confiere a su titular amplias atribuciones para, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, ejercerlo dentro del ordenamiento jurídico sin irrespetar el derecho ajeno.

El art. 599 del Código Civil define a la propiedad a partir del derecho subjetivo de utilidad individual (vertiente personal)²² —es decir, con las instituciones jurídicas que protegen la posesión o la reivindicación, y las que reglan la limitación al dominio—, el cual no le es atribuible solamente al propietario actual, sino que asegura que las generaciones futuras tengan acceso a la propiedad privada según las reglas del derecho sucesorio, con los límites intrínsecos del derecho.

Esta misma garantía la consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²³ cuyo art. 21 asegura a toda persona sin restricción alguna el uso y goce sobre sus bienes sin condición distinta a la subordinación que, por disposición legal, pueda imponerse en beneficio de su función social (vertiente social)²⁴ mediante la expropiación, previo justo reconocimiento indemnizatorio por razones de utilidad pública. En el caso de bienes inmuebles, el art. 264.1 de la Constitución reconoce a los gobiernos municipales la facultad de limitar la propiedad mediante la regulación del uso y la ocupación del suelo urbano y rural.

La función ambiental de la propiedad supone, de una parte, que el ejercicio de las facultades subjetivas sobre un bien no afecte a la naturaleza como sujeto de derechos²⁵ y, de otra, que no afecte el derecho

22 Juan Manuel Goig Martínez, «Los derechos económicos y sociales», en *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, coord. Santiago Sánchez González (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 421.

23 Organización de los Estados Americanos, *Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)*, 7-22 de noviembre de 1969, <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.

24 Goig Martínez, «Los derechos económicos», 421.

25 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 10.

ajeno, individual, colectivo o comunitario —en fin, social— de vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza,²⁶ como manda la Constitución.

También se aprecia otro tipo de restricciones que sobre la base de una ideología finalista o teleológica, la Constitución consagra precisamente guardando el concepto del interés común, que traza la línea limitativa entre la función social o ambiental y el derecho subjetivo de propiedad. En efecto, el segundo inciso del art. 282 prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, al igual que el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes. Adicionalmente, el segundo inciso del art. 335 sanciona el acaparamiento de bienes, en tanto que el inciso final del art. 17 no permite el oligopolio o monopolio de la propiedad de los medios de comunicación, con el carácter de normas prohibitivas. Finalmente, el segundo inciso del art. 405 prohíbe a toda persona natural o jurídica extranjera adquirir tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas.

Igualmente, dentro del régimen jurídico de prerrogativas extraordinarias, que en el Estado de derecho el art. 165 de la Constitución reserva al presidente de la República,²⁷ este tiene la facultad de declarar el «estado de excepción» y disponer, en todo o en parte del territorio nacional, la requisición de bienes patrimoniales pertenecientes a las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, con el correspondiente pago del justo precio indemnizatorio, según las reglas de los art. 36 y 37 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, y de los art. 10 al 15 del Reglamento de Requisiciones del Ministerio de Seguridad.²⁸

El presente trabajo precisamente versa sobre la delimitación de la acción extraordinaria de protección en la tutela del derecho constitucional a la propiedad.

PROPIEDAD COMUNITARIA

Los preceptos del Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, instauraron el régimen comunitario

26 *Ibíd.*, art. 66.27.

27 *Ibíd.*, 165.

28 Ecuador Presidencia de la República, *Reglamento de Requisiciones del Ministerio de Seguridad*, Registro Oficial 583, 9 de septiembre de 2015, art. 10-5.

en el derecho a la propiedad, en la Constitución de 1998, aunque en el marco de los derechos colectivos.²⁹ No fue sino hasta octubre de 2008 cuando, con el nuevo esquema constitucional, se configuró a la forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra como elemento integrador de una relación de pertenencia que no gira en torno al individuo, sino que se centra en el grupo y la comunidad. La base fundamental de la vida, la cultura y la espiritualidad comunitaria se asienta sobre la conexión existente entre los habitantes de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montuvío.³⁰

Esto se debe a que, como lo afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo 149 de la sentencia dictada en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua: «Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras».³¹

La carta magna de 2008 dedica el capítulo cuarto del título «Derechos» para consagrar los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, y específicamente destina los art. 57 —num. 4, 5, 6, 8 y 11—, 58 y 59 para impetrar los preceptos relativos a la propiedad comunitaria, conforme lo establecido en los pactos, convenios, declaraciones e instrumentos internacionales de derechos humanos.

29 Ecuador Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, tít. III, cap. 5, art. 84, <https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf>.

30 Si bien en la Constitución de 2008 se emplea el término *montubio*, la forma correcta para referirse al «campesino de la costa» ecuatoriana es *montuvío*, con uve, según lo determina el diccionario de la Real Academia Española (RAE), en su vigésima tercera edición de octubre de 2014. Cuando estaba vigente la vigésima segunda edición de 2001 y al momento de haberse dictado y aprobado la Constitución de Montecristi, las acepciones de *montubio* con be eran: «1. Dicho de una persona: montaraz, grosera. 2. Col. y Ec. Campesino de la costa». Susana Cordero de Espinosa, «Montubio, no: montuvío», *El Comercio*, 11 de enero de 2015, <www.elcomercio.com/opinion/columna-susanacorderodeespinosa-opinion-idioma-montubio.html>.

31 Corte Americana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 31 de agosto de 2001.

De esta manera, se reconoció y garantizó el derecho a conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, declarándolas como inalienables, inembargables e indivisibles. Se consagró el carácter ancestral de los territorios de propiedad comunitaria y el derecho a mantener su posesión y a obtener su adjudicación gratuita de parte del Estado, preconizando el derecho a conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. Además, se aseguró la permanencia de estos colectivos en sus tierras ancestrales, sin que puedan ser desplazados por ninguna causa, en concordancia con el segundo inciso del art. 60, que reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra como una forma ancestral de organización territorial, con capacidad de constituir circunscripciones territoriales para su preservación cultural.

Se destaca también el derecho instituido en el num. 7 del art. 57 (concordante con el art. 398), en virtud del cual las comunidades en cuyos territorios se encontraren recursos no renovables cuya prospección, explotación y comercialización puedan afectarles ambiental y culturalmente, deben ser previamente consultadas, en forma libre e informada, con el consiguiente derecho a participar en los beneficios de esos proyectos y a ser indemnizados por el daño social, ambiental y cultural causado. Asimismo, cabe mencionar el num. 12, que instituye el derecho comunitario sobre los conocimientos colectivos, ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, donde se prohíbe cualquier forma de apropiación sobre aquellos, al igual que sobre sus innovaciones y prácticas.

El esquema constitucional citado *ut supra* adhiere el concepto de ancestralidad, que con antelación ha desarrollado la doctrina de los derechos humanos, en virtud del cual el reconocimiento del derecho que tienen los pueblos indígenas y, en general los pueblos ancestrales, sobre sus tierras no es un acto estatal discrecional, sino que es de obligación del Estado respetar, reconocer y garantizar el ejercicio del derecho a la propiedad comunal, mediante el dictado de políticas y medidas destinadas a asegurarlo.

En este sentido, en consonancia con el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el art. 82 de los «Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales» declara que: «los pueblos indígenas y tribales son titulares de derechos de propiedad y dominio sobre las tierras y recursos que han

ocupado históricamente, y por lo tanto tienen derecho a ser reconocidos jurídicamente como los dueños de sus territorios, a obtener un título jurídico formal de propiedad de sus tierras, y a que los títulos sean debidamente registrados».³²

En esa misma línea, el art. 3 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales³³ define a la tierra y al territorio en posesión y propiedad ancestral como «el espacio físico sobre el cual una comunidad, comuna, pueblo o nacionalidad de origen ancestral ha generado históricamente una identidad a partir de la construcción social, cultural y espiritual, desarrollando actividades económicas y sus propias formas de producción en forma actual e ininterrumpida». De igual forma, el art. 77 cataloga a la posesión ancestral como «la ocupación actual e inmemorial de un territorio, en donde se da la reproducción de la identidad, cultura, formas de producción y vida de varias generaciones de personas miembros de comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades que sustentan su continuidad histórica».

Mediante Resolución n.º 016, del 21 de octubre de 2014, el Ministerio de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca reguló que para que el derecho a la propiedad le sea reconocido a la comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, se debe demostrar una posesión ancestral de más de cincuenta años. Además, estableció que solamente por excepción la posesión puede no ser actual, cuando se compruebe conforme a derecho que ha existido desalojo violento o desplazamiento forzoso de los territorios de posesión ancestral de alguna comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.³⁴

Entonces, la propiedad comunitaria constituye un derecho real autónomo de fuente constitucional (con características patrimoniales

32 Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 30 de diciembre de 2009, <cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.

33 Ecuador Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (LOTRTA)*, Registro Oficial 711, 14 de mayo de 2016, 3-20.

34 Ecuador Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, *Resolución n.º 16 para el reconocimiento y legalización de territorios de posesión ancestral a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas*, Registro Oficial 396, 15 de diciembre de 2014, art. 4.

especiales: perpetuidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e indivisibilidad) oponible frente a terceros, con asistencia de acciones reales efectivas para defenderla de cualquier turbación,³⁵ y a la que el Estado está obligado a proteger para asegurar su integridad. En este sentido, desde el enfoque intercultural y plurinacional del Estado del cual forman parte las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montuvio y las comunas, la propiedad comunitaria más allá de la titularidad del derecho de propiedad que a cada uno de sus integrantes les asiste, no es individual-patrimonial sino comunitaria-fundamental, por lo que en tanto derecho constitucional, su vulneración por un acto u omisión de autoridad pública no judicial, o por políticas públicas que priven su acceso, goce o ejercicio, o por el daño grave ocasionado por un particular, amerita su amparo directo y eficaz mediante la garantía jurisdiccional de la acción de protección.

PROPIEDAD ASOCIATIVA, COOPERATIVA Y MIXTA

Según el art. 283 de la Constitución, el sistema económico de Ecuador es «social y solidario» y, en él, el ser humano es el «sujeto y fin» en torno y hacia el cual las relaciones entre sociedad, Estado y mercado deben armonizarse con la naturaleza, con el objetivo de posibilitar que el buen vivir se alcance con la producción y reproducción de condiciones materiales e inmateriales de vida. En este propósito constitucional de propender a la «soberanía económica», la norma constitucional diseña la integración del sistema económico con cinco formas de organización económica: pública, privada, mixta, popular y solidaria, incluyendo dentro de las dos últimas a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. A partir de este criterio, corresponde situar a los tipos de

35 El art. 85 de la *LOTRTA* define a la propiedad comunitaria como la «que ha sido adjudicada y titulada a favor de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades», y el art. 86 establece un régimen especial de garantía de las tierras rurales basado en la obligación estatal de protegerlas en casos de «invasión, usurpación u otras formas que perturben o impidan el ejercicio pleno de propiedad o posesión sobre la tierra» y en los «procesos de adjudicación, legalización y redistribución de tierras rurales; así como lo relacionado con el trámite de sucesión y transferencia de derechos de posesión», de conformidad con la ley, amén de otras medidas.

propiedad asociativa, cooperativa y mixta, en función de la propiedad de los medios de producción, la organización de la producción y su gestión, según el art. 319.

También forma parte de este capítulo lo establecido por el art. 316, según el cual, supeditado al interés nacional, el Estado puede delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. Puede delegar a las organizaciones pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria el ejercicio de esas actividades.

En este marco, la propiedad asociativa, cooperativa y mixta se encuentra regulada por las normas de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario. En su art. 18 se define como asociativa a la propiedad que ejercen:

asociaciones constituidas por personas naturales con actividades económicas productivas similares o complementarias, con el objeto de producir, comercializar y consumir bienes y servicios lícitos y socialmente necesarios, autoabastecerse de materia prima, insumos, herramientas, tecnología, equipos y otros bienes, o comercializar su producción en forma solidaria y autogestionada.³⁶

Según el art. 21, el cooperativo es el sector conformado por aquellas sociedades de individuos unidos voluntariamente para procurar satisfacer en común necesidades económicas, sociales y culturales. Esto se realiza por medio de una empresa de propiedad conjunta, gestión democrática e interés social, dedicada en forma exclusiva a la producción, al consumo, a la vivienda, al ahorro y crédito, o a los servicios.

En cuanto a las organizaciones mixtas de economía popular y solidaria, el art. 10 determina las facultades del Estado y de los gobiernos autónomos descentralizados para participar en la conformación de capitales de riesgo y de organizaciones mixtas de economía popular y solidaria. Para ello, podrán participar, en calidad de miembro, asociado o socio en forma parcial, por medio de inversiones de carácter temporal destinadas al fomento de emprendimientos comunitarios en los

36 Ecuador Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario (LOEPSSFPS)*, Registro Oficial 444, 10 de mayo de 2011, 4-5.

territorios, hasta un grado de desarrollo en que puedan asumir su rol en la economía y la desinversión del Estado no afecte su funcionamiento y existencia.

EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI

Para una lectura crítica de la realidad por medio de las líneas interpretativas que la metodología de las ciencias sociales traza para cada fenómeno social, los procesos sociales requieren ser observados en su real dimensión; es decir, como hechos causados por su interrelación, compenetración e imbricación.

La Constitución, con el fin de configurar a la política y a los poderes, es un fenómeno artificial y convencional de incidencia económica y trascendencia política;³⁷ por consiguiente, sus efectos en el imaginario colectivo deben ser vistos por el principio gnoseológico de la causalidad. Por lo tanto, para estudiarla desde esa perspectiva, el conocimiento normativo sustentado en el «principio de imputación» y la «norma fundante» de Kelsen es inapropiado, ya que este tiene un objeto de estudio que se centra en la relación entre el supuesto y su consecuencia jurídica, y la validez objetiva de la norma.³⁸

Para leer en clave jussociológica a los apartados económicos constitucionales, el concepto constitución económica de Manuel García Pelayo constituye un elemento importante. Para este autor español, el texto constitucional relativo a la materia económica es el conjunto de «normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico».³⁹

37 Al respecto, es interesante el criterio de Juan Bautista Alberdi sobre que la Constitución contenía «un sistema completo de política económica», y para quien el éxito constitucional dependía en buena medida del sistema económico puesto en marcha. Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Buenos Aires: Katz, 2014), 95.

38 Jorge Witker y Rogelio Larios Velasco, *Metodología jurídica* (Ciudad de México: McGraw-Hill, 2002), 177.

39 Manuel García Pelayo, citado por Goig Martínez, «Los derechos económicos», 417.

Esta definición doctrinaria es útil a la hora de establecer una determinada calificación de un sistema único o excluyente de otro al momento de interpretar su contenido. Esto se debe a que dentro de los tres grandes conceptos que amalgaman la Constitución —el racional normativo, el histórico tradicional y el sociológico—, el tercero es construido en el entendido de que la transformación social de cada país configura su personalidad intercultural y que la constitución «es una forma de ser y no del deber ser, no es el resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente: es fundamentalmente realidad y no norma».⁴⁰

Por lo anterior, se considera que más que los intentos de calificar o situar ideológicamente a la ley suprema, importa la definición que se pueda intentar hacer —desde la perspectiva del sistema económico constitucionalmente instituido como esquema, a partir del cual se despliegan las instituciones jurídicas y económicas, y se desarrollan fenomenológicamente los hechos políticos—⁴¹ sobre el modelo de Estado. Para tal efecto, la economía política servirá con menor probabilidad de error (o con mayor aproximación al conocimiento del objeto de estudio) a la hora de entender el entramado del sistema económico modelado por la constitución; y quizás lo hará con mayor justeza al momento de ubicar al derecho a la propiedad en su doble carácter de ser derecho de libertad y derecho económico.

En el «Preámbulo» de la Constitución de Montecristi se evoca la decisión («decidimos construir») de la fuerza constituyente —que la impulsó y dictó—, como una capaz de construir una nueva forma de convivencia ciudadana. Esa declaración, a la luz de la plena vigencia de los derechos humanos y del ejercicio de las libertades individuales como ideal social de realización democrática, constituiría el cristal con el cual la matriz constitucional podría mirarse, con la conjugación de dos elementos. El primero estaría marcado por la definición del modelo de Estado en función de la economía y del desarrollo y el segundo, constituido por la capacidad del gobierno del Estado en construir

40 Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2014), 33.

41 Esta perspectiva podría ser vista como propia del sociologismo jurídico o de la sociología del derecho.

capacidades estatales que instrumenten, con un aparato administrativo, la edificación de un nuevo modelo social. Ese es el modelo de Estado que la Constitución ha trazado: el Estado para el desarrollo.

ESTADO PARA EL DESARROLLO

En cualquiera de las clásicas categorizaciones constitucionales (liberal-legalista, marxista-estatista o weberiana), el rol del Estado es determinante y en torno a este se define la mayor o menor incidencia del aparato gubernativo en el proceso económico, en las relaciones de poder y, en general, en el desarrollo de las dinámicas sociales. Por ello, importa establecer el papel del gobierno en la construcción del Estado. Pablo Andrade Andrade define al Estado para el desarrollo así:

No es un Estado que posea un dominio total de la economía y que gracias a su completa propiedad de los medios de producción puede controlar casi todos [sic] la vida económica de un país. El Estado para el desarrollo es uno en el cual su gobierno ha expandido la autoridad y poder de la administración de manera que esta gobierna el mercado dentro del marco de una economía capitalista.⁴²

En el desarrollo económico y en la gestión política de ese proceso de construcción del Estado, el gobierno desempeña un papel importante. Se ha visto, por ejemplo, en la modelización del subsistema de la economía popular y solidaria, que la Constitución atribuye amplia incidencia estatal central o descentralizada en la conformación de empresas y mecanismos de índole asociativa o cooperativa. Además, en la misma organización y conformación de los órganos del poder público en las funciones del Estado, se ha evidenciado una gran influencia de la función Ejecutiva, sin que por ello, o por su intervención marcada en la economía, quepa calificar a Ecuador como un país con un Estado económicamente dominante o propietario de los medios productivos.⁴³

42 Pablo Andrade Andrade, *Política de industrialización selectiva y nuevo modelo de desarrollo* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015), 73.

43 «El Estado para el desarrollo no se adecúa, ni teórica ni empíricamente, a la descripción de un Estado del tipo establecido en los países comunistas. No es un Estado que posea un dominio total de la economía y que gracias a su casi completa propiedad de los medios de producción puede controlar casi todos [sic] la vida económica de un país». *Ibíd.*

El grado (mayor o menor) de presencia del Gobierno y su vocación política (o ausencia de ella) para crear e instituir vínculos democráticos con los agentes económicos, los actores políticos y con la ciudadanía es determinante. El Estado, a fin de cuentas, es el resultado de un proceso de acumulación histórica, cuya razón instrumental es establecer relaciones de poder en una forma convencionalmente aceptable y políticamente administrable, con un engranaje normativo de equilibrios constitucionales.

Por ello, en el paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia, la Constitución pasa a ser la forma jurídica de «hacer posible la vida en sociedad» o, a decir de Zagrebelsky, el derecho constitucional se convierte en «un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de los materiales».⁴⁴ Uno de estos materiales es la propiedad en sus distintas formas y en su connotación de derecho subjetivo de interés patrimonial legítimo de libre disposición sobre los bienes, con incidencia social y económica, comercial y productiva. Este derecho es susceptible de ser afectado por el Estado por razones de utilidad pública, dentro de un sistema de competencia económica, garantía de la propiedad privada y libertad de empresa. Por esta razón, cabe destacar la catalogación constitucional de la propiedad en cuanto bien patrimonial y medio de producción en el capítulo sexto «Trabajo y producción», del título VI «Régimen de desarrollo».

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

La construcción del Estado social de derecho o Estado social y democrático de derechos —que, según el art. 1 de la Constitución de Montecristi, en el caso de Ecuador, se define como Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional con sus propias particularidades—⁴⁵ supone la realización material de los contenidos

44 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (Turín: Trotta, 2009), 13.

45 El respeto, protección y garantía de los derechos constituyen la impronta que re-lleva al Estado constitucional de derechos y justicia como un modelo en el que el límite al poder del Estado y de los particulares, está marcado por su subordinación

de la Constitución, en tanto compendio de complejos compromisos políticos cuyo objetivo es la igualdad real (o igualdad material) de los ciudadanos y la limitación al poder político y los poderes fácticos o económicos. Eso se preconiza en el art. 11.8, que establece que el desarrollo del contenido de los derechos, es decir, su significado esencial y material, se hará progresivamente mediante las herramientas normativas, jurisprudenciales y de políticas públicas.

a la norma constitucional. Para ello, la razón y justificación de su existencia le compele al Estado a dictar políticas públicas que desarrollen los preceptos constitucionales en el contenido de los derechos constitucionales y los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese sentido, la innovación política de la Constitución se patenta en la constitucionalización de los derechos, ampliando y extendiendo su contenido y titularidad —como es el caso de los pueblos y nacionalidades indígenas, los pueblos afroecuatoriano y montuvio (art. 57), o el caso de los derechos de la naturaleza como sujeto interrelacionado que requiere de los seres humano que la habitan y que no puede vivir sin ella, trascendiendo la apreciación de la naturaleza como medio sino como fin correlacionada con el ser humano que necesita de ella para realización suya y de la vida (art. 71)—, y en la catalogación de adecuadas herramientas jurisdiccionales diseñadas para garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales, la prevención o remediación de vulneraciones y la reparación integral por los daños provocados por el Estado y los particulares.

Así, la dicotomía de las normas del derecho privado y del derecho público (representadas en la relación sociedad-Estado) es superada a través de su reunificación en la Constitución (fusión de los tres elementos del Estado social de derecho: Estado-derecho-sociedad) a la cual aquellas se subordinan, y son influidas en sus contenidos por la irradiación (efecto de irradiación), con lo cual «difícilmente [existe] un sector del Derecho ordinario que no sea Derecho constitucional desarrollado». Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica* (Guayaquil: Edilex S.A., 2010), 124-5.

Por esta razón, el principio de constitucionalidad impetra en el ordenamiento jurídico en el que todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles y de igual jerarquía (art. 11.6). Destaca también la participación ciudadana como una garantía que permita asegurar la movilización ciudadana y posibilidad cierta y efectiva de participar en las decisiones colectivas y asuntos relacionados al bien común, involucrándose protagónicamente en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, control popular de las instituciones del Estado, la sociedad y sus representantes, entre otros, en un proceso de construcción y organización del poder ciudadano (tít. IV «Participación y organización del poder»).

En lo normativo, tal como sucede en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,⁴⁶ la Constitución de Montecristi se despliega en conceptos preceptivos de garantía de los derechos fundamentales. En lo político, la carta magna representa «el límite y vínculo a los poderes públicos»,⁴⁷ los cuales no solamente se extienden hacia el control de la esfera de lo público (poder político), sino también hacia el que en el mercado ejerce el poder económico. Es decir, coexisten un constitucionalismo jurídico (devenido a partir de la segunda posguerra mundial) y otro político (de configuración de la política y el derecho), según Luigi Ferrajoli.

El modelo democrático de ejercicio de la discrecionalidad política y libertades implica la vigencia práctica de los equilibrios contenidos en la Constitución, de modo que ni el imperio de la mayoría plebiscitaria ni el de los poderes económicos se impongan ni lesionen los derechos de libertad y los derechos sociales. Al respecto, Ferrajoli dice del Estado social de derecho lo siguiente:

Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales —derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia— que toda mayoría está obligada a satisfacer. Es esta la sustancia de la democracia constitucional —el pacto de convivencia basado sobre la igualdad *en droits*, el Estado social, más que liberal, de derechos— garantizada por las constituciones.⁴⁸

Consiguientemente, el Estado social de derecho se configura en la plena vigencia de los contenidos constitucionales, de modo que ni las libertades ni el poder sean ejercidos sin el control o equilibrio establecidos jurídicamente. La observancia, respeto, reconocimiento, garantía y promoción de los derechos fundamentales incorporados en la

46 «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución». Francia Asamblea Constituyente, *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, 5 de octubre de 1789, art. 16, <<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/humano1789.htm>>.

47 Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2010), 28.

48 *Ibíd.*, 27.

Constitución, ciertamente son «obligaciones comunes a todos los derechos humanos»⁴⁹ por parte del Estado. Pero esto ocurre en la medida y proporción de las capacidades fiscales y del modelo económico trazado a partir de la matriz política que la Constitución instituye con ese fin.

Sin embargo, del mismo modo, las dinámicas económicas o las dificultades financieras públicas no pueden constituir justificación para no hacer efectivos los derechos sociales. Esto se debe a que por su esencia prestacional, suponen la acción estatal para materializarlos razonable y progresivamente,⁵⁰

49 Víctor Abramovich y Christian Courtis, citado por Carolina Silva Portero, «Las garantías de los derechos: ¿Invencción o reconstrucción?», en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, coord. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 56.

50 El art. 1 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Protocolo de San Salvador»*, aprobado en la ciudad de San Salvador el 17 de noviembre de 1988, en el décimo octavo período de sesiones de la Asamblea, establece la obligación de los Estados parte de «adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo»; esto es, los derechos económicos, sociales y culturales.

En este marco, la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos (como norma el num. 4 del art. 11 de la ley suprema) y el desarrollo progresivo del contenido de los derechos (según lo instituye el num. 8 del art. 11) son preceptos que lejos de tener una relación aparentemente contradictoria, se complementan y progresivamente consolidan la vigencia material de los derechos sociales, económicos y culturales en la medida en que el Estado asume sus obligaciones prestacionales financiándolas, requiriendo *razonabilidad* en su presupuestación económica y financiera, cuanto en la exigibilidad para su materialización.

Al respecto, Miguel Carbonell anota: «En materia de derechos sociales, es imposible obviar que las políticas públicas derivadas de los correspondientes mandatos constitucionales exigen la toma de decisiones políticas de gran relevancia: las presupuestarias en destacado lugar. ¿Cómo fijar, políticamente, los criterios de distribución del gasto público en un contexto de restricción presupuestaria y en el que las demandas casi siempre serán mayores que las posibilidades de satisfacerlas a cabalidad?, ¿qué vínculos les pueden suponer a los legisladores los mandatos constitucionales que reconocen los derechos sociales?, ¿de qué manera se puede combatir su inobservancia? Todos los derechos cuestan. Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones

en función de una aplicación basada en el principio de proporcionalidad,⁵¹ pues:

estructura todo el sistema normativo, que se divide en subsistemas, los cuales se subdividen en subsistemas de menor amplitud, hasta llegar a las normas individuales cada una de las cuales tiene una finalidad concreta, que sumada a las finalidades de todas y cada una de las otras normas o subsistemas de normas, pretenden a la larga, conseguir en la medida de lo posible, la realización del estado social de derecho.⁵²

Es en esa lógica sistémica que se ordenan los derechos en la Constitución, en un modelo democrático en el que los derechos civiles, los derechos sociales y las garantías materiales confluyen en un solo centro político de interés que hace que las políticas públicas y las normas dictadas por y desde el Estado, en materia económica, tengan consonancia con los pactos internacionales. Esto impone que los derechos sociales o

importantes erogaciones económicas, conjugar por tanto obligaciones de no hacer y obligaciones de hacer para las autoridades». Miguel Carbonell, «La interpretación constitucional como problema», en *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, en Riccardo Guastini (Madrid: Trotta, 2008), 11–2.

51 Para la autora española Francisca López Quetglas, la catalogación de la Constitución española de establecer a unos derechos fundamentales y a otros simplemente constitucionales no hace a estos carentes de protección constitucional y solamente a aquellos provistos de garantía (por la vía de amparo), sino que la verdadera garantía está presente en la cláusula del contenido social; esto es, en la vinculación del Legislativo, el Ejecutivo, el Judicial, y en fin de los poderes públicos, para no vulnerar su contenido, que es lo que verdaderamente caracteriza a los derechos fundamentales.

Por ello, y de acuerdo con la doctrina que al respecto ha generado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el principio de proporcionalidad juega un rol trascendental: «4. [...] en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales [pues, sobre la base de su respeto] solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y cuando respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión [Europea] o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás [...], la aplicación de tales criterios contribuirá, sin duda, a incrementar la efectividad de los sistemas de protección formulados. Las limitaciones deben ser interpretadas restrictivamente, y habrán de venir concretamente justificadas, con lo que se reconoce fuerza expansiva a tales derechos». Francisca López Quetglas, «El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)», en *Anuario jurídico y económico escorialense*, n.º 38 (2006), 348, <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1465574.pdf>>.

52 Javier Tamayo Jaramillo, *La decisión judicial* (Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2013), 281.

los «principios sociales»,⁵³ declarados y reconocidos constitucionalmente, se realicen debido a la necesidad que su satisfacción tiene de contar con recursos económicos que los concrete de forma sostenible.

De este modo, se va concretando progresivamente la esencia misma del Estado social de derecho, en otras palabras, su identificación con los derechos sociales y su consecuente realización material con «estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de calidad».⁵⁴

Para ello, los medios de producción, como es la propiedad, cumplen un papel fundamental sujeto al régimen de desarrollo. Su función social es determinante, pues traduce en términos concretos los valores que representa el Estado constitucional de derechos y justicia como cláusula jurídica, en la que el interés privado cede ante los deberes primordiales del Estado. Estos deberes son planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir y garantizar el efectivo goce de los derechos constitucionales como salud, educación, alimentación, seguridad social, acceso al agua, entre otros, según el art. 3, num. 1 y 5.

La Corte Constitucional —citando a Ferrajoli—⁵⁵ ha entendido al Estado constitucional de derechos y justicia como un paradigma de innovación política en el que «cambia, sobre todo, la naturaleza misma de la democracia. La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales —imponiendo obligaciones y prohibiciones a los pode-

53 «Algunas constituciones como la de India o la de España, no establecen expresamente “derechos sociales, sino proclaman principios sociales”, precisamente con el ánimo de evitar que las garantías sociales sean concebidas como derechos subjetivos, que puedan ser invocadas directamente ante los jueces». Rodrigo Uprimny, «Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina», en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, ed. Dunia Martínez Molina (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / CEDEC, 2011), 93.

54 H. L. Wilensky, citado por José López Oliva, «La Constitución de Weimar y los derechos sociales: La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social», *Universidad Militar Nueva Granada*, accedido mayo de 2016, <www.umng.edu.co/documents/63968/71199/Art+13+26.pdf>.

55 Ferrajoli, *Democracia*, 31-2.

res públicos— ha insertado en efecto en la democracia una dimensión “sustancial”, que se agrega a la tradicional dimensión “política”, meramente formal o procedimental». ⁵⁶

Y lo ha definido así: «en el Estado constitucional de derechos y justicia [...] el individuo debe ser el objetivo primigenio donde la misma aplicación e interpretación de la ley solo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Interamericana de los Derechos Humanos». ⁵⁷ O, también, como aquel tipo de Estado «donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos». ⁵⁸

¿DERECHOS FUNDAMENTALES O DERECHOS CONSTITUCIONALES?

La satisfacción material de los derechos constitucionales consolida progresivamente la convivencia democrática. Su vigencia trasciende el afán declarativo, ya que no cumplen un papel instrumental, sino que constituyen mandatos de acción. En lo político, por una parte, obligan al Estado a respetar al ciudadano cuidándolo de los abusos de la autoridad pública o de los poderes fácticos, procurando su protección, resarcimiento integral y garantía de no repetición de las prácticas dañosas o de hechos vulneradores; y, por otra, reconocen a la participación ciudadana en los asuntos de interés público como un derecho a ser ejercido mediante los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria, conforme el 95 de la Constitución. ⁵⁹

En lo jurídico, los derechos constitucionales constituyen una nueva forma de ver, sentir y vivir al derecho como «vínculo para el legislador», ⁶⁰ para las autoridades estatales y también para los particulares. Esto se debe a que les compele a efectuar su trabajo normativo e interpretativo o aplicativo de las normas en el ámbito de sus respectivas competencias y orientado hacia la consecución de la igualdad real, que permita que los derechos de libertad sean cabalmente satisfechos con

56 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia N.º 059-15-SEP-CC, caso n.º 1317-10-EP*.

57 *Ibíd.*, *Sentencia n.º 0022-2009-RA*, Registro Oficial 99, 31 de diciembre de 2008.

58 *Ibíd.*, *Sentencia n.º 0008-09-SAN-CC, caso n.º 0027-09-AN*.

59 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 95.

60 Ferrajoli, *Democracia*, 30.

garantías materiales que hagan del beneficiario, usuario o consumidor, un ciudadano asistido de poder jurídico para detener los excesos de cualquier tipo de poder sobre sus derechos.

Los límites a la amenaza de los derechos ciudadanos se fortifican con el sistema de fuentes jurídicas que da cuerpo y forma a los contenidos de los derechos. Como se ha dicho, la fuerza de autotutela jurídica que tiene la Constitución está impetrada en el art. 11.8, que instituye la capacidad de reproducción normativa de los derechos fundamentales.

¿Qué son los derechos fundamentales? ¿Y debido a qué causalidad política han adquirido fuerza política en el derecho? Los derechos fundamentales constituyen una redefinición del derecho inscrita en una reflexión de innovación paradigmática de la democracia como forma de gobierno, en la que la vigencia de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley equilibran las relaciones de poder. Ferrajoli define a esta recreación conceptual de la democracia como «democracia constitucional», que consiste en un «conjunto de límites impuestos por las constituciones de todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones».⁶¹

En tanto «sistema de límites y de vínculos a todo poder»⁶² en la aplicación material de los derechos, la supra valoración política de la Constitución representa la revaluación de la relación sociedad-Estado-derecho. Esto lleva a asumir a la acción de la política subordinada al carácter político de la Constitución y reconocer a la democracia como un producto político humano —y por tanto susceptible de daño, deterioro u obsolescencia institucional, cuyo cuidado debe perseguir librarla de todo tipo de contaminación autoritaria gubernativa y fáctica—, sin que la vocación de arbitrariedad —como actitud política— sea exclusiva de una ideología.

En este marco, cobran sentido, en su real dimensión, los derechos que les son inmanentes a los seres humanos por el solo hecho de serlo —de ahí su carácter universal, lo que determina la igualdad jurídica— y

61 *Ibíd.*, 27.

62 *Ibíd.*, 26.

por su capacidad de obrar. Estos derechos son *inalienables* —es decir, que les asisten por igual a quienes los detenten—, *indisponibles* e *invulnerables*. Les son indiferentes las situaciones jurídicas o de hecho, o los bienes respecto de los cuales se ejercerán, puesto que presupuestan una conducta jurídica de forma general y abstracta —constituyen *normas técnicas*—. En palabras de Ferrajoli:

son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.⁶³

Esta definición —a la que, a propósito, adhiere la Corte Constitucional, citándola textualmente en la sentencia n.º 011-09-SEP-CC, caso n.º 0038-EP— trasciende a la que se podría realizar según la catalogación de las normas en ordenamiento jurídico alguno, y llama fundamentales a los derechos independientemente de que se encuentren integrando una ley o hayan sido consagrados constitucionalmente, pues esto constituye requisito de existencia o vigencia. Lo destacable es el significado ontológico de los derechos fundamentales,⁶⁴ que radica

63 Luigi Ferrajoli, «Derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid: Trotta, 2009), 19.

64 La definición «formal o estructural» de la teoría del derecho de Ferrajoli se ancla en la universalidad de los derechos, abstrayéndolos de los intereses o bienes tutelados, o de la circunstancialidad fáctica; «tiene por tanto el valor de una definición perteneciente a la teoría general del derecho. En cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales, es, además, ideológicamente neutral. Así, es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista, iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática». Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2004), 38.

En este sentido, el bien jurídico protegido, cualquiera sea su naturaleza deóntica, o aun ontológica, como, por ejemplo, la naturaleza, devendría en sujeto de derechos. Y es precisamente con esta matriz ideológica innovadora que, como lo afirma Ramiro Ávila Santamaría, la Constitución de Montecristi incluyó a los derechos de la naturaleza como un «derecho autónomo del ser humano», valorándola dentro de

en su contenido, es decir, en el bien jurídico que tutelan, el cual constituye el derecho objetivo, que es la base de la igualdad jurídica. Les corresponde ejercer este derecho a sus titulares por su estatus, o sea, a las personas físicas que, en el caso de la Constitución ecuatoriana, serían todos los ecuatorianos por nacimiento o naturalización, y los extranjeros que se encuentren en el territorio ecuatoriano según los art. 6 y 9, así como las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, de acuerdo con el art. 10. En otras palabras, todos a quienes resulte atribuibles universalmente los derechos en función de su capacidad de obrar.

Ferrajoli distingue cuatro tipos de derechos en función del sujeto:

1. Los que pertenecen a toda las personas independientemente de si son ciudadanos o no lo son, y que son los *derechos humanos*.
2. Los *derechos civiles*, que les asiste a todas las personas en función de su capacidad de obrar, es decir, se exigen potestativamente y por el principio de la autonomía de la voluntad, sin importar la ciudadanía.
3. Los *derechos públicos*, que asisten a todas las personas que tengan o no capacidad de obrar.
4. Los *derechos políticos*, que ostentan únicamente las personas que tienen capacidad de obrar en tanto ciudadanos.

una relación de reciprocidad con el ser humano, en la que «defender los derechos de la naturaleza es defender al ser humano y que defender al ser humano es defender la naturaleza» (pues el ser humano es naturaleza), sin que la existencia del uno como fin y la explotación de la otra como medio circunscriban al contenido del derecho de propiedad, y que el «destino de la naturaleza dependa de la disposición de los dueños», sino que la «protección a la naturaleza no [se la haga] porque [convenga] al ser humano, sino por la naturaleza en sí mismo».

Así pues, el fundamento de los derechos de la naturaleza no radica en que sean catalogados como derechos fundamentales para serlo, ni es suficiente la apreciación antropocéntrica o la valoración personalista del derecho para negarle a la naturaleza estatus o la condición de sujeto de derechos; la ampliación del contenido del derecho subjetivo considerando al «derecho como un derecho fundamental, en el que cabe la protección de los seres humanos y también de la naturaleza» representa una expansión o ampliación del alcance del concepto de derecho subjetivo. Ramiro Ávila Santamaría, «El derecho de la naturaleza: Fundamentos», *Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador*, 7 de octubre de 2010, 1-24, <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1087/1/%C3%81vila-%20CON001-El%20derecho%20de%20la%20naturaleza-s.pdf>.

Los dos primeros son derechos primarios o sustanciales, mientras que los dos restantes son derechos secundarios o formales.⁶⁵ Los titulares de los derechos son aquellos a quienes les son atribuibles los derechos fundamentales en función de su naturaleza humana, su estatuto ciudadano y su capacidad específica de ejercicio:

«personalidad», «ciudadanía» y «capacidad de obrar», en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los (diversos tipos) de derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad en *droits fondamentaux* [...]. La ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado como las únicas diferencias de estatus que aún delimitan la igualdad de las personas humanas.⁶⁶

En cuanto al contenido de los derechos fundamentales —es decir, a su esencia objetiva y a la posibilidad de tener la capacidad de obrar para ejercerlos—, el jurista italiano apunta que los derechos primarios son dos: los *derechos de libertad* y los *derechos sociales*. En virtud de ellos, la acción prestacional de los poderes sujetos a control jurídico y constitucional se vincula negativamente en el primer caso (garantías negativas), absteniéndose de hacer u omitir o no hacer nada que les llegare a afectar; y positivamente en el segundo, lo que se traduce en realizar actos orientados a satisfacer su ejercicio (garantías positivas). En palabras del mismo autor:

De ahí que el derecho resulta positivizado no solo en su «ser», es decir, en su «existencia», sino también en su «deber ser», es decir, en sus condiciones de «validez»; ya no solo el «quién» y el «cómo» de las decisiones, sino también el «qué»: qué no debe decidirse —es decir, la lesión de los derechos de libertad— y, por el contrario, qué debe decidirse —es decir, la satisfacción de los derechos sociales—. ⁶⁷

Por último, la *indisponibilidad* de los derechos fundamentales va de la mano de su universalidad, esto es, se sustraen del poder público, que mediante acto normativo pudiere llegar a vulnerarlos o de algún acto jurídico de intercambio entre particulares:

65 Farith Simon, «La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional)”», *Iuris Dictio* 10, n.º 13 (2010), 23.

66 Ferrajoli, «Derechos fundamentales», 22.

67 Ferrajoli, *Democracia*, 30.

Pero tal garantía se realiza precisamente a través de la forma universal recibida mediante su estipulación como derechos fundamentales en normas constitucionales supraordenadas a cualquier poder decisonal: si son normativamente de «todos» (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados.⁶⁸

En resumen, Ferrajoli anota cuatro tesis alrededor de su teoría de la democracia constitucional basada en los derechos fundamentales. La primera se refiere a la diferencia de estructura entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Mientras los derechos fundamentales son universales —y, por lo tanto, son indisponibles, inviolables, indisponibles e intransigibles—, los derechos patrimoniales son disponibles, comerciables, alienables y negociables. Por ser un derecho universal, el derecho a la propiedad corresponde a todas las personas sin distinción: todos tienen derecho a ser propietarios porque es un derecho fundamental que «dista mucho del concepto romano de un derecho absoluto». Actualmente se considera como «un derecho de apropiación o apropiabilidad de beneficios provenientes de explotación de bienes tangibles e intangibles (así como de) los rendimientos que produzcan las inversiones; por lo que, con más corrección, debe hablarse de las propiedades sobre esos provechos o privilegios»;⁶⁹ mientras que, en razón de ejercerse sobre un bien determinado, el derecho subjetivo de propiedad le corresponde a su titular. Esto se recoge en el art. 66.26 de la Constitución.

La segunda tesis tiene que ver también con el carácter universal de los derechos fundamentales: al corresponderles a todos, su interés o expectativa fundamentan la igualdad jurídica, que es la razón de ser de la democracia en su dimensión sustancial. Por esta razón, el Estado de derecho fundado en los derechos de libertad y de propiedad se transforma en el Estado social de derecho basado en la promoción de la justicia, la

68 *Ibíd.*, 21.

69 Jean Claude Tron Petit, «Principios en derecho económico-constitucional», en *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, 2008), 818.

equidad y el interés general. Por su parte, la tercera tesis está relacionada con la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales, reconocida por los propios Estados signatarios de instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional reconocida por la propia Constitución.

Finalmente, la cuarta tesis hace referencia a las relaciones entre los derechos fundamentales y sus garantías. Los derechos fundamentales consisten en expectativas negativas o positivas, a las que les corresponden obligaciones prestacionales o prohibiciones de lesionar algún derecho (garantías primarias), y ante cuya violación les asiste el derecho a exigir sanción judicial y reparación (garantías secundarias). En este sentido, la ausencia del acto normativo prestacional que reconozca un derecho o la indeterminación del sujeto de derecho a quien le corresponde cumplirlo no significa la inexistencia del derecho, sino que supone la necesidad de hallar e instrumentar formas de tutelarlos. La Constitución de Montecristi ha acogido esta doctrina, instituyéndola en preceptos principalmente desplegados en los art. 10 y 11, que congelan los principios de aplicación con los de exigibilidad.

Esta fórmula de acompañar en el texto constitucional al derecho con la garantía los hace plenamente justiciables, sin necesidad de que deba existir en otra de inferior jerarquía la garantía que los haga realizables o los concrete procesalmente. Así, el principio de la fuerza normativa de los derechos y las garantías, establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, hace que los derechos fundamentales sean independientes de una norma procesal que instrumente su exigibilidad o de que se encuentre predeterminado el órgano estatal o el sujeto de derecho obligado a cumplirlos, tal como reza el art. 11.3

Para Riccardo Guastini, en cambio, la Constitución es definible desde cuatro perspectivas.⁷⁰ Primero, a partir de la filosofía política, es decir, como «límite al poder político», en el cual estaría en desuso el término *constitucional* para denominar al Estado provisto de una Constitución en la que se garanticen los derechos ciudadanos y que también

70 Riccardo Guastini, «Sobre el concepto de constitución», *Teoría del constitucionalismo*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta / Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas).

se encuentre distribuido el poder público en órganos separados que lo ejerzan, en la línea liberal garantista extendida a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.

Segundo, a partir de la teoría general del derecho, por la cual la Constitución es un conjunto de «normas fundamentales» que, al tiempo de ser axiológicas o preceptivas, organizan y disciplinan al poder estatal. Adicionalmente, ordenan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos por medio de normas que reconocen los derechos de libertad, y someten a la legislación a los canales de distribución y modalidades impuestos a los órganos del poder público para el ejercicio normativo y creativo del derecho.

En tercer lugar, el autor reconoce a la Constitución como una noción en la que confluyen las normas «materialmente constitucionales», que son aquellas que pueden estar incorporadas en el sistema jurídico, sin estar declaradas necesariamente en la Constitución pero que tienen contenido típicamente constitucional. Estas son normas fundamentales y son «formalmente constitucionales» solo las que se encuentran codificadas en el texto constitucional.

Por último, en la cuarta perspectiva, se entiende a este cuerpo de leyes como «código de la materia constitucional» que reúne la mayoría de normas de sustrato constitucional. Si bien reconoce que existen derechos que al ser reconocidos constitucionalmente deberían ser protegidos, no admite que una misma norma contenga disposiciones que reconozcan un derecho y que también establezca los mecanismos que aseguren su cumplimiento, pues, a su decir, la garantía debería instituirse en una norma de rango infraconstitucional.

En otras palabras, para Guastini la garantía es sinónimo de protección jurisdiccional del derecho con mecanismos dispuestos en normas que identifiquen la obligación de cumplir con la prestación del derecho tutelado. Por omisión o indeterminación del sujeto de derecho, el derecho declarado y reconocido constitucionalmente se torna en derecho «sobre el papel», que lo distingue sobre el «verdadero derecho», como se denominaría a aquel que tiene asegurada su exigibilidad con la determinación previa del órgano al que le compete realizarlo:

La garantía de un derecho no puede ser establecida solo por la misma norma que lo confiere. Puede ser establecida solo por otra norma («secundaria»)

que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada [...] la tutela jurisdiccional presupone, a su vez, por lo menos dos cosas: 1. Que el derecho en cuestión posea un contenido preciso. 2. Que el derecho en cuestión pueda ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado también de forma precisa («una contraparte»).⁷¹

En todo caso, para este autor la consignación constitucional de un derecho no supone su realización, a saber, no es sinónimo de efectiva vigencia o cumplimiento, o sea, de garantía. Derecho y garantía no son conceptos que técnicamente representen lo mismo, ni su efectividad depende de la sola declaración que la ley haga de uno sin que la otra se encuentre definida en una norma. Es más, no asegura su efectividad la mera disposición legal que declare la existencia normativa del derecho fundamental y de la consiguiente garantía, sin señalar al responsable de hacer que materialmente se concreten ni determinar los medios para el efecto. El desarrollo del derecho constitucional se alcanza, pues, en la medida en que el contenido de los derechos se robustezca, mediante las acciones y funciones que cada uno de los órganos del poder estatal —en todos sus niveles de gobierno— asuma en el aspecto normativo, jurisprudencial y de políticas públicas.

En cuanto al derecho a la propiedad, el Estado ciertamente tiene el deber de garantizarlo, cumpliendo con las garantías negativas y las positivas y sin interpretar restrictivamente al derecho —como para entenderlo de ejercicio enteramente subjetivo y de utilidad individualista—, tampoco en forma exageradamente extensiva —como para exigir al Estado, por ejemplo, que la redistribución de la tierra suponga necesariamente expropiar la propiedad privada en forma absoluta—. Debe hacerlo con una visión que combine a ambas garantías a fin de que las políticas públicas no tengan la igualdad en el acceso a la propiedad como único objeto, sino que las personas tengan la suficiente protección jurídica que impida excesos expropiatorios o arbitrariedades estatales:

En efecto, las obligaciones del Estado, con relación al derecho a la propiedad, suponen, bajo la Convención Americana, tanto obligaciones negativas como positivas. El objetivo esencial de esta provisión es proteger a la

71 Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

persona contra una interferencia arbitraria por parte del Estado en el pleno goce de sus bienes (obligación negativa). Dentro de estas se encuentran, por ejemplo, la expropiación o la destrucción de la propiedad. Por otro lado, el ejercicio de este derecho no depende únicamente de la obligación del Estado de no interferir, sino que también requiere medidas positivas de protección, particularmente donde hay una vinculación directa entre las medidas que un individuo legítimamente espera de las autoridades y el efectivo disfrute de sus bienes.⁷²

DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS PATRIMONIALES

Los conceptos jurídicos derecho a la propiedad —consagrado en el num. 26 del art. 66 de la Constitución— y derecho de propiedad —definido en el art. 599 del Código Civil— son fácilmente distinguibles uno de otro en función de su estructura. El derecho a la propiedad garantiza a todas las personas acceder y ser propietarios de un bien, ser titulares de un bien corporal o incorporeal, y disponer de él y de los derechos y acciones correspondientes; mientras que el derecho de propiedad es una facultad que se la ejerce en concreto sobre un bien específico sin respecto de persona determinada.

Al ser universales, los derechos fundamentales asisten a todos los seres humanos, por eso son derechos de libertad que son inherentes a todo individuo de la especie humana, desde el derecho a la vida y el derecho a ser o convertirse en propietario y a disponer de un bien, hasta los derechos sociales. En cambio, los derechos patrimoniales son derechos singulares asignados a quienes específicamente son titulares de un bien excluyendo al resto, con facultad para gravar con derechos reales y limitaciones a ese bien.

Como ya se dijo, los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables e intransigibles; «en cambio, los derechos patrimoniales —de la propiedad privada a los derechos de crédito— son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables». Al recaer sobre un bien, los derechos patrimoniales son mutables, variables y acumulables, y se extinguen con la desaparición del bien; mientras que la libertad,

72 Elizabeth Salmón Gárate y Cristina Blanco Vizarreta, «El derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Americana de Derechos Humanos: Un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos», en *Estudios sobre la propiedad*, ed. Giovanni Priori Posada (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012), 15.

por ejemplo, no es variable, enajenable ni extingible, pues «no se es más o menos libre».⁷³

Por su propio carácter, el titular del derecho fundamental por ninguna consideración ni acto jurídico alguno, ni siquiera voluntariamente, puede alienarlo debido a la indisponibilidad activa; en tanto que por la indisponibilidad pasiva «no son expropiables o limitables por otros sujetos (inalienabilidad), incluso por el Estado (inviolabilidad)». En cambio, en el caso de los derechos patrimoniales, al ser singulares y determinables respecto de un bien o persona específicos, son disponibles; en otras palabras, son objeto de transacción o acto de comercio, «además de resultar [...] susceptibles de expropiación por causa de utilidad pública».⁷⁴

Otra diferencia es la de la estructura jurídica de los derechos. Si bien los derechos fundamentales para ser vigentes no requieren ser catalogados en una ley o en la propia Constitución, son normas téticas que establecen situaciones jurídicas, inmediatamente y de manera abstracta por su carácter universal, entre el individuo y el Estado. Por su parte, los derechos patrimoniales son impuestos en normas hipotéticas que, a su vez, predisponen situaciones y relaciones intersubjetivas como efectos de actos jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico, como adquirir un bien, limitar su dominio, comerciarlo o contraer una obligación dentro de los presupuestos jurídicos previamente fijados en la norma.

Como efecto de esto, las normas prohibitivas o imperativas que regulan los derechos patrimoniales son genéricas. Mientras que el incumplimiento o inobservancia de las obligaciones que, en virtud de los derechos fundamentales, le corresponde guardar al Estado en forma específica, es motivo de invalidez o nulidad del acto normativo; en cambio, su respeto lo legitima y robustece el crecimiento de la democracia constitucional.

ESTADO LIBERAL, ECONOMÍA DE MERCADO Y DERECHOS PATRIMONIALES

Ahora bien, en tanto la vigencia de los derechos fundamentales requiere de la garantía que asegure su efectividad y la determinación del sujeto responsable de su cumplimiento, la propiedad y su estructura

73 Ferrajoli, «Derechos fundamentales», 31.

74 *Ibíd.*, 32.

deóntica, es decir, los atributos jurídicos que suponen el dominio —el uso, goce y libre disposición de un bien, y en fin, su categórica denominación exclusivista e individual—, no necesariamente hacen que ella sea acumulativa ni factor de desigual distribución de la riqueza.

Es el régimen político imperante el que instituye normativa orientada a hacer a la propiedad factor de asimetría social, hegemonía y control políticos, y de mantenimiento de privilegios con la apropiación acumulativa no proporcional y limitada a los bienes de consumo y a la capacidad de trabajo del propietario. De igual forma, es el régimen político el que garantiza facultades ilimitadas de poseer medios de producción. Según la crítica marxista,⁷⁵ la acumulación y concentración de estos medios, en función del ejercicio de derechos de libertad —como los de asociación (art. 66.13 de la Constitución), a desarrollar actividades económicas (art. 66.15) o de creación de medios de comunicación social (art. 16.3), por ejemplo—, propiciarían la instauración de un marco jurídico diseñado para crear o producir poderes corporativos con igual o mayor potencia que el estatal. Esta tensión entre libertad e igualdad es causada por mecanismos de desigualdad de la economía de mercado, con efectos de riqueza y pobreza.

Ferrajoli incluso expone que el «uso indiscriminado» —e irrazonable— del término *derecho subjetivo* para referirse a cualquier representación de la propiedad, hace necesario mejorarlo en lo lingüístico y en lo conceptual. Tanto los liberales, que lo equiparan al derecho de libertad, como los marxistas, que desacreditan a la libertad como propiamente burguesa, persisten en confundir conceptos deónticamente contradictorios. Por esta razón, es necesario distinguir entre derechos fundamentales —los derechos de libertad, no generadores de actos potestativos ni reproductores de ningún efecto— y derechos patrimoniales —marcados por situaciones jurídicas públicas y privadas de poder y de deber generados por actos potestativos o reproductores de condiciones—. ⁷⁶

Daniel Zolo destaca que el esfuerzo teórico de Ferrajoli se orienta a reflexionar sobre la protección de los derechos fundamentales desde esa perspectiva, pero no a partir del cuestionamiento o censura de la propiedad en sí misma:

75 Zolo, «Libertad, propiedad», 89.

76 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Trotta, 2009), 908-9.

La tensión entre libertad e igualdad sigue siendo un problema sin resolver [...]. Y, a mi juicio, permanece sin resolver, no porque la fuente de la desigualdad y de la pobreza sea la estructura exclusiva y particularista de la propiedad privada, sino porque los potentes mecanismos de la economía de mercado actúan en sentido antiigualitario [...]. Pero el problema de la relación entre libertad e igualdad también sigue sin resolverse porque ciertas libertades fundamentales —aunque potencialmente atribuidas a todos los hombres en cuanto personas— producen desigualdad. Existen derechos de libertad que se concretan en una simple tutela de la «libertad negativa», es decir, en un límite a la intervención del Estado (o de terceros) en la esfera individual, como es el caso de la (privacidad) personal, de la libertad de pensamiento, de la inviolabilidad de domicilio, del secreto en las comunicaciones [...]. Pero junto a estos derechos, existen otros, como la autonomía negocial, la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de iniciativa económica en el sector de los medios de comunicación de masas, que aparecen dotados de una sobresaliente capacidad adquisitiva ya que su ejercicio, en ciertas condiciones, produce un poder político, económico y comunicativo que se acumula rápidamente en beneficio de sus titulares.⁷⁷

EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO NATURAL

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 instituye a «los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre» y funda a los poderes Ejecutivo y Legislativo como entidades con poder de creación normativa y de situaciones jurídicas, en las que el derecho fundamental de la libertad es asociado con el derecho de propiedad, esto es, formando parte de los derechos públicos subjetivos fundados por el Estado. En el art. 2 se declara que «la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». En otras palabras, esos cuatro constituían derechos por ser instituidos por el derecho del Estado.

La equiparación del derecho de propiedad con el derecho fundamental de libertad, pero su consagración como un instituto jurídico creado por el derecho positivo derivado del Estado —con lo cual este, como producto del contrato social entre iguales, no se funda desde y a partir de los hombres y sus derechos inmanentes, sino que funda un nuevo régimen en el que otorga los derechos a los ciudadanos— subvierte

77 *Ibíd.*, 91.

la relación deónticamente contradictoria entre patrimonio y libertad, y modela otra en la que, con la ley del Estado, el derecho subjetivo se constituye en un derecho de apariencia fundamental. Así, pues, la legitimación política del Estado ha sido la que ha otorgado al derecho subjetivo de propiedad una patente jusnatural axiológica de un instituto jurídico creado por el Estado, sin que por la justificación política de ese origen le corresponda, ni terminológicamente, un origen fundamental o atributivo de la personalidad del ser humano.

En este escenario ideológico, la realidad es, en verdad, una realidad jurídica (ser), en la que la relación entre sujeto (el titular) sobre el objeto (el bien) es creada, persiste, muta o desaparece, en fin, existe a causa de un vínculo (la ley) impuesto desde y por el Estado como representación política de la voluntad humana (deber ser). El derecho de propiedad es un «derecho-poder»⁷⁸ creado por el derecho del Estado y definido en un axioma de derecho positivo que supone, necesariamente, un orden jerarquizado de voluntades; en otras palabras, de supra ordinación del derecho subjetivo sobre cualquier otro, que faculta a su detentador a disponer del bien hasta abusar de él. Así lo configuró el derecho positivo de la Ilustración:

Ese derecho era casi sagrado. Estaba considerado como uno de los derechos naturales del hombre, esto es, de los derechos inherentes a su condición humana y, por tanto, anteriores y superiores al Estado, junto con el derecho a la libertad, a la seguridad y a la resistencia a la opresión. El Código de Napoleón de 1804, siguiendo esta línea de pensamiento, definió la propiedad en su 544 como el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta.⁷⁹

En estricto sentido, esto es, desde la perspectiva normativista,⁸⁰ el derecho de propiedad no supondría más límite para su ejercicio que el dispuesto por la norma, por ser fruto de la voluntad humana, sin que haya hecho social fundante que determine su alcance.

En efecto, el *jus utendi, fruendi et abutendi* que caracterizaba a la propiedad para usar, gozar y disponer de ella, en el derecho romano no

78 *Ibíd.*, 914.

79 Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la política* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003), 2:1141.

80 Witker y Larios Velasco, *Metodología*, 177.

otorgaba al propietario derechos absolutos sobre el bien, ya que estaba «obligado a ejercer sus derechos legalmente [...], a respetar los intereses de su familia, a considerar los intereses de sus vecinos y a tener en cuenta, sobre todo, el interés público (*salus publica suprema lex*)». ⁸¹

Con la Revolución francesa y, más precisamente, con el Código de Napoleón (que entró en vigencia a inicios del siglo XIX), el dominio mutó en derecho para gozar y disponer de los bienes, pero con fuerte incidencia del concepto «utilidad pública» y «orden social», con el propósito de derrocar el sistema feudal monárquico del *Ancient Régime*. En el que, por cierto, no se puede comentar que existía una «ausencia de derecho», sino que sobre la base del «*jus involuntarium*» (no definido ni codificado en norma escrita) se garantizaba a los señores territoriales «*iura y libertates, derecho y libertades*». ⁸²

El art. 544 del Código de Napoleón decía: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga un uso de las mismas prohibido por las leyes o los reglamentos». ⁸³ La original concepción napoleónica de la propiedad buscaba «de la manera más absoluta» —como se definía en la norma— «terminar las estructuras propietarias del antiguo régimen, pero autorizando la intervención del Estado bajo el signo de la igualdad»; ⁸⁴ para la cual al abuso de la propiedad no le correspondía actos que supongan daño social o perjuicio al orden público.

Sin embargo, la tricotomía característica de la propiedad a lo largo del siglo XIX como derecho subjetivo «exclusivo, perpetuo y absoluto» de íntima correspondencia con el individuo, fundamentado en la libre voluntad de la persona en tanto propietario que aprehende la cosa y se

81 Eduardo Carrión Eguiguren, *Curso de derecho civil de los bienes* (Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1982), 112.

82 Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones* (Madrid: Trotta, 2003), 27-8.

83 Enrique Brahm García, «El concepto de propiedad en el Código Napoleónico. Una nueva interpretación de su art. 544 en la historiografía jurídica alemana», *Revista chilena de derecho* 23, n.º 1 (1996), 7, <https://www.jstor.org/stable/41609373?seq=1#page_scan_tab_contents>. El autor del art. resume lo que el estudioso alemán Alfons Bürge propone como opción para interpretar con una aproximación más cercana el contenido del art. 544 del Código de Napoleón para «distinguir claramente el dominio del usufructo, haciendo imposible el restablecimiento de formas feudales de propiedad amparadas en esta figura».

84 *Ibíd.*, 7.

vincula con ella en una relación sujeto-objeto, fue producto de un vaciamiento del contenido normativo original napoleónico.

La norma del art. 544 fue llenada por una interpretación basada en el concepto kantiano de que el individuo es el centro de todo. Este ideario liberal alemán fue concentrado en el Sistema del Derecho Romano Actual (1839-1847), de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), quien, a la cabeza de la escuela histórica del derecho, revisó la concepción francesa del derecho propietario, fundiendo como sinónimos a la propiedad y al dominio. Este autor afirmó sobre este último que no es solo «el dominio absoluto e ilimitado que una persona tiene sobre una cosa», sino que la propiedad «extiende el dominio de nuestra voluntad sobre un trozo del mundo exterior».⁸⁵

A lo largo del siglo XIX, la doctrina francesa (Aubry y Rau, Troplong, Demolombe), impulsora del liberalismo económico hegemónico a partir de la restauración monárquica posnapoleónica, recogió este elemento ideológico de la filosofía liberal kantiana sistematizado por Savigny en su doctrina; esta se extendió en los subsistemas americanos de la familia romano-germánica. Un ejemplo de esto es la codificación del Código Civil chileno (promulgado a fines de 1855), trabajada por Andrés Bello quien, citando a Savigny como fuente y a los juristas franceses liberales, definió en el art. 582 «dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno».⁸⁶

Esa misma línea fundada por el juspositivismo liberal se aprecia, por ejemplo, en la definición original del art. 669 del Código Civil colombiano, que asimismo le atribuía al titular del bien la facultad de disponer de él «arbitrariamente»⁸⁷ —lo cual supuso la declaratoria de inexequibilidad del adverbio, a la luz del paradigma del Estado social de

85 *Ibíd.*, 10.

86 *Ibíd.*, 11.

87 Antes de la declaratoria de inexequibilidad del adverbio *arbitrariamente*, por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-595/99, de 18 de agosto de 1999, el art. 669 del Código Civil rezaba: «El dominio (que se llama propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad». Colombia Congreso de la República, *Código Civil*, art. 669, <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf>.

derecho instituido con la Constitución de 1991, por parte de la Corte Constitucional—. En otras palabras, primaba el ejercicio individualista de disposición del bien, subordinando al dominio la configuración social de la propiedad.

De ahí es que en la denominación constitucional al derecho de propiedad se lo haya asimilado como un derecho natural y, por tal, se lo haya considerado un derecho fundamental —y así se lo haya normativizado, es decir, denominado e instituido en el derecho constitucional—. Ferrajoli opina que esto se da como un «vicio de origen» de patente jusnaturalista iniciado por Locke, basado en el principio de autopropiedad, en el que el trabajo sobre la cosa que no es de nadie la hace apropiable (apropiación originaria) con un límite que se extiende en tanto haya para los demás «suficiente cantidad de la misma calidad»⁸⁸ (Segundo Tratado de Gobierno, 1690).⁸⁹ Esto se puede observar en las constituciones ecuatorianas del siglo XIX hasta mediados del XX, por ejemplo, y en las actuales española y chilena, si bien con la reserva de ley de que el interés privado cede ante el interés público, lo que erosiona, de este modo, el concepto absolutista de propiedad, con la función social que le es inherente.

En todo caso, la fundación del derecho patrimonial como derecho constitucional se evidencia en dos instrumentos políticos elementales que irradiaron el pensamiento jurídico del Estado liberal burgués en el mundo occidental, y obviamente en los subsistemas jurídicos pertenecientes a la familia romano-germánica, como el ecuatoriano: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de Weimar de 1919.

Con el proceso de transformación económica y tecnológica que produjo el cambio social y político de la revolución industrial, iniciada a mediados del siglo XVIII, la propiedad fue mutando en su concepción filosófica, acepción jurídica e instrumentación política. Desde su concepción fisiocrática medieval sustentadora del poder monárquico, llegó hasta su reivindicación a cargo de la naciente burguesía industrial;

88 Guido Pincione, «Filosofía de la propiedad», en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, ed. Jorge Fabra Zamora y Ezequiel Spector (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015), 3:2411, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3876/1.pdf>>.

89 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 912-50.

floreció a la par que cualquier otro derecho civil, como una institución de raigambre e importancia constitucional de inspiración liberal. El art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 concibe a la propiedad como un «derecho inviolable y sagrado», del que «nadie puede ser privado [...] salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización».⁹⁰

En la Europa de la primera mitad del siglo XX, la Constitución de Weimar de 1919 instituyó, en el art. 153 —integrante de la sección V «La vida económica», de la parte segunda «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes»—, al derecho de propiedad con ciertas limitaciones al titular en función de la utilidad pública, y sin afectar a los principios de la economía de mercado:

La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las leyes. No puede procederse ninguna expropiación sino por utilidad pública y con sujeción a la ley. Se realizará mediante indemnización adecuada, a menos que una ley del imperio disponga otra cosa. Respecto a la cuantía de la indemnización, cabrá en caso de discordia el recurso ante los Tribunales ordinarios, solo que por leyes del Imperio se ordene lo contrario. La expropiación que en [sic] favor del imperio se realice con respecto a Países, Municipios y establecimientos de utilidad pública solo podrá efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.⁹¹

En un breve recorrido historiográfico de la normativa constitucional ecuatoriana que se hará en el acápite siguiente, se podrá apreciar el influjo de las doctrinas de los derechos naturales desarrolladas en los siglos XVII y XVIII,⁹² y el triunfo de las ideas de la burguesía liberal del siglo XIX,⁹³ que sistematizó el dogma jurídico como paradigma filo-

90 Francia Asamblea, *Declaración de derechos*, art. 17.

91 Alemania Asamblea Nacional de Weimar, *Constitución de Weimar*, 1919, art. 153, <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>.

92 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 912.

93 Según Hans Kelsen, «con el triunfo de la burguesía liberal en el siglo XIX se produce una enérgica reacción contra la metafísica y contra la teoría jusnaturalista. De la mano del progreso de las ciencias empírico-naturales y con la crítica de la ideología religiosa tiene lugar un giro en la ciencia jurídica burguesa, que pasa del jusnaturalismo al positivismo». Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Madrid: Trotta, 2011), 53. Por definición, el jusnaturalismo «sostiene que existen principios morales

sófico sustentador de los conceptos políticos, jurídicos e institucionales incorporados en las sucesivas cartas políticas revisadas, y entre los que se destaca la propiedad y su aparente sinonimia con la libertad, construida por el pensamiento revolucionario francés de 1789, que la inscribió como un derecho natural.

LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

En la Constitución de 1830,⁹⁴ se consideraba ciudadano a quien reuniera las «calidades» de ser casado o mayor de edad, supiera leer y escribir, y acreditara tener propiedades raíces, un valor libre de doscientos pesos o ejerciera una profesión científica (o liberal) o industria útil de algún arte mecánico, sin sujeción a otro, como sirviente, doméstico o jornalero. Se prohibía privar de la propiedad, y sin consentimiento del dueño no se podía «aplicar a ningún uso público y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón».

En las Constituciones de 1835,⁹⁵ 1843⁹⁶ y 1845,⁹⁷ el vínculo entre ciudadanía y propiedad persistió; empero, la afectación a la propiedad

y de justicia universalmente válidos que conforman el derecho natural». En realidad, no existe un solo jusnaturalismo sino varios que incluso se excluyen entre sí: el teológico, en el que prima el principio de imputación y que considera que el derecho natural es parte del orden eterno originado en Dios y asequible a la razón humana; y el racionalista, basado en los principios de imputación y causalidad, que sostiene que el derecho moral no deriva de Dios sino de la naturaleza o la razón humana. Witker y Larios Velasco, *Metodología*, 167-8.

94 Ecuador Congreso Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador de 1830*, tít. 8 «De los derechos civiles y garantías», art. 62, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOPDF/1830/99E31694C9416CCA2CFB78759875DC07BAD9FA23.pdf>.

95 Ecuador Convención Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1835*, tít. 10 «De las garantías», art. 97, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOPDF/1835/7FA0C03213EF43B83AD9FBE3B500F060EC655410.pdf>.

96 Ecuador Convención Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1843*, tít. XVII «De los derechos y garantías de los ecuatorianos», art. 91, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOPDF/1843/1876DB439413F9650356A55C37F75AC972D00291.pdf>.

97 Ecuador Convención Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1845*, tít. 11 «De las garantías», art. 120, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOPDF/1845/B9F7FD1AA5A50C2FAD315843F7F6EE7DCCA5666E.pdf>.

privada podía dictarse en caso de utilidad pública (la Constitución de 1843 califica a las causas de privación como: «servicio público o para utilidad común») y previo el pago indemnizatorio de un precio convenido con el dueño o ajustado según el «juicio de hombres buenos». Esto continuó en las Constituciones de 1851⁹⁸ y 1852,⁹⁹ en las que se incorporó a la sentencia judicial como título para privar la propiedad.

En la carta magna promulgada en 1861,¹⁰⁰ se rompió el vínculo entre ciudadanía y propiedad, y se garantizó la propiedad privada solamente posible de despojar mediante sentencia judicial y «salvo el caso en que la utilidad pública calificada por una ley, exija su uso o enajenación», previo el pago del precio que «a juicio de hombres buenos»¹⁰¹ se le pague al propietario por indemnización.

98 Ecuador Convención Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1851*, cap. 19 «De las garantías», art. 114, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1851/BFBDE25C4878BBC080B056A683E8773F9B004836.pdf>.

99 Ecuador Asamblea Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1852*, tít. 11 «De las garantías», art. 119, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1852/327B4EA72753ED751EF81FA942C6943B99FF4586.pdf>.

100 Ecuador Convención Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1861*, tít. 10 «De las garantías», art. 113, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1861/720F94ACA5FE4BA2ABF4EA4E0804CF13E377565E.pdf>.

101 «El término “hombres buenos” tuvo varias acepciones, desde los jueces ordinarios, hasta el árbitro o arbitrador a quien las partes encargan la terminación de algún negocio, pasando por el perchero o que paga contribución a diferencia del noble o hidalgo que estaba exento de ella; también se dijeron hombres buenos a ciertos sujetos reconocidamente honrados que había en cada parroquia o barrio o y que unidos al alcalde nombraban tres de su mismo seno para averiguar los homicidios y sus autores cuando no había acusador y se ignoraba al delincuente, y cuando habiéndose presentado las pruebas a los alcaldes estos debían fallar dentro del tercer día. Los hombres buenos también suplían la falta de escribanos antes de que estos hayan sido instituidos. Además, significaba persona de valía y distinción, adornada de las calidades necesarias para dar testimonio en juicio, así como los prelados y los hombres ricos y los maestros de las órdenes y los hombres buenos de las ciudades y de las villas grandes. Por hombre bueno se entiende no el juez sino el mediador que acompaña al actor y demandado en los juicios de conciliación y verbales». Esta institución de origen medioeval se encarna con la figura de los “omes bonos” que debían intervenir para dirimir los conflictos entre regantes». Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Madrid: Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, 1847), 101-2, <<https://books.google.com>>

En la carta política de 1869,¹⁰² la propiedad es asumida como una garantía, declarándose que «nadie podrá ser privado de su propiedad o del derecho que á [sic] ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial» o en caso de expropiación por causa de utilidad pública declarada por ley expresa, posterior a lo cual «se dará inmediatamente al dueño el precio que se ajustare con él o la suma en que se avaluare, á [sic] juicio de hombres buenos». En la ley suprema de 1878,¹⁰³ la cláusula del «juicio de hombres buenos» desaparece y se continúa con ese esquema en la Constitución de 1884.¹⁰⁴

En la Constitución de 1897, se mantiene la misma estructura por hallarse en un estado de transición entre el sistema económico conservador terrateniente y el liberal agroexportador¹⁰⁵ instaurado con la Revolución liberal de 1895. Posteriormente, en la Constitución de 1906 se cataloga a la propiedad como un derecho esencialmente individual que se lo ejerce sin que nadie pueda ser privado de sus bienes, sino en virtud de sentencia judicial o por causa de utilidad pública, en cuyo caso deberá ser previamente indemnizado el propietario, con el valor del bien expropiado.¹⁰⁶

.ec/books?id=PPXAfHbD3xEC&pg=PA267&lpg=PA267&dq=juicio+de+hombres+buenos&source=bl&ots=rB_DUXCr30&sig=Voij77pYpi87MrUec8H9treb2uo&hl=en&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=juicio%20de%20hombres%20buenos&f=false.

102 Ecuador Convención Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1869*, tít. XI «De las garantías», art. 98, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1869/0B300FAEAD230074166AD54D3DD8A23F7DAC4CEB.pdf>.

103 Ecuador Asamblea Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1878*, tít. 2 «De los ecuatorianos, de sus deberes y derechos políticos», 3.ª sección «De las garantías», art. 17, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1878/D62571CDEC53E95AC78A42D0590BFF337DDDCDCEAD.pdf>.

104 Ecuador Asamblea Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1884*, tít. 4 «De las garantías», art. 25, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1884/DE10FE2107989572110A22F64F0CA9AFB304A77C.pdf>.

105 Ecuador Asamblea Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1897*, tít. 4 «De las garantías», art. 16, <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1897/40F78B9F7B6A020A5D9DD59E760F011CDEE0F285.pdf>.

106 Ecuador Asamblea Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1906*, Registro Oficial 262, 24 de diciembre de 1906, tít. 6 «De las garantías individuales y políticas», art. vigésimo sexto.

La Constitución de 1929,¹⁰⁷ si bien mantiene al «derecho de propiedad» como sinónimo de garantía (y específicamente como «garantía fundamental»), lo concibe como un derecho no simplemente de raíz civilista, sino con matiz social e incidencia económica. En efecto, el ejercicio de este derecho se allana «a las restricciones que exijan las necesidades y el progreso sociales», y supone disposición legal expresa para imponer limitaciones y servidumbres «a favor de los intereses generales del Estado, del desenvolvimiento económico nacional y del bienestar y salubridad públicos».

Con el influjo de las ideas socialistas, la carta magna de 1945 no entendió al derecho de propiedad como un derecho de simple ejercicio individual y le dedicó una sección expresa (la cuarta, denominada «De la economía»). Lo reguló con una perspectiva económica por la que «debe responder a principios de justicia social», orientando su ejercicio «con las limitaciones que exijan las necesidades sociales de acuerdo con la ley» y definiendo a la propiedad en función de las obligaciones sociales que esta crea, subordinando la utilización de la riqueza a los «intereses de la colectividad». La innovación constitucional es el tratamiento que se hace a la propiedad como factor determinante en el régimen de la economía nacional, guardando que toda expropiación se realice solamente por «causa de utilidad social o pública, con la justa indemnización», de acuerdo con la ley.¹⁰⁸

Después de un año y medio, en la Constitución de 1946 la vocación anterior gira en otro rumbo, aunque manteniendo su función social. De hecho, en la parte segunda «Normas de acción» se asigna la propiedad al título I «Preceptos fundamentales», incluyendo a la «conciliación» entre el derecho individual y la «función social» de la propiedad. Se mantiene la prohibición de privar la propiedad y la posesión de los bienes, con excepción de hacerlo en virtud de mandato judicial o de expropiación atribuible al «Fisco, las Municipalidades y las demás Instituciones de Derecho Público» solo por causas de utilidad pública, dentro de la

107 Ecuador Asamblea Nacional, *Constitución de la República del Ecuador de 1929*, Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929, tít. XIII «De las garantías fundamentales», art. 151.

108 Ecuador Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador de 1945*, Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945, tít. décimo tercero «De las garantías fundamentales», sección cuarta «De la economía», art. 146.

cuales figuran la «construcción, ensanche y mejora de caminos, ferrocarriles, campos de aviación y poblaciones, se regirá por leyes especiales».¹⁰⁹ Sin embargo, no se menciona que debe mediar indemnización, ya que al prohibirse la confiscación constituiría un elemento integrante del derecho de expropiación y, por lo tanto, estaría implícito.

La de 1967 es una Constitución reglamentaria: dedica trece artículos (del 47 al 60) a normar al derecho de propiedad. Entre ellos se destacan las disposiciones normativas en las que se ratifica el límite de la propiedad privada con la función social «que le es inherente» y la facultad estatal para expropiar por «causa de utilidad pública o de interés social reconociendo la justa indemnización»; el tratamiento que le da como un elemento del sistema económico en el que «el aprovechamiento de los recursos naturales, cualesquiera sean sus dueños, se regulará de acuerdo con las necesidades de la economía nacional»;¹¹⁰ y la determinación de los bienes de propiedad estatal.

Finalmente, en el último período democrático han regido tres constituciones. En la Constitución aprobada en el referéndum del 15 de enero de 1978,¹¹¹ se incluyó a la propiedad en la sección III «De la propiedad», del título III «De la economía». En el articulado se confirma el avance en esta materia en relación con la expropiación estatal, que puede darse previa justa indemnización «para fines de orden social para sí o para cualquiera de los demás sectores», con facultades atribuidas a las municipalidades para expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro de los centros urbanos, y hacer efectivo el derecho a la vivienda.

Lo llamativo es que en la sección II «De los sectores de la economía» que le antecede, se conjuga a la propiedad con el sistema económico, asignando a cada sector de la economía el correspondiente tipo de propiedad: el sector público, compuesto por las empresas estatales; el sector de economía mixto, integrado por las empresas privadas asociadas

109 Ecuador Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1946*, Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946, parte segunda «Normas de acción», tít. I «Preceptos fundamentales», art. 183.

110 Ecuador Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política del Estado ecuatoriano de 1967*, Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967, tít. IV «De los derechos, deberes y garantías», cap. V «De la propiedad», art. 47-9 y 51-9.

111 Por expreso mandato de su primera disposición transitoria, esta Constitución reigió desde el 10 de agosto de 1979, «con la posesión del Presidente y Vicepresidente de la República, elegidos por voto popular».

con instituciones públicas; el sector comunitario o de autogestión, cuya propiedad y gestión pertenezcan a la comunidad de personas que trabajen permanente en ellas; y el sector privado, conformado por empresas cuya propiedad corresponde a personas naturales o jurídicas de derecho privado.¹¹²

Las constituciones de 1998 y la de 2008 siguen el mismo esquema de normar integralmente el régimen de la propiedad privada con el régimen económico, manteniendo las facultades subjetivas de su ejercicio con las limitaciones relativas a los «fines de orden social» de la propiedad «en cualquiera de sus formas».¹¹³ En el primer caso, dentro de un «sistema de economía social de mercado»,¹¹⁴ y en el segundo, supeditándolas a la «función y responsabilidad social y ambiental»¹¹⁵ en un «sistema económico social y solidario».¹¹⁶

En conclusión, la propiedad en el derecho constitucional ecuatoriano ha evolucionado desde una visión individualista en la que el derecho era sinónimo de dominio y de alcance simplemente civil, hasta un enfoque funcionalista basado, de una parte, en la función y responsabilidad social y ambiental a las que se subordina el ejercicio subjetivo del derecho; y de otra, en la incidencia que tiene en la modelización del sistema económico como medio de producción y factor de desarrollo e igualdad social.

NATURALEZA JURÍDICA, CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

NATURALEZA JURÍDICA MIXTA

El derecho a la propiedad tiene un doble carácter: es civil y patrimonial, y es económico con incidencia social y cultural. Se anota, de una parte, que el derecho «se acerca a la naturaleza de un derecho

112 Ecuador Primera Comisión de Reestructuración Jurídica del Estado, *Constitución Política del Estado ecuatoriano de 1979*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, tít. III «De la economía», sección II «De los sectores de la economía», sección III «De la propiedad», arts. 46-51.

113 Ecuador Asamblea, *Constitución Política del Ecuador de 1998*, arts. 30-3.

114 *Ibíd.*, art. 244.

115 Ecuador Asamblea, *Constitución 2008*, art. 66.

116 *Ibíd.*, art. 283.

económico, social y cultural, más que a un derecho civil»,¹¹⁷ y de otra, que el concepto de *bienes* es determinante al momento de establecer la naturaleza del derecho, en función de su alcance y protección, más allá de la definición técnica de la legislación interna.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, consideró que: «122. Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor».¹¹⁸

En cuanto se refiere al elemento subjetivo del derecho, el derecho de propiedad privada es un derecho ciudadano, con una doble garantía: la individual, que le asiste al titular del derecho real sobre un bien; y la institucional, por la función social de competencia estatal para superponer el interés público sobre el particular y ejecutar planes de desarrollo social, bienestar colectivo y cuidado ambiental, de conformidad con el art. 323 de la Constitución. Por consiguiente, confluyen dos vertientes que componen el derecho: una individual, de ejercicio subjetivo de quien ostenta el dominio y controla determinadas cosas; y otra, de carácter social, en la que el propietario del bien no es privilegiado por ser su dueño, ni el bien se abstrae de la vida en comunidad. La primera se debilita y cede ante la segunda que predomina.

El actual concepto constitucional desconoce a la propiedad como un atributo de la personalidad¹¹⁹ y establece uno que se delinea, primero, en

117 Salmón Gárate y Blanco Vizarrata, «El derecho a la propiedad», 15.

118 En los casos: *Cinco pensionistas vs. Perú*, *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*; y *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, la Corte Americana de Derechos Humanos incluyó como bien sujeto a la protección del art. 21 de la convención, también al «derecho adquirido a la pensión»; y en los casos *Palamara Iribarne vs. Chile*, hizo lo propio respecto del derecho de propiedad intelectual contenida en medios impresos o electrónicos, *ibíd.*, 23-4.

119 En este aspecto, es necesario acotar que si bien el derecho de propiedad es un «derecho real» que una persona natural o jurídica ejercen sobre un bien, sin respecto de persona determinada, en el ámbito de la propiedad como derecho humano de protección, así como de garantía y respeto estatal, en el sistema interamericano de derechos humanos solamente las personas humanas pueden ser sujeto de protección, por lo que la propiedad torna en un «derecho personal», según lo dictaminado por la

el «acceso a la propiedad» como obligación que, en función de la capacidad de obrar del ciudadano (derecho subjetivo), el Estado debe garantizar mediante la «adopción de políticas públicas» y después en reconocer y garantizar la propiedad «en todas sus formas», como se determina en el art. 66.26 de la Constitución. Esta expresión abarca también a las especies y tiene dos funciones: una que se extiende al amparo de todos los bienes corporales e incorporales, esto es, a todos los bienes patrimoniales —excluyendo a todos aquellos que pudieren tener cierta consecuencia económica¹²⁰ a criterio arbitrario del operador jurídico—,¹²¹ y otra respecto de la distinción de la esencia del dominio público sobre bienes muebles e inmuebles y de la afectación del Estado a los bienes de dominio particular, que la jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia, como se ha visto, ha resuelto en sus fallos de casación.

La naturaleza de la propiedad hace que su definición sea determinante, precisamente por ser un concepto complejo en el que la constitución del contenido jurídico del derecho ha ido reconfigurándose. Esto ha ocurrido por el avance del pensamiento jurídico a partir de la deconstrucción del concepto liberal y del desmontaje de la estructura

Corte Americana de Derechos Humanos en el *Caso Ivcher Bornstein vs. Perú* (sentencia de fondo, 6 de febrero de 2001). Salmón Gárate y Blanco Vizarreta, «El derecho a la propiedad», 29.

120 En Chile, por ejemplo, se denuncia el uso extremista del amparo vía protección constitucional para denunciar como supuesta violación constitucional al derecho de propiedad, en asuntos con incidencia económica de ninguna naturaleza patrimonial: «aplicación de normas estatutarias; de sanciones administrativas; a la propiedad sobre el empleo, a la propiedad sobre el derecho a desarrollar una carrera en que se está matriculado; a la propiedad sobre un contrato (y no protección a los derechos personales que emanan de él), incluyendo aspectos de la autonomía de la voluntad». Lizana, «Tutela jurisdiccional», 158-9.

121 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 214-SEP-CC, caso n.º 1883-12-EP; Sentencia n.º 050-15-SEP-CC, caso n.º 1888-12-EP*. En estos casos, la Corte Constitucional conoció distintos procesos iniciados por demandas presentadas por un mismo demandante, que dedujo sendas acciones extraordinarias de protección en contra de dos diferentes sentencias laborales, emitidas por los jueces de trabajo de Cotopaxi que aceptaron demandas por supuesto despido intempestivo de un mismo empleador, el cual, entre otros derechos constitucionales, como el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (respecto de los cuales, la Corte Constitucional finalmente resolvió declarar que hubo vulneración al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa) alegó haberse vulnerado el derecho constitucional a la propiedad.

de la jerarquía de voluntades, encabezada por el titular del derecho, hasta una refundación a partir de la teoría social del Estado, la primacía del interés público o social sobre el particular, y la responsabilidad social y ambiental.

EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y EL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

La definición semántica de la *propiedad* la hace el *Diccionario de la lengua española*: «derecho o facultad de poseer algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales»,¹²² y parte del concepto del control sobre una cosa y el derecho legal para disponer de ella, es decir, del derecho subjetivo, si bien en un sentido no filosófico ni tampoco jurídico, sino lingüístico y comunicativo. A pesar de ser esa una definición convencionalmente aceptada, no es la restrictivamente correspondiente a este derecho, porque esa se obtiene analizando su contenido. La definición de contenido como aquello estructuralmente constitutivo de la tipología del derecho permite escrutar su naturaleza en función de sus componentes, sobre la base de los principios de titularidad y de aplicación de los derechos, establecidos en los art. 10 y 11 de la Constitución.

A la luz de los preceptos constitucionales y en conexión con los valores que lo fundamentan y las finalidades para las cuales el Estado tiene obligación jurídica de reconocer, respetar, proteger y garantizar —principio de responsabilidad: art. 11.9 de la Constitución—, como resultado de la interpretación sistémica y unitaria que se haga de la disposición normativa que lo define, el contenido del derecho es la identidad del derecho constitucionalmente protegido en consonancia con el Estado constitucional de derechos y justicia (art. 1). Es la constitución genética del derecho constitucional que evoluciona acompasada con las necesidades históricas, en función de la aplicación directa de los derechos y garantías, y sin condiciones ni requisitos distintos de los establecidos en la Constitución y los instrumentos de derechos humanos (principios de aplicación directa y de plena justiciabilidad: art. 3); sin excluir los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos, comunidades y nacionalidades (principio de cláusula abierta: art. 11.7).

122 Real Academia Española, *Definición de «propiedad»*, *Diccionario de la lengua española*, accedido 20 de febrero de 2019, <<https://dle.rae.es/?id=UNs0WGy>>.

Su utilización práctica y aplicación debe efectuarse de la forma que más favorezca a su efectiva vigencia (principio pro persona: art. 5), guardando que los derechos sean ejercidos en beneficio igualitario por todos los ciudadanos indiscriminadamente y con las mismas oportunidades (principio de igualdad en la diversidad y no discriminación: art. 11.2). No habrá ninguna restricción que normativamente pueda serle impuesto por la legislación para desnaturalizarlo (principio de no restricción: art. 11.4) que menoscabe o restrinja derechos, o que atente contra su desarrollo progresivo con la normativa, la jurisprudencia y las políticas públicas (principio de progresividad: art. 11.8). Además, se debe respetar la capacidad de ejercicio del resto de derechos por ser parte de un sistema articulado, en el que todos los derechos constitucionales reconocidos son del mismo nivel jerárquico y, por tanto, no son de ilimitado ejercicio (principio de igualdad jerárquica: art. 11.6) y les corresponde tutela constitucional sin que quepa clasificarlos en «fundamentales» o «patrimoniales», pues, «esa distinción [...] es ajena al constitucionalismo ecuatoriano», como acertadamente lo aclaran Claudia Storini y Marco Navas.¹²³

A efectos de determinar el contenido de un derecho, se debe, entonces, delimitar su alcance interpretando la disposición normativa, de modo que la norma de derecho resultante de la interpretación cree una relación jurídica obligacional entre el sujeto activo titular del derecho constitucionalmente protegido y el sujeto pasivo sobre el cual recae la obligación prestacional de cumplir con su realización. A decir de Pérez Luño, esa interpretación no cabe hacerla sino considerando a los derechos fundamentales como sistema dotado de una

[U]nidad de sentido que, a continuación, se reitera con la exigencia de que los derechos y libertades constitucionales sean interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU y los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, en materia de derechos fundamentales. Unidad que se refleja también en el reconocimiento constitucional de un contenido esencial de los derechos fundamentales, lo que supone aceptar que estos poseen un núcleo previo cuya objetividad deberá respetar el propio legislador (estas tesis han hallado amplio eco en la jurisprudencia constitucional).¹²⁴

123 Storini y Navas, *La acción*, 150.

124 Antonio Pérez Luño, «Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales», en Ferrer Mac-Gregor, *La ciencia del derecho*, 427.

EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

El reconocimiento y la garantía con los que la Constitución acredita al derecho a la propiedad en todas sus formas no son meramente declarativos, sino que son conceptualmente protectores de la facultad individual de acceder, tener, usar, gozar y disponer libremente de un bien, supeditada al cumplimiento de la cláusula obligacional de ejercerla, observando la función y responsabilidad social y ambiental, y los fines de utilidad pública o interés social y nacional.

El contenido del derecho a la propiedad privada comprende «el derecho de tener, disponer y utilizar la propiedad, no solo por los propietarios actuales sino también asegura que las generaciones futuras tengan acceso a la propiedad privada, pero la reserva social [...] exige garantizar que el uso de la propiedad sirva al bien público».¹²⁵

Consiguientemente, el contenido del derecho a la propiedad es la confluencia del derecho subjetivo de utilidad individual con la función y responsabilidad social y ambiental. Es una relación de subordinación donde el primero está bajo las segundas que limitan su ejercicio sin que, por ello, estas constituyan un presupuesto jurídico externo ajeno al tipo jurídico, sino que forman parte integrante del derecho. Esto se debe a que en la matriz ideológica constitucional del Estado constitucional de derechos y justicia, la propiedad constituye un elemento fundamental en el desarrollo económico, en el que el interés público y la función social priman por ser postulados constitucionales que moderan el ejercicio residual individualista. En la sentencia n.º STC 37/1987, el Tribunal Constitucional español definió a la propiedad privada en función de la doctrina del contenido esencial —a partir de una visión de la teoría relativa—,¹²⁶ diciendo que

125 Juan Asenjo, citado Goig Martínez, «Los derechos económicos», 421.

126 Según la teoría absoluta del contenido esencial del derecho fundamental, este tiene dos núcleos: uno esencial, mínimo y reducido, y otro no esencial, accidental, periférico. Al primero, a modo de núcleo duro del derecho, no hay forma institucionalmente legítima (por parte del poder Legislativo) de que se lo pueda afectar o restringir en su contenido mínimo; y al segundo, razonablemente puede estar a disposición para su restricción o limitación por parte del legislador. En cambio, la teoría relativa afirma que el contenido de un derecho fundamental se encuentra conformado por un contenido único o uniforme —no por un núcleo duro irreductible y una periferia—, que vincula al legislador de modo débil o relativo, en otras palabras, que toda

[L]a fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir genéricamente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su especie, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente [sic] el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.¹²⁷

La definición citada permite entender el contenido del derecho a la propiedad como una estructura compuesta por dos derechos que se amalgaman: el individual subjetivo y el público funcionalista. No obstante, tipológicamente no es un complejo de contenidos, uno esencial (mínimo, central y reducido) y otro no esencial (exterior, accidental o periférico); su contenido es único y uniforme, en el que converge el derecho subjetivo de propiedad con el derecho estatal para afectarlo por causas de interés público.

Ambos forman parte de un solo contenido, que es la protección constitucional ante la invasión del Estado o de otro poder corporativo que transgreda las facultades o competencias establecidas y los límites constitucionalmente fijados. El «contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad está dado, por un lado, por la garantía de su no privación arbitraria y, por el otro, por los poderes de uso, disfrute y disposición».¹²⁸

Cualquier acto de privación del derecho debe cumplir con los mandatos constitucionales y las disposiciones legales. Además, todo acto derivado de poder jurídico, esto es, de la capacidad de crear situaciones jurídicas que se relacionen con su ejercicio, es jurídicamente protegido. Sin embargo, los atributos de la propiedad de contenido estrictamente legal —como, por ejemplo, la posesión, la reivindicación o la usurpación— son objeto de protección y discusión en la jurisdicción ordinaria y no en la constitucional.

restricción en el ejercicio de un derecho tiene que ser razonable». Abraham García Chávarri, «La protección constitucional del derecho de propiedad: Alcances sobre sus contenidos esencial y constitucional», en *Estudios sobre la propiedad*, ed. Giovanni Priori Posada (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012), 312.

127 Goig Martínez, «Los derechos económicos», 421.

128 García Chávarri, «La protección constitucional», 318-9.

La Corte Constitucional, en la sentencia 003-09-SEP-CC, define al contenido esencial como una cláusula que permite

mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, el bien que protegen, su finalidad y su ejercicio fundacional [...] es determinable con razonabilidad, y que el contenido esencial se delimita desde el bien humano protegido por el derecho, es decir, desde la finalidad del derecho mismo, lo cual evidencia la armonización y el ajustamiento con otros bienes igualmente humanos y con otras pretensiones igualmente dignas en convertirse en derechos.¹²⁹

Y, en la misma línea, acoge lo afirmado por Luis López Guerra: «es aquella parte del contenido del derecho sin la cual este pierde su peculiaridad; lo que hace que sea reconocible como derecho pertinente a un determinado tipo. Aquella parte del contenido que es necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».¹³⁰

EL DERECHO SUBJETIVO DE PROPIEDAD PRIVADA

El art. 599 del Código Civil establece: «El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad».¹³¹

El derecho de usar, gozar y disponer del bien, supone facultades de goce o aprovechamiento y facultades de disposición que constituyen la vertiente individual del derecho. Las primeras, según Carrión Eguiguren,¹³² siguiendo a Planiol, caracterizan al derecho de propiedad como: perpetuo, porque su persistencia dura mientras no se extinga el bien sobre el que recae, sin caducidad que haga fenecer el dominio por

129 Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia n.º 003-09-SEP-CC, caso n.º 0064-08-EP*.

130 Luis López Guerra, «El contenido esencial de los derechos», *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado*, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, 87, citado por Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia n.º 012-09-SEP-CC, caso n.º 0048-08-EP*.

131 Ecuador Congreso Nacional, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005, art. 599.

132 Carrión Eguiguren, *Curso de derecho*, 13.

no usarlo a menos que otro adquiriera el mismo derecho, mediante la prescripción; exclusivo, ya que el goce del bien es atribuible al dueño sobre la intromisión de ajenos, aunque por las limitaciones que la misma ley civil establece, como por ejemplo, las servidumbres o la misma propiedad fiduciaria, la exclusividad sería relativa; y real pues se impetra en el poder que ejerce sobre una cosa, y al que terceros le deben respeto.

Las facultades de disposición hacen a la propiedad un derecho pleno,¹³³ autónomo e irrevocable, cuyo ejercicio comporta, respectivamente, un conjunto de atribuciones que no dependen de ningún otro derecho y cuyo titular debe observar los límites establecidos en la ley y por el derecho ajeno, sin que su extinción o transmisión dependan de más voluntad que la del dueño.¹³⁴

La dispositiva es la facultad característica del dominio, el cual le confiere al titular del derecho el poder suficiente para disponer del bien (elemento real del dominio), de las cosas corporales e incorporeales (derechos reales y derechos personales), de acuerdo con la autonomía de su voluntad (elemento personal del dominio); aunque sí existen ciertas prohibiciones no permanentes sino temporales, que son inherentes a la naturaleza del derecho y están establecidas en la ley, como por ejemplo la del art. 764 del Código Civil, que establece la facultad del constituyente de prohibir la enajenación de un bien sujeto al régimen de propiedad fiduciaria.

Este concepto integra, incluso, normativa internacional que regula que las facultades de aprovechamiento y de disposición se subordinen al interés social manifestado racionalmente con la ley. Según su art. 21.2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que el ejercicio del derecho a la propiedad privada supone que la tenencia, uso y goce de los bienes se subordinen al del interés social, sin que ninguna persona pueda ser privada de sus bienes sin observarse

133 La plenitud del derecho abarca pretensiones de usar y gozar del bien, o de no hacerlo, inclusive el de establecer voluntariamente limitaciones y gravarlo con derechos reales, transar con él y entablar relaciones jurídicas sinalagmáticas de causa y objeto lícitos, y también de inmunidad frente a la confiscación (prohibida constitucionalmente). Pincione, «Filosofía de la propiedad», 2410.

134 Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-189/06, Expediente D-5948: Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 13 (parcial) de la ley 2.ª de 1959*, 15 de marzo de 2006.

requisitos que no sean los establecidos en la Constitución y los instrumentos de derechos humanos.

Entre la vertiente individual del derecho a la propiedad privada y la vertiente social, figura el fin social de la propiedad, que tiene un rango superior al fin individual. Esa limitación, de orden legal, comporta, asimismo, que solamente mediante acto normativo legislativo se pueda restringir los atributos de la propiedad privada, sin afectar seriamente a la esencia del derecho «con medidas como privar o reducir gravemente el derecho de uso, goce o disposición», ya que «solamente el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social».¹³⁵ Esto obedece a que, por el principio de legalidad, los órganos estatales —y en general quienes actúen en ejercicio de la potestad estatal— únicamente pueden cumplir las funciones, desarrollar las competencias y ejercer las facultades atribuidas en la Constitución y la ley, según lo establece el art. 226 de la carta magna.

CRITERIO FUNCIONALISTA DE LA PROPIEDAD

El límite al ejercicio del derecho se encuentra establecido constitucionalmente y se conforma por las funciones social y ambiental inherentes al dominio, establecidas en el num del art. 6 de la Constitución. Sobre esta base jurídica deben realizarse los actos normativos infraconstitucionales, esto es, los legislativos, las políticas públicas o los de carácter administrativo, mediante los cuales se afecta el derecho individual por razones de utilidad pública o interés social o nacional, encaminados a garantizar el interés público.

El interés social es el fundamento de la actividad administrativa del Estado que se identifica con el bien común, es decir, con el interés de la sociedad encarnado en el Estado, por medio de los distintos niveles de gobierno (estatal, regional, provincial, local). Es el beneficio o conveniencia distintos del interés privado, en general, o del propietario, en particular, y al que es asimilable el adjetivo *público* como término con el que se identifica al colectivo social. Además, es consonante con la «planificación del desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza, la

135 Chile Tribunal Constitucional, *Sentencia recaída en rol n.º 146*, citado por Lizana, «Tutela jurisdiccional», 163.

promoción del desarrollo sustentable y la redistribución de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir»,¹³⁶ como deber primordial del Estado, establecido por el art. 3.5 de la Constitución, concordante con el art. 11.9 que vincula al Estado con el deber de garantizar el respeto de los derechos constitucionales.

El ejercicio del derecho a la propiedad privada, entonces, deviene relativo ante el interés social «lo que a su vez se convierte en una clara manifestación del principio de primacía del interés público o social sobre el interés privado del propietario».¹³⁷ El interés nacional es extensivo, es decir, comprende la conveniencia o intereses del país. Sobre la base de esta relación de subordinación —y de los preceptos constitucionales del régimen de desarrollo instituidos en los arts. 276, 277 y 278, así como del régimen del buen vivir dispuestos en los arts. 340 al 342—, la utilidad privada del bien cede a la utilidad pública.

La utilidad pública es un concepto de derecho administrativo que consiste en la sustitución del Estado al particular como propietario de un bien, con el propósito de conseguir un beneficio colectivo, destinando el bien expropiado a la realización o prestación de una obra o servicios públicos. Sin embargo, si se interpretan las disposiciones normativas constitucionales citadas *ut supra*, integrándolas en torno a la definición constitucional que del régimen de desarrollo hace el art. 275 como un «conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*»,¹³⁸ entonces se amplía el alcance conceptual hasta admitir casos en los cuales un particular sustituye al propietario en el goce del bien expropiado. Esto puede ocurrir siempre que forme parte de una colectividad que se beneficie de acciones y políticas públicas para satisfacer:

necesidades económicas, sociales, sanitarias e inclusive estéticas, que pueden requerirse en determinada población, tales como empresas para beneficio colectivo, hospitales, escuelas, unidades habitacionales, parques,

136 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 3.5.

137 Colombia Corte, *Sentencia C-189/06*.

138 Cuyo funcionamiento es de responsabilidad estatal con las herramientas de planificación del desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y la consecución de los principios constitucionales.

zonas ecológicas, entre otros, dado que el derecho a la propiedad privada está delimitado en la Constitución Federal en razón de su función social. Por ello, atendiendo a esa función y a las necesidades socioeconómicas que se presente, es evidente que no siempre el Estado por sí mismo podrá satisfacerlas, sino que deberá recurrir a otros medios, como autorizar a un particular para que preste un servicio público o realice una obra en beneficio inmediato de un sector social y mediato de toda la sociedad.¹³⁹

Por tanto, las razones de utilidad pública o interés social y nacional, a las que alude el art. 323 de la Constitución como elementos que motivarían la resolución de expropiar bienes privados, son ciertamente causas de beneficio colectivo que justificarían, como presupuestos fácticos, la activación de las garantías de procedimiento y procesales para que el Estado pueda cumplir con sus objetivos de desarrollo para la realización del buen vivir. Esas causas son:

a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional.¹⁴⁰

La función social de la propiedad es un concepto con simiente en el derecho político, fundado en la teoría solidarista del Estado de León Duguit, y que considera que las reglas jurídicas y, en general, los criterios de valor y las relaciones jurídicas infieren de los hechos sociales. Por lo tanto, el derecho objetivo comporta una regla de conducta social que trasciende la individualidad de las personas que, al ser parte de grupos sociales, se unen a partir de la asistencia de las necesidades que les son comunes, por intermedio de la prestación y comercio de servicios a los que se llega por la solidaridad y la división social del trabajo.¹⁴¹

139 México Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de inconstitucionalidad 18/2004*, tesis jurisprudencial n.º 39/2006, 16 de febrero de 2006.

140 *Ibíd.*

141 León Duguit, citado por Rafael Aguilera Portales y Diana Espino Tapia, «Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado social», *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política* n.º 12 (2010): 53, <<http://universitas.idhbc.es/n12/12-05.pdf>>.

La influencia de las revoluciones mexicana (1911) y rusa (1917), y la potencia de los derechos sociales, reformularon doctrinariamente a los derechos fundamentales a partir de la refundación del concepto de democracia con sus bastiones, la igualdad y la libertad, y la construcción del Estado social de derecho como concepto político en el que los derechos sociales no son contradictorios con los derechos de libertad, sino que son su natural correlato.¹⁴² A partir de la primera posguerra mundial, se incorporaron los derechos sociales en las cartas constitucionales para elevar su jerarquía y asegurar su cumplimiento, consagrándolos junto con los demás derechos de la persona humana. Esto transformó la doctrina de los derechos humanos. Inició la doctrina del constitucionalismo social¹⁴³ y tuvo en las constituciones mexicana de Querétaro de 1917, la soviética de 1918 y la alemana de Weimar de 1919 a sus ejemplos más señeros.

Esa influencia permeó a la propiedad con una característica ajena hasta esa época, su función social, sobre la cual Rodrigo Borja Cevallos sostiene:

En los tiempos contemporáneos se ha *desacralizado el derecho de propiedad*. Ha sido sometido a un profundo proceso de revisión, al igual que varios otros conceptos jurídicos tradicionales. De este proceso ha surgido el concepto de la función social de la propiedad que implica un acondicionamiento de los derechos económicos individuales en el marco del interés social. Significa, concretamente, la limitación del derecho de propiedad por causa de utilidad común. Se considera que el propietario de un bien desempeña una función pública: está obligado a hacerlo producir no solo para él sino para la colectividad toda. No es permitido al propietario, en consecuencia, mantener ociosos los bienes que posee. Está moral y jurídicamente obligado a hacerlos producir: debe cumplir la responsabilidad social de aumentar la riqueza común. Si tiene tierras, debe cultivarlas; si tiene fábricas, hacerlas rendir. Si no cumple esa tarea, la sociedad debe intervenir en esos bienes para darles un destino socialmente útil. En una palabra, el interés del propietario ha de subordinarse al interés de la colectividad —y no al revés— a fin de que sea factible la utilización plena, racional e intensa de los recursos humanos, naturales, financieros y tecnológicos en una sociedad.¹⁴⁴

142 Gerardo Pisarello, citado por Aguilera Portales y Espino Tapia, «Repensar a León Duguit», 51.

143 Borja, *Enciclopedia*, 1: 244-6.

144 *Ibíd.*, 2: 1141.

Entonces, la función social es consustancial a la propiedad, al igual que la función ambiental, por lo que constituyen elementos que delimitan o perfilan, en definitiva, que constriñen o delimitan el contenido interno del derecho a la propiedad. Para Francisca López Quetglas, en cambio, la función social no constituye un límite interno del contenido del derecho de propiedad, «no pudiendo interpretarse como un elemento connatural al derecho a la propiedad privada y no formando parte de su contenido esencial», sino que, confirmando lo que Joaquín Brage Camazano sostiene, «la función social verdaderamente opera como límite explícito de contenido material del derecho de propiedad, lo que supone, de un lado, que no pueden existir otras limitaciones al derecho de propiedad fuera de los que puedan encajarse expropiatorios»,¹⁴⁵ si bien reconoce el carácter limitado del derecho de propiedad —sin que esto haga del derecho de propiedad un derecho no fundamental—¹⁴⁶ y la función social que debe cumplir.

Vidal Rivera Sabatés, sin alinearse en el radicalismo de López Quetglas, le confiere al derecho subjetivo igual importancia que a la función social, rescatándolo de la voluntad, discrecionalidad o arbitrariedad de

145 López Quetglas, «El derecho a la propiedad», 357.

146 La postura de esta autora se sustenta en que la disposición normativa del art. 53.1 de la Constitución española, que dispone que los derechos y libertades reconocidos en el cap. segundo «Derechos y libertades», del tít. I «De los derechos y deberes fundamentales», «vinculan a todos los poderes públicos», y, por lo tanto, limitan las actuaciones legislativas, administrativas y del poder judicial, de modo que en ningún caso vulneren el contenido esencial del derecho, que viene a ser lo que caracteriza a los derechos fundamentales, mas no la procedibilidad de ser exigibles mediante la vía del amparo. *Ibíd.*, 340.

Al respecto, el letrado del Tribunal Constitucional español, Juan Luis Requejo Pagés, citando la sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 67/1988, de 18 de abril de 1988, FJ 4), dice: «La circunstancia de que el derecho de propiedad no figure entre los derechos susceptibles de amparo no supone, sin embargo, [su] desprotección [...], sino solo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el art. 53.2 de la Constitución confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y sus garantías». Juan Luis Requejo Pagés, «La propiedad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», *Tribunal Constitucional de España*, accedido 7 de noviembre de 2018, 2, <www.tribunalconstitucional.es/fr/actividades/Documents/Ponencia%20Trilateral%202009%20Lisboa.pdf>.

la administración estatal, apreciando su valor a partir del interés general, y su correspondiente tutela constitucional. Este autor sostiene que la función social «no se trata de un mero límite externo a la noción de propiedad, sino que constituye una parte del derecho [...]. Por función social hemos de considerar, con apoyo en el art. 128.1 de aquel texto, que se halla supeditada al interés general o, con palabras de mayor rai-gambre histórica al bien común», y cierra su juicio citando la sentencia n.º RJ 1981/1147 del Tribunal Constitucional español:

por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad [...] hasta convertirse en derecho de los llamados estatutarios, su declinación, respecto del sentido que ha tenido en sus momentos de mayor esplendor, hasta el *ius abutendi*, no puede llegar al extremo de reducirlo a un derecho inerte, totalmente sometido a cuantas prohibiciones tengan a bien adoptar las distintas autoridades administrativas [...] y no puede llegar a esos extremos porque la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparado en la cobertura legal que proporciona el Código Civil.¹⁴⁷

Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos habla de la necesidad de que el derecho civil de propiedad se acompañe con los valores constitucionales y afirma que de la propiedad «como concepto básico» se ha pasado a una pluralidad «de las propiedades», generándose «una fractura del concepto unitario de la propiedad, dando paso a una suma de propiedades con menos elementos comunes de la que en principio pudiera pensarse: la propiedad urbanística, la propiedad de las aguas, la propiedad de los títulos valores, la propiedad de los objetos de arte, la propiedad agraria», según la materia sobre lo que se tenga dominio, debido a la intervención del Estado «más allá de cualquier ideología».

Este autor admite que la transmutación del derecho civil se debe a la cada vez mayor influencia constitucional, en virtud de la cual la inquietud dogmática clásica del derecho civil relacionada con el estatus formal existente entre el propietario y los modos de adquirir (transferir

147 Vidal Rivera Sabatés, «La propiedad privada y su índole elástica», *Foro, nueva época* 16, n.º 2 (2013): 246–8, <http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2013.v16.n2.43938>.

y transmitir) el dominio de las cosas, ha cedido por la trascendencia que tiene el valor material de la propiedad y al cómo se la ejerce «atendiendo, para ello, a ese módulo o valor constitucionalmente consagrado de la función social de la propiedad», situando al medio ambiente, por ejemplo, «como límite de facultades dominicales de otro o como fuente de derecho y deberes, individualiza positivamente a los no propietarios como portadores de un interés difuso a la proyección de ese bien de interés general». Para él, la dinámica del derecho civil ha forjado un proceso dialéctico en el que la formalidad del «tener» atribuible al propietario ha mutado en la materialidad del «actuar, donde prevalece el dato jurídico material y la consideración de la función social que se refleja en el plano del contenido del derecho, desde la perspectiva de su ejercicio, no hay para dilucidar de quién es tal derecho, sino cómo se es propietario».¹⁴⁸

La función ambiental se inscribe en los postulados que la «Constitución ambiental» registra. Al efecto, el autor español Raúl Canosa Usera la adscribe al derecho ambiental, definiéndola como «conjunto de normas jurídicas que regulan bienes ambientales con la finalidad de preservarlos para su disfrute».¹⁴⁹ Por su parte, el jurista mexicano Raúl Brañes dice que es «el conjunto de reglas que se ocupan de la protección jurídica de aquellas condiciones que hacen posible la vida en todas

148 Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, «La propiedad en el ordenamiento constitucional», *Poder Judicial Chiapas*, accedido 20 de febrero de 2019, 1-10, ppje.poderjudicialchiapas.gob.mx/pdfs/1994-10.pdf. En una posición contraria, Ricardo Miñarro Montoya sostiene radicalmente que la función social es un instituto esencialmente político, cambiante como varía el curso y el tiempo de la política, y para quien la función social es mal entendida como una limitación externa a la propiedad de veta constitucional, siendo civil interna del derecho de propiedad, y que la función social «en relación con la propiedad debe ser rechazada. Es evidente que la propiedad, como todos los derechos, desempeña una función, pero esta no es solamente la social, en cuanto que sirve primordialmente al individuo a quien atribuye la cosa que constituye su objeto. La propiedad de cada uno tiene que coexistir con la de los demás, y además existe y se ejercita dentro de la comunidad. Aquí es donde confluyen los intereses del titular y de la comunidad que, desde fuera del derecho, deben ser armonizados por el Estado». Ricardo Miñarro Montoya, «La propiedad desde el punto de vista del derecho civil: Limitaciones del derecho de propiedad», en *Propiedad y derecho civil*, coord. Vicente Guilarte Gutiérrez (Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006), 243-9.

149 Raúl Canosa Usera, *Constitución y medio ambiente* (Lima: Jurista, 2004), 61.

sus formas. Sin embargo, estas condiciones no deben considerarse de manera estática sino dinámica, tal y como se presentan en la realidad».¹⁵⁰

En otras palabras, es de interés público que las actividades de los agentes económicos no atenten contra los bienes naturales o, en general, contra los derechos de la naturaleza, pues, por alcanzar el desarrollo económico, no se puede sacrificar el medio ambiente ni el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación. El interés privado que por antonomasia representa la actividad económica, amén de subordinarse al interés público o social, exige que los ecosistemas sean cuidados y preservados, conforme la institucionalidad normativa y orgánica en materia ambiental.

El desarrollo sostenible implica «la necesidad de compatibilizar, articular y equilibrar el desarrollo humano con el entorno ecológico, de forma tal que las necesidades de la generación presente no comprometan la capacidad de la generación futura para satisfacer sus propias necesidades».¹⁵¹

Ecuador es conocido por su mega biodiversidad, por ejemplo, el patrimonio natural ecuatoriano es único e invaluable, lo cual se declara en el art. 404 de la Constitución. Si al Estado le es necesario dictar políticas públicas destinadas a protegerlo, puede declarar la utilidad pública con fines expropiatorios o establecer, por ejemplo, y como efectivamente existe, un sistema nacional de parques naturales sobre extensiones de tierra que comprenden terrenos de propiedad estatal y privada, sin que los propietarios particulares no puedan sino allanarse a ello y cumplan solamente las actividades permitidas dentro del esquema regulador de la protección ambiental o ecológica. Les está, por consiguiente, prohibido enajenar ni parcialmente el bien afectado.

El acto normativo que restringe el uso, goce y disposición de la propiedad en este caso es la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales, cuyo art. 1 declara de utilidad pública con fines de expropiación «todas las áreas que sean consideradas como zonas de reservas o parques nacionales».¹⁵² Otro ejemplo similar se lo encuentra

150 Raúl Brañes, citado por *ibíd.*, 62.

151 Colombia Corte, *Sentencia C-189/06*.

152 Ecuador Congreso Nacional, *Codificación de la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales (CLPZRPN)*, Registro Oficial 418, 10 de septiembre de 2004, art. 1.

en el art. 2 de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, que, en concordancia con el art. 406 de la Constitución, prohíbe la adquisición del dominio ni de ningún otro derecho real por prescripción sobre las tierras que forman el patrimonio forestal del Estado.¹⁵³ En el art. 1 se declara que pertenecen al patrimonio estatal «las tierras forestales y los bosques que en el futuro ingresen a su dominio, a cualquier título, incluyendo aquellas que legalmente reviertan al Estado. Los manglares, aun aquellos existentes en propiedades particulares, se consideran bienes del Estado y están fuera del comercio».

LA EXPROPIACIÓN

La expropiación forzosa consiste en la privación que el Estado puede realizar de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos. Está dispuesta potestativamente por los órganos públicos por causas de utilidad pública o interés social, previa justa valoración, indemnización y pago del precio por el daño expropiatorio, de conformidad con la ley.

La expropiación forzosa no es un límite a la propiedad privada. Es una potestad constitucional conferida al Estado para privarle al propietario de su autonomía de la voluntad sobre las facultades patrimoniales de aprovechamiento y dispositivas de un bien, cuya transferencia al órgano público competente es necesaria para cumplir los fines estatales, por causas de interés público.

Específicamente, el art. 323 de la Constitución establece: «Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación».¹⁵⁴

De la disposición normativa, se puede apreciar, en primer lugar, sus distintos elementos definatorios, siguiendo la línea analítica de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: los sujetos (uno activo, el Estado que ejerce el derecho potestativo mediante un procedimiento

153 Ecuador Congreso Nacional, *Codificación de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre (CLFCANVS)*, Registro Oficial 418, 10 de septiembre de 2004, art. 2.

154 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 323.

reglado; y otro pasivo, el particular, quien es obligado a ceder su derecho subjetivo); el objeto (un bien corporal o derechos e intereses patrimoniales legítimos); y el contenido (es el concepto de la expropiación, es decir, la privación singular patrimonial). Adicionalmente, se puede identificar la causa (utilidad pública o interés social y nacional); el propósito (la finalidad material de la expropiación, que vendría a ser el objeto para el cual se la efectuó, esto es, para ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo); y las condiciones de ejercicio (procedimiento administrativo de declaratoria de expropiación por razones de utilidad pública, interés social y nacional, previa valoración, indemnización y pago del precio del bien expropiado).¹⁵⁵

Un segundo aspecto es el relativo a la expropiatoria como una facultad pública de cesación de la propiedad y sus efectos sobre el patrimonio privado, pero también como un sistema de garantías al administrado sometido al «sacrificio no exigible»¹⁵⁶ por la decisión estatal que le ha privado de su derecho, sin preexistir obligación jurídica que lo comprometa. Justamente, al formar parte de los derechos de libertad, el derecho a la propiedad es reconocido y garantizado, tanto para su acceso, uso, goce y disposición, como para que el propietario sea reparado por el perjuicio generado por su privación.

En este sentido, operan tres garantías: la primera es la necesidad pública evidente, o sea, la causa expropriandi manifestada en la constatación por la ley de la preexistencia del procedimiento expropiatorio, así como en el fin de utilidad pública y en el destino que para su satisfacción se imponga a los bienes y derechos afectados. La segunda es la indemnización, que debe ser previamente valorada, adecuada, pronta y efectivamente pagada, y debe representar el razonable equilibrio entre el interés general y el del propietario. Para tal efecto, el Estado, de forma proporcional, debe satisfacer el interés social y encontrar un justo equilibrio para vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción.

Esto implica considerar que en la determinación del valor de un bien a ser expropiado se debe tomar en cuenta sus características esenciales,

155 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo* (Bogotá: Temis, 2008), 2:202.

156 *Ibíd.*, 2: 231.

es decir, naturales (como su ubicación o sus características topográficas y ambientales) y jurídicas (como las limitaciones o posibilidades del uso del suelo y su vocación, lo cual significa que cualquier expectativa urbanística que se tenga antes del reconocimiento urbanístico sobre un bien rústico que se planifique destinarlo para un proyecto de vivienda, no debe marcar el precio comercial del bien, como tampoco el justo precio).¹⁵⁷ Además, en relación con las características jurídicas del bien, «uno de los factores que otorgan valor a un predio es su posible uso, vocación y su edificabilidad, por lo que se debe establecer, para efectos de evaluación» y, entre otros criterios, también se deben considerar las limitaciones jurídicas al uso de suelo que fueron impuestas al terreno expropiado antes de la declaración de utilidad pública.¹⁵⁸ Sin indemnización la expropiación deviene arbitraria.

157 «El Jurado valoró la finca por el método de capitalización de rentas (cereal de secano) que incrementó en un 75 por 100 por proximidad a la ciudad. Aunque hubiera aplicado el tope del doble, el valor máximo habría sido de 2,3 €/m². El proyecto que clasifica el suelo y motiva la expropiación se refiere a una bolsa de suelo rústico rodeado de suelo urbanizado y en su estudio económico financiero, confeccionado a partir de los precios de mercado, estimaba un valor de suelo de 25 €/m², antes incluso de que se le reconocieran facultades urbanísticas, que tenía que ver con las expectativas urbanísticas. “Se ve pues, que hay elementos suficientes —prosigue el auto— que conducen a la convicción de la Sala de que sobre el terreno en cuestión, aún antes del reconocimiento de cualquier facultad urbanística, concurrían intensísimas expectativas urbanísticas que producían un notable incremento de su valor puramente agrícola o de capitalización, según se recoge en el proyecto de singular interés” [sic]». España Tribunal Constitucional, *Sentencia n.º 218/2015, de 22 de octubre de 2015*, Boletín Oficial del Estado n.º 284, 27 de noviembre de 2015.

158 Corte Americana de Derechos Humanos, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, 6 de mayo de 2008. En lo relacionado con la indemnización, la Corte resolvió concretamente: «60. Este Tribunal reitera que en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y del propietario. Este principio ha sido reconocido en la Convención Americana en su art. 21, lo cual dispone que a fin de privar a alguien de sus bienes se deberá otorgar el pago de una “indemnización justa”, porque dicho pago constituye en sí un requisito para poder restringir el derecho a la propiedad. 67. [...] para fijar el valor de un bien objeto de expropiación, se debe tomar en cuenta sus características esenciales, es decir, naturales (tales como su ubicación o sus características topográficas y ambientales) y jurídicas (tales como las limitaciones o posibilidades del uso del suelo y su vocación). 69. [...] uno de los factores que otorgan valor a un predio es su posible uso, vocación y su edificabilidad, por lo que se debe establecer, para efectos de evaluación [...], y

Por último, la tercera garantía es la observancia del procedimiento legal expropiatorio según las reglas del debido proceso, tanto en la esfera administrativa gestionada por el ente público expropiante, como en la judicial para que, mediante el procedimiento sumario, se resuelva la controversia generada por la falta de acuerdo en el precio, según el art. 332.9 del Código Orgánico General de Procesos (COGP).¹⁵⁹ Si bien el art. 225 de la Constitución establece la existencia de entidades del sector público del gobierno central (num. 1 y 3) y del gobierno autónomo descentralizado (num. 2 y 4), en ambos regímenes —en los que la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se rigen, por igual, a lo dispuesto por la LOSNCP, conforme lo ordena el art. 15 de la LOECP, que reformó los dictados de la LOSNCP y el COOTAD sobre este tópico— solo es cuestionable el precio.¹⁶⁰

La capacidad expropiadora del Estado se configura, entonces, como acción directa sobre la propiedad, a la que restringe mediante acto normativo preestablecido ceñido al bien común. Cuando el Estado decide expropiar, resuelve hacerlo por la vía administrativa. Esta es la vía adecuada para convenir específicamente el precio del bien, sin que

entre otros criterios, las limitaciones jurídicas al uso de suelo que fueron impuestas al terreno expropiado antes de la declaración de utilidad pública. 76. [...] a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar [dicho] justo equilibrio [...] debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción».

159 El art. 332 del código determina que «se tramitarán por el procedimiento sumario: 9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación». Ecuador Asamblea Nacional, *Código Orgánico General de Procesos (COGP)*, Registro Oficial 506, 22 de mayo de 2015, art. 332.

160 Hasta antes del 20 de marzo de 2017, cuando entró a regir la LOECP, en Ecuador cohabitaban dos regímenes legales expropiatorios: uno, el normado por la LOSNCP (que regulaba las expropiaciones por parte de las entidades públicas del gobierno central) y dos, el reglado por el COOTAD (que regulaba las expropiaciones por parte de los gobiernos autónomos descentralizados). En el primero, el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública o de interés social o nacional no era impugnado por expreso mandato del art. 58 de la LOSNCP; y en el segundo, a pesar de que el propietario podía impugnar el acto administrativo expropiatorio (en el término de quince días de habérselo emitido), no podía hacer lo mismo sobre la respuesta administrativa, según el art. 450 del COOTAD (que fue expresamente derogado, al igual que los arts. 448, 449, 451, 453, 454, 455, 459 y 487, por la LOECP).

quepa discutir el acto administrativo de declaración de utilidad pública. Si no hay acuerdo con el propietario, puede iniciarse el juicio de expropiación.¹⁶¹

Como la definición de las causas que motivarían la declaratoria de utilidad pública se solventa con la abstracción que supone la categoría «interés social o nacional», el problema radica en lo cualitativo y en lo cuantitativo. El primer aspecto se evidencia, específicamente, en el hecho de que la definición de lo que constituiría el interés social o la utilidad pública es exclusiva del Estado —que implica que la calificación deberá ceñirse a los principios de una sociedad democrática (la democracia constitucional de Ferrajoli) y al paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia—; lo cual significa que los poderes públicos ineluctablemente deben justificar la necesidad, oportunidad y proporcionalidad de la afectación a la propiedad.¹⁶²

Por su parte, el segundo elemento se observa en la determinación de la justa valoración del bien y la indemnización por el daño expropiatorio, considerando fundamentalmente que en consonancia con el art. 323 de la Constitución (que prohíbe toda forma de confiscación), el art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra que: «2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley».¹⁶³

161 El art. 58.2 de la LOSNCP dice: «Falta de acuerdo. Expirado el plazo sin que sea posible un acuerdo directo la entidad expropiante emitirá el acto administrativo de expropiación tomando como precio el establecido en el art. anterior sin tomar en cuenta el diez por ciento (10 %). El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al justo precio, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos».

162 Francisca López Quetglas es del criterio de que la postura de defensa de la función social como elemento inherente al derecho de propiedad necesariamente implica exención de justificar la necesidad, oportunidad y proporcionalidad de la medida expropiatoria por parte del poder público: «Insistir en defender tal postura, me induce a pensar que tan solo se dirige a evitar que los poderes públicos tengan que justificar la necesidad, oportunidad y proporcionalidad del sacrificio que se impone al derecho fundamental, criterios que quedan sustraídos al control judicial, eliminando además la posibilidad de atribuir a dichas limitaciones la cualidad de indemnizables». López Quetglas, «El derecho a la propiedad», 361.

163 OEA, *Convención (Pacto de San José)*, art. 21.

¿Cuál es el alcance del concepto «indemnización justa» al que se refiere la Convención? Para abordar el tema, es necesario referirse al avalúo. Este constituye el valor que se ha llegado a concluir que un bien tiene, y es el Estado el que ostenta la competencia para hacer la valuación por medio de las direcciones de avalúos y catastros de las municipalidades.

Ahora bien, ¿cómo se establece el valor del bien gravado con la declaratoria de utilidad pública? El segundo inciso del art. 58.1 de la LOSNCP señala que el precio se fijará en función del avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo gobierno autónomo municipal o metropolitano en que se encuentren dichos bienes; al que se puede añadir hasta el 10 % de dicho avalúo, respecto del cual se pagó el impuesto predial «del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, del cual se debe deducir la plusvalía proveniente de obras públicas y de obras ajenas a la acción del propietario» (como límite al que se puede llegar mediante acuerdo directo entre el dueño del bien y la entidad expropiante).¹⁶⁴

Y el quinto inciso de la misma disposición normativa señala: «En ningún caso se reconocerán las obras efectuadas por el propietario a la fecha del anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social, según corresponda. Tampoco se reconocerán las obras efectuadas con anterioridad al anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública cuando se realizaron sin autorización, ni aun aquellas que a pesar de tener los permisos respectivos se haya evidenciado mala fe».¹⁶⁵

Si bien la norma tiene un propósito disuasivo de cualquier comportamiento del mercado que promueva un incremento artificial —y por

164 Ecuador Asamblea, *LOSNCP*, art. 58.1. De suyo, el art. 446 del *COOTAD* establece que podrá declararse la expropiación de bienes, «previa justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley (con objeto de) ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y de vivienda y de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, por razones de utilidad pública o interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo». Ecuador Asamblea, *COOTAD*, art. 446.

165 Ecuador Asamblea, *LOSNCP*, art. 58.5.

lo tanto, irreal de precios en el mercado inmobiliario¹⁶⁶ con impacto económico y consecuencias sociales—, ese valor tampoco resulta justo si no considera la condición económica del afectado, que verá menoscabado su patrimonio por la utilidad pública declarada sobre su inmueble, obligándosele a llegar a un acuerdo sobre un valor inferior al real —o, por lo menos, no correspondiente al mercado— o a discutir el precio del inmueble en un juicio de expropiación cuya fijación económica de la cuantía de la pretensión es limitada de antemano por la ley.

Si no se llega a un acuerdo directo —que es lo que generalmente ocurre—, opera la expropiación judicial mediante un proceso de conocimiento cuyo tema de discusión exclusivamente es el precio indemnizatorio. Este simplemente es un elemento referencial de cuantificación de la pretensión expropiatoria (que no es lo mismo que el valor a pagarse como compensación). El valor a reconocer al dueño debería servir para reponerle la propiedad con otra de características, sino equivalentes al menos similares (superficie, calidad del terreno-suelo, topografía, entre otros), que le permita, de una manera oportuna y eficaz, primero, mantener la situación económica que gozaba antes de ser sujeto del proceso expropiatorio y, segundo, que se evite su empobrecimiento injusto (o incluso un injustificado enriquecimiento).¹⁶⁷

166 En efecto, en el sexto, considerando se motiva la promulgación de la LOECP, sustentándola en el art. 376 de la Constitución, que «prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado». Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 376.

167 Al respecto, es llamativo el proceso de compraventa de terrenos ubicados en el parque Los Samanes en Guayaquil, entre el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y el Ministerio de Medio Ambiente, en el que trasgrediendo lo dispuesto por el art. 48 de la LOSNCP y 61 de su Reglamento General, el avalúo catastral actualizado no fue realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad de Guayaquil, «ocasionando que el Ministerio del Ambiente cancele al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas un valor en más de 41 090 491,04 USD, con relación al estipulado en la normativa aplicable para este tipo de operaciones [sic]». Ecuador Contraloría General del Estado, «Informe General n.º DAPAyF/0007/2016 al proceso de compra venta de terrenos ubicados en el parque Los Samanes de la ciudad de Guayaquil, entre el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ISSFA y el Ministerio del Ambiente, en el período desde: 2010/01/01 hasta: 2016/01/31», Contraloría General del Estado, accedido julio de 2016, 42, <<http://www.contraloria.gob>

En otras palabras, ese espacio debe ser llenado por un precio compensatorio que aproxime al interés social o nacional con el derecho individual de propiedad, evitando que la razón de utilidad pública redunde en una confiscación simulada o que el pago del precio exceda lo razonablemente reconocible como precio justo. Pero ello no ocurre, pues el precio al que se refiere la LOSNCP o la justa valoración aludida por el COOTAD no compensan el demérito patrimonial causado por la afectación.

El avalúo comercial no puede constituir el único elemento a ser considerado por el juez al momento de fijar el precio compensatorio. Debe tomarse en cuenta otras variables como el precio en que el dueño adquirió el predio, el valor venal (o sea, el importe monetario que el propietario obtendría considerando la antigüedad del bien, el desgaste o conservación y los efectos de la oferta y la demanda) o, incluso, el precio por ser un inmueble-negocio —si es que en él operaba una actividad comercial con la que el dueño sustentaba su manutención— y su forma y nivel de vida. Se debe cumplir con esto porque no reconocer la «justa compensación» deviene en violación del derecho a la propiedad.¹⁶⁸

.ec/consultas.asp?id_SubSeccion=59&opcion=1&txtPalabraClave=+los+samanes&periodoInforme=.&unidadDeControl=.&nombreEntidad=&listaTipoDeExamen=&txtNumeroDeInforme=&btnSend.x=60&btnSend.y=.

168 «La justa compensación es aquella que cubre o repara mediante el pago de una suma de dinero el perjuicio de la pérdida de la cosa que significa para el expropiado, en la medida que tal resultado pueda alcanzarse. El monto del pago de dicha suma de dinero ha de fijarse, por ende, tomando en cuenta el daño económico que el expropiado sufre, al momento de iniciarse el proceso de expropiación, y nada más que este daño, es decir la compensación no puede servir para enriquecer al propietario. Esto supone que la apreciación del monto de la justa compensación ha de hacerse analizando todas las circunstancias de cada caso, tales como el avalúo catastral, el precio en que el dueño adquirió el predio, el destino que va a darse al predio expropiado, el valor venal». Esta definición que sobre la justa compensación hubo de establecer la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia en 1999, cuando regía la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 (vigente desde el 10 de agosto de ese año), inspirada en la ideología del Estado social de derecho y en la economía de mercado como sistema económico. Si bien se ajustaba a las consideraciones resarcitorias, devino excesiva al incluir a «el destino que va a darse al predio expropiado» como componente de la fórmula reparatoria, pues no consideró que, por definición, el Estado no tiene competencia sino de regulación y control en el proceso económico. Es decir, no tiene fines de lucro como para que en la compensación se reconozca una potencial ganancia o utilidad económica por el destino del bien expropiado, y tampoco la potestad expropiatoria tiene por propó-

En este contexto destaca lo que el segundo inciso del art. 58.2 de la LOSNCP reconoce como límite en la resolución judicial. Esta norma establece que: «El juez en su resolución fijará el precio definitivo con base en el avalúo predial menos la plusvalía proveniente de otras obras pública y otras ajenas a la acción del propietario. El avalúo predial será el registrado en el catastro municipal sobre el cual se pagó el último impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones».¹⁶⁹

Antes de la reforma, el art. 58 de la LOSNCP disponía que «el juez en su resolución estaba obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, sin perjuicio de que el propietario, inicie las acciones que le franquea la ley respecto de un eventual daño emergente».¹⁷⁰ Esta cláusula indemnizatoria por daño emergente era aplicable también en expropiaciones efectuadas bajo el régimen del COOTAD, en virtud de lo que disponía el derogado art. 459 que decía que en lo no previsto en este cuerpo legal en materia de expropiaciones se aplicaría las normas que sobre este tópico establezcan la LOSNCP y el COGP. Empero, el COGP no reconoce al juez facultad alguna para establecer en sentencia la justa compensación sin obligación a sujetarse al avalúo, como sí lo hacía el art. 791 del anteriormente vigente Código de Procedimiento Civil.¹⁷¹ Entonces, si por mandato expreso de la ley lo único judicialmente impugnabile es el precio fijado como indemnización por el daño expropiatorio, y si el juez *debe* sujetarse al avalúo establecido por la municipalidad —con los límites de cuantificación establecidos en el segundo inciso del art. 58.2 de la LOSNCP—, el juicio expropiatorio carecería de sentido, pues no podrá versar sobre daño emergente alguno, pese al causado naturalmente por toda expropiación.

En todo caso, el juicio de expropiación es un proceso de conocimiento que, por su propia naturaleza, admite la discusión hasta la corte

sito enriquecer su patrimonio ni aumentar el de su organización. Ecuador ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, *Resolución n.º 505-99, de 25 de febrero de 2000*, Registro Oficial 333, 7 de diciembre de 1999.

169 Ecuador Asamblea, *LOSNCP*, art. 58.2.

170 *Ibíd.*, art. 58.

171 Ecuador Congreso Nacional, *Codificación del Código de Procedimiento Civil (CCPC)*, Registro Oficial 58, 12 de julio de 2005, art. 791.

de casación de un solo elemento: el precio compensatorio a pagarse al afectado por concepto de indemnización por afectación a su derecho de propiedad, siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública.¹⁷² Y, al ser de conocimiento, en sentencia se declara el monto de lo que deba pagarse. El juez, entonces, por la competencia que le asiste en materia de derechos patrimoniales, tiene que ceñir su decisión a la norma constitucional, para lo cual debe cuidar que esa afectación no comporte violación al derecho constitucional de propiedad.

La facultad estatal conferida por el art. 323 de la Constitución para expropiar no supone un deterioro patrimonial al afectado que no pueda ser recuperado. El valor de la indemnización debe permitirle acceder a otra propiedad que reponga la expropiada, en el caso de que al no reconocerle un justo precio, le permita, al menos, atenuar los efectos negativos de la afectación al derecho constitucional de propiedad. Ese es el alcance del derecho al acceso a la propiedad, como lo reconoce y garantiza el numeral. del art. 6 de la carta magna.

En el anterior sistema procesal escrito, el juicio de expropiación constituyó un largo peregrinaje en las cortes de justicia. No solo ha sido la demora que un proceso de esta especie representa para el titular de un inmueble, lo que ha constituido una violación constitucional susceptible de denunciarse mediante la acción de tutela judicial.¹⁷³ También en el proceso administrativo de expropiación pueden cometerse violaciones que comporten indefensión o nulidades que constituyan, a su vez, violaciones al derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, en los términos del art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en consonancia con los arts. 75 y 76 de la Constitución. Asimismo, el derecho a la propiedad puede resultar violado por habérselo afectado con una cuantificación menor al justo precio consignado por expropiación de un bien inmueble, transformándose

172 Ecuador ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, *Resolución n.º 144-2003, de 26 de mayo de 2003*, Registro Oficial 131, 23 de julio de 2003.

173 El caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador tardó más de diecinueve años para que se determine el monto definitivo como justo pago por la expropiación de los bienes de la demandante.

con ello a la expropiación en una confiscación prohibida por el art. 323 de la Constitución.

Es violatorio al derecho a la propiedad el no recibir del expropiante un precio comercial real por el bien afectado —que le permita mantener el equilibrio económico alcanzado hasta antes de la declaratoria de utilidad pública—. Ello le obliga a someterse al arduo trajín de discutirlo, con el consecuente daño material y el intangible que la disputa judicial representa, cuando no se ha llegado a acuerdo previo y es demandado por la entidad pública interesada en ocupar urgentemente el inmueble.

En conclusión, el derecho a la propiedad, en tanto derecho de libertad, constituye un derecho fundamental que, instituido mediante norma constitucional, garantiza que todo ciudadano sin distinción tenga derecho a ser propietario de un bien y ejercer las facultades para su goce, aprovechamiento y disposición —y pueda realizarse materialmente la igualdad—, y en razón de que la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)¹⁷⁴ prevén —en los art. 94, 447, y 58, respectivamente— que la acción extraordinaria de protección procede deducirla por violación por acción u omisión de los derechos reconocidos en la Constitución, el radio de tutela de esta garantía jurisdiccional lo ampara en su ejercicio individual subjetivo.

174 Ecuador Asamblea, LOGJCC, art. 58.

CAPÍTULO SEGUNDO

TUTELA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

La Corte Constitucional ecuatoriana recurre al uso de la categoría «derechos fundamentales»¹⁷⁵ en sentido amplio, para referirse a todos los derechos constitucionales, como una parte o complemento de estos, o una categoría específica de la dogmática constitucional.¹⁷⁶ Esto genera confusión entre derechos fundamentales, derechos constitucionales o derechos humanos —tanto en lo conceptual como objeto de interpretación de la norma constitucional—, y en el radio delimitador de la tutela judicial al derecho de propiedad. Con el estudio que de la jurisprudencia indicativa¹⁷⁷ del máximo órgano de control constitucional en

175 Por ejemplo, en el tercer considerando, en la sección II, y en los arts. 33, letra h), 34, g), 44.3, 47, .a, 48, 52 y 55, letras c), d) y e) de las reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición; y en la resolución del 20 de octubre de 2008, la Corte Constitucional hace uso reiterado de la categoría «derechos fundamentales». Ecuador Corte Constitucional, *Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición*, Registro Oficial 466, 13 de noviembre de 2008, 2-9.

176 Simon, «La noción», 10.

177 Por jurisprudencia indicativa se conoce a aquella en la que «la cita a casos anteriores se concentra en la definición de conceptos jurídicos hecha en sentencias anteriores, ignorando criterios de analogía fáctica». Daniel López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2006), 109.

Ecuador se hará en el presente capítulo, se podrá apreciar si la confusión terminológica de esos conceptos se tradujo en ampliación o restricción de la protección y garantía del derecho a la propiedad.¹⁷⁸

En este aspecto, es sumamente importante recordar que el Estado constitucional de derecho es una forma de Estado en el que la presencia de la Constitución inunda cada recodo de las decisiones jurídicas del aparato público; además, las decisiones de la justicia ordinaria y de la justicia constitucional se justifican en los preceptos constitucionales. Esto ocurre porque el sistema democrático exige que la dinámica organizativa del Estado se desarrolle dentro del marco constitucional en el que el ser humano es reconocido como sujeto y fin del sistema socioeconómico.

El «respeto a los derechos» adjetiva institucionalmente al Estado constitucional, consolidándolo como un Estado de justicia. Esto tiene lugar en la medida en que la conducta estatal (poder público) y la del resto (incluidos los poderes fácticos existentes no estatales) no solamente se justifiquen con la legitimidad de los actos jurídicos y las situaciones o relaciones jurídicas creadas (en otras palabras, aquellos realizados o generados observando las formalidades y requisitos previamente fijados en la ley), sino en la observancia, acatamiento y cuidado de los derechos. Esto debe ocurrir en los «cuatro niveles de obligaciones estatales correlativas a todos los derechos humanos, tanto civiles como sociales: *respetar, proteger, garantizar y promover*».¹⁷⁹ Esto es determinante. Aunque es importante la discusión sobre los fundamentos de los derechos, no lo es tanto a la hora de pensarlos en función de su eficacia, es decir, en el sentido de que sean materialmente realizables y constituyan factores de construcción democrática del Estado constitucional de derecho.

Ramiro Ávila Santamaría refiere a Norberto Bobbio así: «Por eso, el llamado de [Norberto] Bobbio para evitar las discusiones sobre los fundamentos de los derechos, cuando ya están reconocidos y pensar en la

178 Esta propuesta metodológica no es nueva, se encuentra inicialmente formulada desde una perspectiva conceptual en Simon, «La noción», 9.

179 Esta distinción la hizo por primera vez Henry Shue en «Basic Rights», citado por Víctor Abramovich y Christian Courtis, «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, comp. Martín Abregú y Christian Courtis (Buenos Aires: Edit. del Puerto, 1998), citados por Portero, «Las garantías», 57.

forma de garantizarlos»,¹⁸⁰ analiza los derechos constitucionales a partir de las garantías que aseguren su vigencia. Adicionalmente, propone una clasificación adecuada para estudiar la jurisprudencia constitucional sobre la tutela de la acción extraordinaria de protección al derecho a la propiedad.

Ávila Santamaría clasifica a las garantías frente a los derechos en función de la situación jurídica en la que se hallen en el sistema jurídico: «Los derechos y las garantías van de la mano. Las garantías frente a los derechos podrían estar en tres situaciones en el sistema jurídico: [una en la que] no hay garantías, pero hay derechos; [una segunda en la que] hay garantías, pero deficientemente diseñadas, y derechos; [y otra tercera en la que] hay garantías adecuadas para cada derecho».¹⁸¹

Además, define las garantías adecuadas como «aquellas que están diseñadas para todos los derechos reconocidos y que son eficaces porque producen el resultado previsto, que es reparar la violación de los derechos. Si la garantía está bien diseñada, el cumplimiento sería cabal». Sin embargo, de no señalar el criterio con el que el «buen diseño» podría llegar a establecerse, este académico indica que «en la garantía adecuada, todos y cada uno de los derechos deberían tener un mecanismo para la reparación del derecho, con procedimientos cabales, sencillos y rápidos. En este supuesto, el procedimiento lleva a una solución de fondo, y no cautelar, subsidiaria o excluyente»,¹⁸² y concluye diciendo que la Constitución de 2008 se ubicaría en el supuesto de las garantías adecuadas.

La organicidad garantista de la Constitución, entonces, es la que con la aplicación de las garantías jurisdiccionales se somete a examen diario a fin de establecer su nivel de eficacia en la protección de los derechos. Por ello, es necesario hacer un primer análisis sobre los niveles de las obligaciones estatales relacionadas con el derecho a la propiedad, esto es, el respeto, la protección, la garantía y la promoción.

180 Ramiro Ávila Santamaría, «Las garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos: Avances conceptuales de la Constitución del 2008», en *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, ed. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 91. Esta misma citación la hace la Corte Constitucional: «Norberto Bobbio sostenía que el problema de fondo no es tanto fundamentar los derechos humanos cuanto protegerlos [sic]». Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 011-09-SEP-CC, caso n.º 0038-08-EP*.

181 Ávila Santamaría, «Las garantías», 90.

182 *Ibíd.*, 91.

LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

El art. 1 la Convención Americana de Derechos Humanos recoge el compromiso de los Estados de «respetar los derechos y libertades reconocidos en ella» y de «garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona»¹⁸³ sujeta a su jurisdicción. La declaración del respeto al derecho (que se traduce en la abstención del Estado de interrumpir o impedir o, en fin, de interferir en el ejercicio y disfrute del derecho para que este se realice materialmente por medio de la adopción de medidas concretas para su plena efectividad) y de la garantía que asegure su ejercicio, representaría el vínculo obligacional negativo del Estado para que su contenido no sea constitucionalmente restringido en lo normativo y que su posibilidad de materialización no sea impedida o coartada por acciones u omisiones estatales. También constituye obligación estatal fijar políticas públicas, dictar normas jurídicas, aplicar medidas apropiadas, suficientes y oportunas, e instituir mecanismos para proteger a los derechos de vulneraciones causadas por otras personas que interfieran en su disfrute¹⁸⁴. En suma, es obligación del Estado garantizar la realización de los derechos, reconociéndolos, respetándolos, promoviéndolos y protegiéndolos.¹⁸⁵

Como menciona Silva Portero: «Por lo tanto, las obligaciones del Estado derivadas del reconocimiento de un derecho humano no son

183 OEA, *Convención (Pacto de San José)*, art. 1.

184 La protección del derecho contra vulneraciones de terceros a la propiedad se previene con políticas públicas de protección interna y mantenimiento del orden público dictadas por el gobierno central, cuya ejecución es competencia de la Policía Nacional, según el art. 158 de la Constitución; o en el caso de normas jurídicas, mediante normas penales que protegen el bien jurídico de los delitos contra la propiedad. En el ámbito del derecho civil, por medio de instituciones como la reivindicación o acción de dominio, definida por el art. 933 del Código Civil, como aquella que le asiste al «dueño de una cosa singular, raíz o mueble de la que no tiene posesión, para que el poseedor actual sea condenado a restituírsela», o la misma acción por evicción que ampara al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa comprada y de los posibles vicios ocultos, según el art. 1777 del mismo cuerpo de leyes.

185 «No hay por tanto “derechos gratuitos” y “derechos caros”, todos los derechos tienen un costo y exigen una estructura estatal, que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetrados por terceras personas». Carbonell, «La interpretación constitucional», 13.

solo de garantía sino también de respeto».¹⁸⁶ En este mismo sentido, Martín Abregú sostiene que, en términos generales, «se ha sostenido reiteradamente en la doctrina y la jurisprudencia internacional que las obligaciones de los Estados parte son: obligaciones de respeto, obligación de adoptar las medidas necesarias, y la obligación de garantía, de las que [...] se derivan una serie de deberes en el ámbito interno de los Estados parte».¹⁸⁷

En la Constitución de 1998, el título III «De los derechos, garantías y deberes», contemplaba en el capítulo dos «De los derechos civiles», al 23 que establecía que sin perjuicio de los derechos establecidos constitucionalmente y en los instrumentos internacionales, el Estado «reconocerá y garantizará» a las personas: «23. El derecho a la propiedad, en los términos que señala a la ley». En el capítulo cuatro «De los derechos económicos, sociales y culturales» ratificaba el reconocimiento y la garantía de la propiedad como sinónimo de derecho, de conformidad con el 30: «La propiedad [...] constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará».¹⁸⁸

En cambio, en el caso del derecho a la salud, por ejemplo, que es un derecho social catalogado en el mismo capítulo, única y exclusivamente establecía que «el Estado garantizaba el derecho» —no era «reconocido», pero sí declaraba su protección y promoción—, vinculado a la obligación de «promoción y protección» mediante mecanismos administrativos de prestación de diferentes actividades de salud pública. Textualmente, el art. 42 decía: «El Estado *garantizará* el derecho a la salud, su *promoción* y *protección* [...], conforme a los principios de equidad, solidaridad, calidad y eficiencia».¹⁸⁹

En ambos casos, las nociones de derecho y de garantía eran sinónimas, sin que su exigibilidad judicial haya sido asegurada si no era por la

186 Portero, «Las garantías», 57.

187 Martín Abregú, citado por María Sofía Sagüés, «La proyección de la jurisprudencia y resoluciones de los órganos de aplicación de derechos económicos, sociales y culturales en el plano interamericano por los tribunales constitucionales: Perspectiva argentina», en *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: Hacia un iusconstitucional commune en América Latina*, coord. Armin von Bogdandy et al. (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011), 37.

188 Ecuador Asamblea, *Constitución Política del Ecuador de 1998*, tít. III, cap. 2, art. 23; cap. 4, art. 30.

189 *Ibíd.*, art. 40.

normativa ordinaria, y en forma explícita solo para el caso del derecho a la propiedad. No obstante, incluso en este caso, «las garantías, particularmente el amparo [...] lo hace como acciones cautelares. Esto es que solo proceden excepcionalmente cuando se produce una violación de derechos que tiene la característica de grave e inminente».¹⁹⁰

GARANTÍAS NORMATIVAS Y GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Para seguir con el ejemplo anterior, en la Constitución de 2008 ambos derechos son reconocidos y garantizados en el art. 66, que manifiesta que «se reconocerá y garantizará a las personas: 2. El derecho a una vida digna que asegure la salud», y «26. El derecho a la propiedad».¹⁹¹ Al hacerlo, a los dos les confiere un significado cuya importancia es necesario destacar, primero, porque al incluirlos en la serie de derechos de libertad del capítulo sexto del título II «Derechos» marca un punto de quiebre con la tradicional nomenclatura constitucional *jusfundamentalista* de considerar a unos derechos como fundamentales y a otros no — que a la larga deviene ineficaz si la tutela no se encuentra asegurada—. Adicionalmente, como segundo punto, porque al atribuir genérica e impersonalmente la responsabilidad de respetarlos —específicamente, el art. 66 dice que «se reconoce y garantizará a las personas»—, lo hace para protegerlos mediante las garantías jurisdiccionales expresamente descritas en el capítulo tercero del título III, de acuerdo con la materia y tipo del derecho constitucional vulnerado, sea mediante garantías cautelares, ya sea en materia constitucional de fondo o conocimiento.¹⁹²

Al reconocimiento presente de los derechos le corresponde su realización inmediata —dentro de los límites que la razonabilidad y progresividad imponen, como ya se ha visto—, tanto con las políticas públicas y ejecutorias de los órganos públicos encargados en los distintos niveles de gobierno con dichas competencias, como por medio de las garantías jurisdiccionales de exigibilidad material. Desde esta perspectiva, la carta magna ecuatoriana de 2008 pasaría a ser, en palabras de Luis Prieto Sanchís, una «Constitución normativa garantizada», que de una parte norma la organización del poder político y el sistema de fuentes

190 Ávila Santamaría, «Las garantías», 95.

191 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 66.

192 Ávila Santamaría, «Las garantías», 95.

jurídicas y, de otra, señala los derechos y obligaciones inmediatamente exigibles¹⁹³ mediante la activación de las garantías jurisdiccionales.

En todo caso, el carácter constitucional del derecho de propiedad es indiscutible, como lo es la obligación estatal de protegerlo —o todavía mejor, la prohibición de restringirlo—, en su contenido esencial, al igual que el compromiso contraído por el Estado con los instrumentos internacionales de derechos humanos para respetarlo y garantizarlo. Así, a la hora de establecer la eficacia de su ejercicio, su definición dogmática importa en tanto y en cuanto su protección sea efectiva, considerando que como derecho de libertad su comprensión jurídica se ha reclasificado a partir de sus límites, mas no de su contenido (al contrario de los derechos sociales, cuyos contenidos son predeterminables, pero no sus límites).¹⁹⁴ En otras palabras, no cabe establecer la cantidad o variedad de actos o situaciones jurídicas que gracias a la autonomía de la voluntad pueden crearse o mantenerse, sino solo la frontera y las condiciones que legitiman su limitación normativa: su función social y ambiental.

Por ello, la imposibilidad de reducir el contenido esencial de este derecho está asegurada por la garantía normativa¹⁹⁵ del art. 11.4 de la Constitución, que establece que «ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales», y por la del art. 132.1 que ordena al legislador regular el ejercicio de los

193 Luis Prieto Sanchís, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», *Universidad Autónoma de Madrid*, accedido 11 de junio de 2016, 205, <[http://uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)>.

194 Ferrajoli, *Derecho y razón*, 915.

195 Las garantías normativas son aquellas cuyo objeto es «evitar que la actuación de los poderes públicos pueda causar un desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales, o en un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a dichos derechos [...]». Su finalidad fundamental es evitar que las normas de rango inferior a la Constitución que desarrollan los derechos fundamentales despojen a estos del contenido y de la eficacia que la Constitución le ha otorgado. Se trata de garantías cuyo destinatario no es el individuo, sino los poderes públicos, aunque el individuo puede utilizarlas o invocarlas si conviene a su derecho». Claudia Storini, «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008», en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, ed. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009), 289.

derechos y las garantías únicamente con la ley. De ahí que la cláusula de reserva de ley asegura que el límite entre el componente individual y el social y ambiental (que conforman el núcleo mínimo —no núcleo duro—),¹⁹⁶ constitucionalmente protegido del derecho a la propiedad, sea inexpugnable, aun por una eventual pretensión de abuso legislativo, como lo señala Claudia Storini:

Aunque el tenor literal de este art. no hace referencia a un contenido esencial, dicha adjetivación debe considerarse implícita, ya que esta garantía tan solo cobra sentido si es puesta en relación con el margen de maniobra del que el legislador dispone, dentro del marco constitucional previsto, para modular las condiciones, formas y efectos del ejercicio de un derecho y de su garantía en la manera que considere más adecuada. Lo que esta norma garantiza es el obligado respeto de un núcleo mínimo, a partir del cual el legislador puede operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio de los derechos. La garantía del contenido esencial, por su parte, obliga al legislador a respetar un mínimo en la regulación de cada derecho.¹⁹⁷

Así pues, la reserva de ley dispuesta para garantizar el contenido normativo del derecho a la propiedad, para ejecutar planes de desarrollo, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo ha sido configurada legislativamente en cuerpos legales de carácter orgánico o en leyes ordinarias,¹⁹⁸ en reglamentos o resoluciones de los órganos del Ejecutivo o en ordenanzas de los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, municipales o metropolitanos.

Además, en consideración de lo que el art. 11.8 de la Constitución establece al instituir a la progresividad de los derechos como principio normativo de desarrollo del contenido de los derechos fundamentales por medio de las políticas públicas, estas también constituyen garantías normativas. Esto se debe a que hacen que la potestad de normar de

196 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 003-09-SEP-CC*.

197 Storini, «Las garantías constitucionales», 294.

198 Los primeros son, por ejemplo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial y Administración Descentralizada o la misma Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales. Por su parte, las segundas son las leyes para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales, y Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre.

cualquier autoridad pública —de acuerdo con su ámbito de competencia: del órgano parlamentario de aprobar leyes, del Ejecutivo de reglamentar o dictar resoluciones, de los gobiernos autónomos descentralizados de emitir ordenanzas— tenga como fundamento insoslayable de producción normativa «a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades».¹⁹⁹

El contenido esencial también representa un «límite indirecto»²⁰⁰ para la Corte Constitucional a la hora de controlar dos aspectos: que la labor legislativa no altere el núcleo mínimo que lo configura o que la gestión normativa infraconstitucional de los poderes públicos no produzca actos administrativos o políticas públicas atentatorias al contenido del derecho.

Por otra parte, las garantías políticas contribuyen a fortalecer el sistema de efectividad garantista, sin que la prevalencia del interés general sobre el particular constituya justificación para que los efectos de la ejecución de las políticas públicas²⁰¹ vulneren derechos constitucionales o amenacen hacerlo, de conformidad con el art. 85. De este modo, «cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos».²⁰² Estas garantías institucionales tienen un rol fundamental a la hora de asegurar que la «administración pública garantice los derechos constitucionales en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos».²⁰³

GARANTÍAS JURISDICCIONALES

Por el principio de igualdad jerárquica, el art. 11.6 de la Constitución declara que los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto ni tampoco obedecen o forman parte de una ordenación axiológica o

199 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 84.

200 Storini, «Las garantías constitucionales», 296

201 Las políticas públicas, aunque normas, no reconocen derechos, sino que definen las líneas por las cuales el contenido conceptual de los derechos ha de desarrollar los preceptos constitucionales en la edificación del Estado constitucional de derechos y justicia.

202 Ávila Santamaría, «Las garantías», 93.

203 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 200-14-SEP-CC, caso n.º 0598-11-EP*.

de superioridad de un bien jurídico tutelado superior a otro u otros, sino que son «inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía».²⁰⁴ Este principio supone una relación de igualdad, función, valor y eficacia preceptiva, o como mejor lo diría Robert Alexy: «Yo considero la libertad y la igualdad como principios del mismo rango que pueden entrar en colisión [...]. Para mí, el concepto que expresa la armonía a la que se aspira no es el de igualdad, sino el de *corrección*. Tanto la libertad como la igualdad están subordinados a esta idea regulativa».²⁰⁵

La «corrección» aludida por Alexy es preceptivamente sustancial al momento de analizar el contenido del derecho a la propiedad en función de su preservación. Esto se debe a que la libertad individual —cuya protección se persigue con la deducción de acciones reales de dominio mediante las cuales el titular del derecho subjetivo pueda defender su pretensión jurídica sobre el bien respecto de cualquier persona— se armoniza con el interés general que comporta el derecho público que otorga al Estado la potestad de declarar la utilidad pública de ese bien. Esto ocurre porque «es de interés general que no se produzcan violaciones a los derechos, y por tanto, la titularidad es popular (“*actio popularis*”)».²⁰⁶

En este sentido, el derecho individual de propiedad cuenta en la justicia ordinaria con la garantía de protección natural —que es el proceso judicial que se activa en ejercicio del derecho a la jurisdicción—,²⁰⁷ cuando el elemento de disputa judicial se relaciona estrictamente con las facultades de goce o aprovechamiento o con las facultades de disposición del bien. Es decir, con la discusión de los derechos disponibles respecto de los cuales la «libertad de obrar es, conceptualmente, independiente del derecho (definido) por el propio ordenamiento

204 Luis Aguilar de Luque, citado por Santiago Sánchez González, «Los límites de los derechos», en Sánchez González, «Los límites», 54.

205 Robert Alexy, entrevistado por Manuel Atienza, en Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Lima: Palestra, 2010), 500.

206 Ávila Santamaría, «Las garantías», 94.

207 El derecho a la jurisdicción es un derecho subjetivo público, «en cuanto poder que asiste a todo ciudadano para obtener de los tribunales un pronunciamiento categórico respecto a una pretensión». Es un derecho público de carácter constitucional, «en cuanto principio inherente a la organización del Estado que monopoliza la función de administrar justicia; y su objeto es el ejercicio de la actividad jurisdiccional». Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos del derecho procesal* (Madrid: Civitas, 1981), 130-4.

jurídico». ²⁰⁸ Por la eventual vulneración del derecho constitucional al «debido proceso en sentencias, autos definitivos (y) resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se haya violado por acción u omisión de derechos reconocidos en la Constitución», ²⁰⁹ también cuenta con una herramienta garantista de revisión constitucional.

En este caso, es el derecho a la tutela judicial efectiva lo que importa proteger como un derecho autónomo e independiente del derecho sustancial. Se lo debe garantizar en cualquiera de sus cuatro componentes: el derecho a acceder gratuitamente a la administración de justicia, ²¹⁰ el derecho a la defensa en el proceso, ²¹¹ el derecho a recibir una resolución suficientemente motivada y fundada en derecho, ²¹² y el derecho a la efectividad, celeridad ²¹³ y recurribilidad de las resoluciones judiciales. ²¹⁴ Además, dentro de él, se debe proteger el derecho al debido proceso. ²¹⁵

En un Estado constitucional de derechos y justicia, la tutela judicial efectiva como bien jurídico protegido:

desde un enfoque garantista, debería asumirse que la tutela judicial efectiva como derecho constitucional, comprende el derecho de acceso a los órganos de justicia, el derecho de acción, el derecho de contradicción o derecho a la defensa, el derecho al debido proceso mediante la constitucionalización del mismo para que guarde armonía con el tipo de Estado, y fundamentalmente el derecho a que lo decidido tenga efectividad y eficacia. ²¹⁶

Instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ²¹⁷ en su art. 10, y la Convención Americana de Derechos Humanos, ²¹⁸ en su art. 8, consagran a la tutela judicial como

208 Eduardo Aldunate Lizana, *Derechos fundamentales* (Santiago de Chile: Thompson Reuters, 2008), 243.

209 Ecuador, Asamblea, *LOGJCC*, art. 58.

210 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 75.

211 *Ibíd.*, art. 76, num. 7.

212 *Ibíd.*, art. 76, num. 7, letra l.

213 *Ibíd.*, art. 75.

214 *Ibíd.*, art. 76, num. 7, letra m.

215 *Ibíd.*, art. 76.

216 Storini y Navas, *La acción*, 62.

217 Asamblea General de la Naciones Unidas, *Declaración universal de los derechos humanos (DUDH)*, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948, art. 10, <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>.

218 OEA, *Convención (Pacto de San José)*, art. 8.

una garantía de capital importancia, pues con su concreción se realizan los derechos reconocidos en la Constitución. Así lo ha entendido la Corte Constitucional:

Tal como esta Corte se ha pronunciado en casos anteriores, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, tiene relación con el derecho a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso imparcial que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero, relacionado con el acceso a la justicia; el segundo, con el desarrollo del proceso que deberá desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia.²¹⁹

Entonces, agotado el proceso judicial sustanciado en la jurisdicción ordinaria, la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección se activaría, en este caso, por violación a los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

Ahora bien, ¿qué ocurre en los casos en los que, por el ejercicio de la facultad constitucional de expropiación forzosa, el Estado resuelve privar el derecho de propiedad de un bien? Para resolver la cuestión, debe quedar claro que los elementos definitorios de la potestad pública (sujeto, objeto, contenido, causa, propósito y las condiciones de ejercicio)²²⁰ tienen que estar presentes para que se cumpla con el estatuto constitucional. Adicionalmente, se debe recordar que el acto administrativo expropiatorio no puede ser materia de discusión e impugnación judicial, sino solamente el precio, a menos que las razones expropiatorias no sean de utilidad pública o de interés social y nacional, como lo ha dejado sentado la Corte Constitucional en la sentencia n.º 0005-10-SEP-CC.²²¹

219 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 032-09-SEP-CC, caso n.º 0415-09-EP*.

220 Procedimiento administrativo de declaratoria de expropiación por razones de utilidad pública, interés social y nacional, previa valoración, indemnización y pago del precio del bien expropiado.

221 En esta sentencia, la Corte Constitucional expuso lo siguiente: «De acuerdo con nuestra legislación, la expropiación opera mediante un acto administrativo, y el particular afectado puede oponerse a la expropiación en el ámbito administrativo, solo en el supuesto de que el bien no vaya a destinarse a una obra de beneficio social o colectivo, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 783 del Código

Esto no contradice el principio de impugnabilidad de los actos administrativos,²²² pues por la misma configuración del contenido esencial del derecho, es la ley la que establece el ámbito mínimo de integridad patrimonial. Lo cual se representa en la frase «de conformidad con la ley» del art. 323 de la Constitución, precisamente por la subordinación del derecho subjetivo de propiedad al derecho público expropiatorio.

Por otra parte, ¿cuál es el criterio con el cual se determina el avalúo del inmueble a ser expropiado? En el derogado art. 449 del COOTAD, el legislador fijó tres componentes concurrentemente constitutivos del criterio de valoración: el avalúo comercial, la plusvalía generada por intervención pública quinquenal y el precio de afectación; lo cual fue reemplazado por la fórmula dispuesta en el art. 58.2 de la LOSNCP, en la que al avalúo predial se le resta la plusvalía proveniente de obras públicas y otras que no hayan sido efectuadas por el propietario.

En este aspecto, lo que subyace es la cuestión de si el precio expropiatorio satisface el necesario equilibrio entre el interés general y el del propietario, en los términos del art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es decir, se debe lograr que la expropiación se efectúe previo «pago de una indemnización justa». En otras palabras, la aplicación del criterio de valoración establecido en la ley no debería alcanzar «resultados claramente alejados del valor real del bien, pues impide tener en cuenta elementos que inciden en su precio de mercado»; con lo cual, «será inconstitucional cualquier método que, de manera manifiesta, impida dar con un valor real próximo al del mercado. Solo en circunstancias excepcionales, que no pueden convertirse en regla general, cabe aceptar una reparación no íntegra del valor real del bien».²²³ Por ello, la valoración del bien que realice la municipalidad es

de Procedimiento Civil». Este criterio de la corte es preceptivamente válido, incluso con la derogatoria de la antedicha norma procesal y la actual vigencia del COGP, ya que, según el art. 323 de la Constitución solamente por «razones de utilidad pública o interés social y nacional», las instituciones estatales podrán declarar la expropiación de bienes. Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 0005-10-SEP-CC, caso n.º 0041-09-EP*.

222 En virtud del principio de impugnabilidad de los actos administrativos, los emitidos por «cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial». Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 173.

223 España Tribunal, *Sentencia n.º 218/2015*.

fundamental, de forma que represente una aproximación del precio real del bien y no un alejamiento, ya que, si eso ocurriera, se traduciría en un acto confiscatorio constitucionalmente prohibido.²²⁴

En este tópico, lo que podría activarse es la cláusula indemnizatoria por daño emergente, sin que en la indemnización se incluya al lucro cesante, por limitación expresa de la LOSNCP, y por la excepción hecha por el art. 1572 del Código Civil.²²⁵ El daño emergente constituiría, entonces, el único elemento de discusión que el propietario podría esgrimir con la reconvencción conexas en el proceso —conforme lo dispone el art. 333.2 del COGP—,²²⁶ para optar por la posibilidad de reclamar una indemnización justa, considerando que, como ya se ha anotado, en el juicio de expropiación el juez no puede reconocer un precio mayor al resultante de la nueva fórmula de determinación del precio expropiatorio, impuesta por el antes referido art. 58.2 de la LOSNCP. Claramente, el margen de acción que las reformas de la LOECP a la LOSCP y al COOTAD han establecido, redujeron de forma considerable la capacidad de reclamo económico judicial del expropiado por el sacrificio no exigible.

En todo caso, la Corte Constitucional ha marcado una línea, aunque no fundacional sí conceptual, con una regla de relevancia basada en conceptos comunes (sin necesidad de verificar criterios de analogía fáctica).²²⁷ En efecto, aunque a partir de la vigencia de la LOGJCC —desde el 22 de octubre de 2009—, no ha habido pronunciamientos de la Corte Constitucional en casos similares; por lo tanto, puede considerarse como una ratificación de la regla legislativa preexistente respecto a la acción de protección lo que la Corte, en virtud de la potestad establecida por los arts. 86.5 y 436.6 de la Constitución y 25 de la LOGJCC.

224 En la parte final del art. 323 de la Constitución, se consigna que: «Se prohíbe toda forma de confiscación». Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*.

225 El art. 1572 del Código Civil determina: «La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptuándose los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptuándose también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el tít. XXXIII del Libro IV de este Código». Ecuador Congreso, *CCPC*.

226 El art. 333 del COGP dice: «El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas: 2. Solo se admitirá la reconvencción conexas». Ecuador Asamblea, *COGP*.

227 López Medina, *El derecho*, 110.

La Corte Constitucional (Expediente n.º 0046/13/JP) ha establecido que la acción de protección deducida en contra del acto administrativo mediante el cual se declara de utilidad pública con fines expropiatorios es improcedente. Por esta razón, habrá de tenerse en cuenta «la gravedad del caso (vulneración del derecho frente a la dignidad de la persona) y que las vías judiciales ordinarias no sean idóneas para la reparación del derecho», para que, en función de la relevancia constitucional y el carácter de inédito en relación con los derechos y garantías establecidos en la Constitución, cambie el precedente judicial:

Gravedad. Se tendrá en cuenta la gravedad del caso (vulneración del derecho frente a la dignidad de la persona) y que las vías judiciales ordinarias no sean idóneas para la reparación del derecho.

Novedad del caso. Que sea un caso inédito en relación con los derechos y garantías establecidos en la Constitución.

Falta de precedente judicial. Que la Corte Constitucional no haya emitido pronunciamientos referentes al problema jurídico general en casos similares, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

Cambio de precedente. De haber precedente judicial y cuando sea necesario cambiar dicho precedente.²²⁸

Por ello, y siguiendo la línea del citado precedente judicial, no carece de justificación constitucional afirmar que es improcedente la acción de protección deducida en contra del acto administrativo declaratorio de utilidad pública de un bien expropiado; a menos que en virtud del acto expropiatorio la determinación del precio a pagar por el daño expropiatorio arroje un resultado que represente un valor más lejano que próximo al valor real del bien y produzca deterioro patrimonial equivalente a empobrecimiento injusto, al punto de afectar inmediatamente el ejercicio de los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, conforme el principio de cláusula o norma abierta impetrado en el art. 11.7 de la Constitución.

228 Ecuador Corte Constitucional, *Rendición de cuentas 2008-2013* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 317-9.

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Sobre la base del precepto de corrección de Alexy, precisamente, la Constitución encarga al poder judicial la responsabilidad de proteger al derecho a la propiedad, desde su simiente constitucional; es decir, buscando que el sistema constitucional corrija la desarmonía social causada por una posible vulneración. Este lo hace por medio de «acciones previstas por la Constitución [que] se configuran como procedimientos ordinarios y no constitucionales [de los que] la Corte Constitucional se queda al margen de estos recursos».²²⁹

De este modo, los poderes públicos son vinculados por la Constitución, ya no a partir de las acciones devenidas de los derechos subjetivos, sino de las garantías de los derechos fundamentales, lo cual es propio de un Estado de derechos.²³⁰ Es en este campo constitucional en el que mediante la garantía jurisdiccional de la acción de protección,²³¹ definida en el art. 88 de la Constitución, se denuncia la eventual vulneración del derecho constitucional —a la propiedad, en este caso—. Esto se da siempre que en virtud del principio de no subsidiariedad el afectado demuestre la «inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado» o la acción u omisión atribuible a la autoridad pública o a un particular que derive en una violación de un derecho constitucional. También ocurre cuando no se persigue la declaración de un derecho ni tampoco la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad del acto u omisión denunciados, estos no hayan sido revocados o extinguidos, o cuando se trate de providencias judiciales.²³²

Este procedimiento ordinario se rige por las reglas constitucionales del debido proceso, las normas comunes del capítulo I y, especialmente, las catalogadas en el capítulo III de la LOGJCC. Además, no termina

229 Storini, «Las garantías constitucionales», 303.

230 «Un Estado de derechos es aquel Estado en el que las garantías de los mismos deben ser consideradas como elemento primordial a la hora de interpretar y desarrollar cualquier norma constitucional. En este sentido, las garantías de los derechos deberán ser el parámetro a través del cual se aplique la Constitución y se resuelvan las controversias entre ciudadanos, entre los diferentes poderes del Estado y entre este último y los ciudadanos. En este sentido, hablar de Estado de derechos significa aplicar e interpretar la Constitución y todas sus instituciones, reglas y principios a la luz de los derechos en ella garantizados». Storini y Navas, *La acción*, 41.

231 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 88.

232 Ecuador Asamblea, *LOGJCC*, art. 40, nums. 3 y 42, num. 4.

con la sentencia, como cualquier otro, justamente por tener por objeto el amparo directo y eficaz²³³ de los derechos constitucionales, sino con la aplicación del principio *restitutio in integrum*; es decir, con la determinación del juez de reparar integralmente el daño. Esto implica restituir al afectado a la situación anterior a la que se encontraba cuando ocurrió el hecho dañoso y resarcirlo material, inmaterial y moralmente.

De conformidad con el mandato constitucional del art. 86.1, mediante sentencia judicial, se resolverá la causa y —en caso de constatarse la vulneración de derechos— se la deberá declarar y se ordenará la reparación material e inmaterial, en los términos establecidos por los art. 18 y 19 de la LOGJCC. Esto conforme a la línea interpretativa con efecto *erga omnes* —de aplicación general y para todos los casos «cuando el Estado sea el encargado del pago por reparación económica ordenada en sentencia de garantías jurisdiccionales»—, trazada por la Corte Constitucional en la sentencia n.º 011-16-SIS-CC, del 22 de marzo de 2016.²³⁴ Adicionalmente, se debe observar que, por principio, «la reparación nunca lle-

233 «La Constitución prevé un *principio de efectividad*, por medio del cual podrán ser evaluados los actos de protección de los derechos y, en su caso, juzgados no tanto desde la óptica de la validez procedimental o sustancial, sino desde la perspectiva de su capacidad de asegurar o no en la realidad la garantía integral de los derechos». Storini y Navas, *La acción*, 53.

234 Mediante sentencia dictada el 8 de julio de 2009 (esto es, antes de la vigencia de la LOGJCC), la Corte Constitucional para el Período de Transición, resolvió conceder la acción de amparo constitucional (juicio n.º 003-2008) deducida por la doctora María Eugenia Yépez Borja en contra del Hospital Nivel 1, IESS-Durán. En la resolución, la Corte dispuso el reintegro de su puesto de trabajo a la accionante, el pago de las remuneraciones no percibidas mientras estuvo desvinculada del hospital, entre otros derechos laborales y de la seguridad social constitutivos del derecho a la reparación integral. La sentencia no fue cumplida totalmente por el juez primero de lo Penal del Guayas, quien solamente dispuso el reintegro a su puesto de trabajo, mas no la reparación integral, ni el pago retroactivo de sus remuneraciones y la afiliación al IESS, por lo que la entidad hospitalaria solamente cumplió lo primero. La accionante planteó la demanda de acción de incumplimiento el 4 de mayo de 2010. Siete años después, la Corte Constitucional resolvió declarar el incumplimiento parcial de la resolución del 8 de julio de 2009, aceptar la acción de incumplimiento y, mediante interpretación con efecto *erga omnes* del art. 19 de la LOGJCC, establecer que cuando el Estado sea el obligado al pago de la reparación integral, el proceso de ejecución de reparación económica se lo haga con la petición (no de demanda) del accionante al juez contencioso administrativo, en un proceso cuya resolución no es susceptible de recurso en tanto es de única instancia. Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 011-16-SIS-CC, caso n.º 0024-10-IS*.

gue a tener un carácter sancionatorio para el accionado y pueda respetar límites, como, por ejemplo, las razones de tipo económico en caso de los particulares y la sostenibilidad fiscal, en caso del Estado, así como otros vinculados a la propia dignidad de los accionados». ²³⁵ Así pues, la acción de protección:

podrá interponerse cuando se trate de evitar una vulneración de derechos, acción preventiva, o cuando debe detenerse el cometido de una violación de derechos, sin importar en ningún caso la gravedad. Para ello, basta que exista una violación o tan solo el peligro de una violación de un derecho reconocido en la Constitución para que pueda plantearse la acción. ²³⁶

Según Claudia Storini y Marco Navas, la consignación de la reparación integral dejó de ser un derecho legal y fue elevado por la Constitución como un «mandato de optimización para las garantías», con lo cual, tornó en precepto que orienta la justicia restaurativa, sobre la base de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. ²³⁷ En todo caso, esta garantía jurisdiccional está diseñada para que los jueces ordinarios desempeñen el rol de garantes constitucionales y conozcan y resuelvan con reconocida competencia aquellas denuncias de actos o hechos jurídicos violatorios de cualquier derecho constitucional, en dos instancias.

Un caso de activación de la acción de protección en el que se discutió la presunta violación del derecho a la propiedad ancestral y comunitaria fue el protagonizado por cerca de setenta familias integrantes de la comunidad El Verdum, cantón Tosagua, en la provincia de Manabí. Estas familias se dedicaban a la pesca artesanal, recolección de conchas y cangrejos, en el área circundante del manglar, y al trabajo agrícola en el estuario del río Chone.

Mediante acción de protección, las familias afectadas denunciaron que en la ejecución de trabajos para la adecuación de piscinas camaroneras en 137 hectáreas de terreno adquiridas mediante subasta pública por un empresario privado, este habría ocasionado daños ambientales atentatorios a la comunidad y a la naturaleza (art. 72) y vulnerado el derecho a la integridad personal, física, síquica y a la salud (art. 66.3). También se habría inobservado los mandatos de respeto a los derechos

²³⁵ Ramón Domínguez Águila, citado por Storini y Navas, *La acción*, 170.

²³⁶ Storini, «Las garantías constitucionales», 302.

²³⁷ Storini y Navas, *La acción*, 153.

de la naturaleza, promoción del bien común y anteposición del interés general sobre el particular (art. 5 y 7).

En este episodio entraron en conflicto el derecho a la propiedad privada, la propiedad pública sobre los manglares, el derecho a la propiedad ancestral y comunitaria e, incluso, los derechos de la naturaleza. En primera instancia se resolvió la improcedencia de la acción de protección; mientras que en la segunda, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí resolvió aceptar parcialmente la demanda. El empresario dedujo la acción extraordinaria de protección con la que demandó la presunta violación del art. 76.4 de la Constitución, es decir, vulneración del derecho al debido proceso por obtención de pruebas sin validez constitucional que acrediten existencia del daño ambiental denunciado. El análisis de este caso se realizará más adelante.

LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Como ya se ha anotado, la definición delimitadora de la tutela del derecho a la propiedad —es decir, el alcance protector que el art. 66.26 de la Constitución le reconoce por ser un derecho de libertad— se extiende hasta ser garantizado jurisdiccionalmente. El propio Ferrajoli distingue al derecho de propiedad como un derecho simplemente patrimonial, del derecho a la propiedad como uno fundamental,²³⁸ cuya realización no supone la abstracción jurídica limitada en la relación propietario-bien, sino la accesibilidad propietaria del sujeto para adquirir bienes y disponer de ellos. Ambas dimensiones son objeto de tutela judicial en aquellos procedimientos de vía ordinaria o por activación de la acción de protección (en este último caso, con excepción de los actos administrativos expropiatorios). En otras palabras, el punto focal de la discusión procesal es la garantía con la que el acceso a la propiedad y la propiedad son protegidos.

En efecto, el art. 94 de la Constitución admite la procedencia de la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional contra sentencias o autos definitivos dictados en la vía judicial de jurisdicción ordinaria o por ejercicio de la garantía jurisdiccional de acción de protección, «en los que se haya violado por acción u omisión

238 Simon, «La noción», 24.

derechos reconocidos en la Constitución». ²³⁹ De igual forma, el art. 58 de la LOGJCC amplía el radio de tutela, refiriéndose como objeto de protección a los derechos constitucionales y al debido proceso constitucional, lo cual es equivalente a aquellos procesos relativos al derecho patrimonial de propiedad y sus atributos, una vez que, por el principio de residualidad, haya terminado el proceso judicial ordinario. En otras palabras, cuando se haya interpuesto todos los recursos ordinarios y extraordinarios de impugnación reservados en la jurisdicción ordinaria hasta agotarlos. Al respecto, Claudia Storini sostiene que «la intervención de la Corte Constitucional se ha de limitar únicamente a los casos en los que no haya sido posible restablecer el derecho vulnerado por el cauce normal de la tutela judicial». ²⁴⁰

El rol supervisor de la Corte Constitucional sobre la Función Judicial —y en general sobre los poderes públicos— la encumbra como el máximo tribunal de control que asegura que la supremacía de la Constitución en la aplicación, observancia y conducta jurídica sea cierta y efectiva en el control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia, según el art. 429. Adicionalmente, este rol escruta la constitucionalidad de las decisiones de los órganos públicos administrativos y judiciales, y su concordancia con los valores del Estado constitucional de derechos y justicia, la Constitución, los derechos humanos y la ley (bloque de constitucionalidad), de forma que por acciones u omisiones que violenten derechos constitucionales o normas del debido proceso en decisiones definitivas, aquellas no sean tachadas de arbitrarias. ²⁴¹

Así pues, la Corte Constitucional constituye el órgano supremo de control y supervisión de la constitucionalidad de los actos del poder del Estado —que se encuentran vinculados entre sí por la Constitución a la que están sujetos y que los limita— ²⁴² y de aquellos casos concretos

239 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 94.

240 Storini, «Las garantías constitucionales», 309.

241 Daniel Herrendorf, *El poder de los jueces: Cómo piensan los jueces que piensan* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 77.

242 La cláusula del contenido esencial del derecho, señalada en las garantías normativas establecidas en los art. 11 (num. 4 y 8) y 132.1 de la Constitución, hace de la supervisión de la Corte Constitucional un elemento fundamental de control sobre la función Legislativa (y su prohibición expresa de alterar, distorsionar o restringir los derechos al aprobar las leyes), o sobre los distintos niveles de gobierno (a la hora de diseñar, planificar, ejecutar y regular las políticas públicas), o sobre la función Judicial

judicialmente finalizados por agotamiento de la recurribilidad procesal en la corte de legalidad, en cuya jurisdicción se haya deducido acciones reales que persiguen el bien objeto del ejercicio del derecho de propiedad —que dan lugar al inicio de procesos de conocimiento por la vía ordinaria, cuya resolución final es emitida por la corte de casación, es decir, por la Corte Nacional de Justicia, según el art. 266 del COGP—. ²⁴³

Consiguientemente, la Corte Constitucional puede revisar el apego constitucional de los fallos casacionales ejecutoriados en procesos de vía ordinaria civil —en torno al dominio, posesión o tenencia de algún inmueble o de algún derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis— o los de vía ordinaria administrativa en los que se discuta el precio expropiatorio de un bien, cuando de la resolución judicial no se ha obtenido una respuesta favorable para hacer frente a la vulneración del derecho;²⁴⁴ o cuando se trata de sentencias definitivas consecuentes de un procedimiento ordinario no constitucional (el resultante de deducir la acción de protección), en las que se ha vulnerado derechos constitucionalmente reconocidos —el derecho a la propiedad—, o el derecho a la tutela judicial efectiva, y dentro de ella el derecho al debido proceso constitucional.

En función de su correspondencia con las garantías procesales que atienden a la protección de los derechos humanos, aquel que ha sido positivado, normalmente en el ámbito constitucional, y que, por lo tanto, goza de una tutela reforzada frente a otros derechos, es un derecho fundamental.²⁴⁵ Este, a su vez, es un derecho primario, ilimitable e intransigible —de acuerdo con la definición doctrinal de Ferrajoli—,

(en las pautas interpretativas registradas en cada sentencia). Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 003-09-SEP-CC*.

243 «El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo. Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado. Se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración». Ecuador Asamblea, *COGP*, art. 266.

244 Storini, «Las garantías constitucionales», 308.

245 Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 2004), 46.

al cual le corresponden procedimientos de conocimiento constitucional. En cambio, la protección de los derechos patrimoniales, que son secundarios, limitables y transigibles, como el derecho de propiedad, corresponde activarla en procedimientos de conocimiento ordinario.²⁴⁶ En este sentido, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen la calibración interpretativa de la conducta resolutoria judicial de la corte de legalidad, representada en la sentencia como producto ajustado a los valores constitucionales, a la tradición de cumplimiento normativo de la sociedad y al canon de garantía de la tutela judicial efectiva. Esto está establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según los art., 44 y 63 de la Convención, en los siguientes términos:

En la pirámide de Kelsen se ve claramente que su base, es decir, aquello que la sustenta a toda ella para que ella pueda mostrarse justamente como lo que es, está constituida por las sentencias. Cuando un juez resuelve un caso, y para ello da a conocer su sentencia, no son las convicciones de ese juez las que condenan o absuelven: las sentencias lo hacen. Y la sentencia no será un puro capricho verbal del juez: ella estará fundada en una norma más general que la sentencia pues la sentencia, lo sabemos, es la más individual de las normas. Conforme vamos subiendo por la pirámide kelseniana, las normas aumentan en generalidad y en abstracción y se reducen en cantidad, por eso se trata de una pirámide y no de un cono invertido, o de un cilindro. De tal modo que la sentencia del juez estará fundada en una norma general o en los principios que ese juez hallare en normas generales. Pero a su vez, aquella ley o estos principios no serán una pura fantasía normativa: estarán también fundados en forma lógico-normativa en una Constitución, cúspide formal de la pirámide.²⁴⁷

La Corte Constitucional cumple, entonces, el papel de constitucionalizar la justicia en las decisiones tomadas en las cortes de legalidad, tanto en las acciones cuanto en las omisiones. Esto tiene el objetivo claro de guardar que los derechos constitucionales y las normas del debido proceso —y evidentemente el derecho a la tutela judicial efectiva— sean respetados en las resoluciones firmes o en las sentencias ejecutoriadas cuando la vía jurisdiccional se haya agotado; «teniendo

246 Ramiro Ávila Santamaría, «Diseño y práctica del amparo constitucional», en *El funcionamiento de la justicia del Estado*, ed. Luis Pásara (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011), 154-5.

247 Herrendorf, *El poder*, 90.

como efecto inmediato, si se encontrare la vulneración de estos derechos, la reparación del derecho violado y, por ende, el dejar sin efecto la resolución firme o ejecutoriada de la autoridad impugnada».²⁴⁸

LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN COMO MECANISMO DE TUTELA DEL DERECHO A LA PROPIEDAD. COMPRENSIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD EN LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES DE LOS PROCESOS DE ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Como mecanismo de tutela del derecho a la propiedad, la acción extraordinaria de protección constituye un efectivo instrumento garantista que demuestra a la «función social del proceso»,²⁴⁹ contrapuesta al excesivo individualismo que entendía al proceso, especialmente al proceso civil, como un asunto de exclusivo interés de las partes debido a que solo a estas les concernía conocer e impulsar la discusión de sus derechos en pugna.

Desde finales del siglo XIX, y concretamente a partir de la dictación de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca de 1895, inspirada por Franz Klein, la consideración del aspecto social del proceso, en la llamada publicización,²⁵⁰ fue expandiéndose sobre la base de la ideología jurídica de que en el proceso no solo se debe garantizar los derechos de las partes, sino fundamentalmente los principios y valores que cimientan la sociedad. En ese sentido, no es la aplicación fría de la ley la que importa o debe soportar al proceso, sino la capacidad interpretativa del juez que en sus sentencias recrea al derecho con el propósito de materializar el valor social de la justicia.

Al respecto, es destacable lo que Carlos Santiago Nino reflexiona cuando afirma que «se trata de determinar si la ley debe ser aplicada rígidamente, tal como está escrita, o si debe buscarse la justicia, siempre por medio de la ley, pero sustentada en los principios de moral y de ética, que debieron inspirarla».²⁵¹

248 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 003-09-SEP-CC*.

249 Juan Montero Aroca, citado por Carlos Parodi Remón, «¿Activismo o garantismo judicial?», en Ferrer Mac-Gregor, *La ciencia del derecho*, 314.

250 Parodi Remón, «¿Activismo?», 314.

251 Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1998), 18-22.

Esta es la esencia axiológica de instituir un estatuto procesal de tutela judicial con el que la actitud constitucional de las decisiones definitivas de la corte de legalidad es examinada por el órgano de control constitucional. Por consiguiente, la Corte Constitucional revisa si las resoluciones de los órganos jurisdiccionales se ciñen a los principios de supremacía constitucional, aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional, e interpretación integral de la norma constitucional, establecidos en los art. 5 y 6 del Código Orgánico de la Función Judicial.²⁵² En este sentido, es importante pasar revista a los fallos de aquellos procesos de acción extraordinaria de protección en los que la Corte Constitucional ha expuesto su comprensión sobre el derecho a la propiedad.

En varias sentencias, la Corte Constitucional ha calificado a esta garantía jurisdiccional como un instrumento constitucional, cuya naturaleza extraordinaria se manifiesta en la capacidad de control de sentencias, que el constituyente incluyó en la organicidad institucional del Estado como facultad revisora exclusiva del máximo órgano de control constitucional, para abstraer del análisis de la legalidad de los procesos la constitucionalidad de los fallos. El principio de supremacía constitucional y la configuración jurisprudente del Estado constitucional de derechos y justicia fortalecen la justicia constitucional y la constitucionalización²⁵³ de la sociedad, sobre la base del reconocimiento, respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Con un concepto general, en las sentencias 003-09-SEP-CC, 007-09-SEP-CC y 011-09-SEP-CC, la Corte define a la naturaleza de esta garantía de la siguiente manera:

La naturaleza extraordinaria de este recurso obliga a que su procedencia se dé exclusivamente cuando se hayan agotado los recursos ordinarios o

252 Ecuador Asamblea Nacional, *Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)*, Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009, art. 4-6.

253 En el considerando cuarto de la LOGJCC, se habla de la necesidad de contar con una ley que para garantizar la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza y supremacía constitucional, «promueva el fortalecimiento de la justicia constitucional y el proceso de constitucionalización del sistema jurídico, político y social, para que todas las prácticas institucionales y no institucionales se ajusten material y formalmente a las exigencias que se desprenden del texto constitucional». Ecuador Asamblea, *LOGJCC*.

extraordinarios, lo cual coloca a la acción extraordinaria de protección como una medida excepcional a ser invocada, exclusivamente, ante el agotamiento de la vía jurisdiccional en todas sus fases; solo ahí la Corte Constitucional, y exclusivamente respecto a una resolución definitiva en donde se hayan violado exclusivamente derechos constitucionales o normas del debido proceso, podrá actuar, situación parecida a lo que acontece en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.²⁵⁴

En sentido estricto, la acción extraordinaria de protección, para referirla en términos de Sagüés, es un «medio impugnatorio específico»,²⁵⁵ en sede constitucional. Este apunta solo contra sentencias definitivas emitidas en procesos de vía ordinaria o por ejercicio de cualesquiera garantías jurisdiccionales, cuya admisibilidad es exigente²⁵⁶ y del que destaca la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión, que constituye la piedra angular para comprender la naturaleza extraordinaria y autónoma de esta garantía y de su radio de tutela.

Aun cuando en el segundo inc. del art. 94 de la Constitución se llama *recurso* a esta garantía, no lo es. A lo sumo, tal referencia constituye un gazapo del constituyente, pues, de ser un recurso, constituiría un medio impugnatorio contra sentencia o auto definitivos dictados en la misma sede judicial, y con una sustanciación reducida. En cambio, como acción, su deducción se formula en sede jurisdiccional constitucional contra el acto judicial que definitivamente cierre el proceso judicial en la corte de legalidad para someter a examen su ceñimiento a los preceptos constitucionales, con un ámbito, sustanciación y efectos más amplios que el recurso y con plazo más extendido.²⁵⁷

254 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 003-09-SEP-CC*; *Sentencia n.º 007-09-SEP-CC*, caso n.º 0050-08-EP; *Sentencia n.º 011-09-SEP-CC*.

255 Néstor Sagüés, *Compendio de derecho procesal constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2009), 119.

256 «2. [...] Las judicaturas, salas o tribunales que dictan una decisión definitiva, y ante quienes se interpone una acción extraordinaria de protección están impedidos para efectuar un análisis de admisibilidad, dicha competencia es exclusiva de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional. Las juezas y jueces, una vez recibida la demanda, deberán remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término de cinco días, según lo dispone el art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional». Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 001-10-PJO-CC*, caso n.º 0999-09-JP.

257 Sagüés, *Compendio de derecho*, 120.

La activación de la garantía no supone subsanar errores de hecho en la sentencia, sino consolidar la aplicación uniforme de la ley conforme los valores y preceptos constitucionales, por lo que su examen de admisibilidad debe ser riguroso, en el marco de lo dispuesto por el art. 62 de la LOGJCC. Una de las condiciones que hay que cumplir es que la injusticia o error denunciados en la sentencia impugnada constituyan un problema jurídico de importancia constitucional, independientemente de los hechos discutidos en el proceso (num. 1, 2 y 3).

Otra exigencia es no confundir los requisitos constitutivos de un recurso extraordinario con los de esta acción, por lo que no se puede fundamentarla en falta de aplicación o errónea aplicación de la ley, ni referirse a la apreciación que el juez haya tenido de la prueba actuada (num. 4 y 5). Finalmente, una tercera condición supone a la admisión como un mecanismo que permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, solventar la inobservancia de los precedentes fijados por la Corte y sentenciar sobre asuntos relevantes y de trascendencia nacional (num. 8).²⁵⁸

En este marco conceptual y desde la perspectiva del derecho constitucional procesal —es decir, analizando la protección del derecho a partir de la aplicación de esta garantía desde el ángulo y perspectiva del derecho constitucional—,²⁵⁹ en este tramo del presente trabajo se estudiará la comprensión de la Corte Constitucional sobre el derecho a la propiedad —para lo cual se revisará algunas sentencias en los procesos de acción extraordinaria de protección—. Además, se analizará si las resoluciones adoptadas significaron ampliación o restricción de derechos, comenzando por revisar lo que para el máximo órgano de interpretación constitucional son los derechos humanos, los derechos fundamentales y los patrimoniales.

En razón de que el constitucionalismo ecuatoriano —entiéndase como el desarrollo de los derechos constitucionales fundamentales— se

258 Los num. 6 y 7 del art. 62 de la LOGJCC se refieren respectivamente al plazo dentro del cual debe deducirse la acción extraordinaria de protección y la imposibilidad de plantearla en contra de decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales.

259 Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al derecho procesal constitucional* (Ciudad de México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002), 27.

alimenta por la vía de la interpretación,²⁶⁰ y de que la Constitución no dispone de una lista cerrada en la que específicamente catalogue a los derechos fundamentales de exigibilidad inmediata (como en cambio, sí la tiene la Constitución española de 1978),²⁶¹ en las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana se recrea el derecho constitucional objetivo afinando los conceptos políticos fundamentales. Un ejemplo es el caso de la necesaria definición jurisprudencial del Estado liberal de derecho como un estadio anterior al actual Estado social de derecho. Al respecto, Farith Simon comenta lo siguiente sobre las sentencias 003-09-EP-CC, 011-09-SEP-CC, 015-09-SEP-CC:²⁶²

En varios fallos aparece la interpretación de que la noción derechos fundamentales ha evolucionado de contener exclusivamente a los derechos civiles y políticos y posteriormente se ha extendido a los derechos económicos, sociales y culturales o de los derechos de última generación. Textualmente dice la Corte: «Tradicionalmente, desde el Estado Liberal francés, se asocia la noción de derechos fundamentales con los tradicionales derechos civiles y políticos, sin embargo, dentro de la dinámica que caracteriza al Derecho, y en especial a los Derechos Humanos, aquellos se hacen extensivos a otros derechos como los Económicos, Sociales y Culturales, o de los derechos de última generación que, en su conjunto, constituyen una amalgama de derechos que deben ser protegidos por los jueces constitucionales».²⁶³

En efecto, en la afirmación de la Corte se aprecia la noción de que a los derechos fundamentales se los ha asociado primaria y comúnmente con los derechos civiles, y que en esa evolución se han expandido

260 Rodolfo Arango, «La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia», en *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un iusconstitutionale commune en América Latina*, coord. Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 21.

261 De acuerdo con el art. 53 de la Constitución española, la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en los art. 15 al 29 es exigible, preferente y sumariamente, de los tribunales ordinarios. España Congreso, *Constitución 1978*, tít. I «De los derechos y deberes fundamentales», cap. segundo «Derechos y libertades», art. 14-29.

262 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 003-09-EP-CC; Sentencia n.º 011-09-SEP-CC; Sentencia n.º 015-09-SEP-CC, caso n.º 0031-08-EP*.

263 Simon, «La noción», 12.

hacia una concepción de integralidad de bienes jurídicos inmanentes a la existencia del ser humano y de obligatoria protección de los jueces constitucionales, extendiéndose el espectro hacia otros dominios de protección.

Este señalamiento de la Corte Constitucional no es errado, si bien advierte la clave civilista²⁶⁴ con la que incluso la Convención Americana de Derechos Humanos está escrita —y hasta se la interpreta— y de la que progresivamente con el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales ha ido desprendiéndose hasta adoptar una interpretación basada en el principio de igualdad:

En la actualidad, los enfoques del sistema interamericano muestran una singular apertura caracterizada por dos fenómenos: por un lado, enmarcar hechos particulares en patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales vulnerables (léase mujeres, niños, pueblos indígenas, migrantes, enfermos mentales, personas privadas de libertad, entre otros) y en sus decisiones reconoce expresamente sus derechos sociales fundamentales; y por otro lado, utilizando la interpretación del principio de igualdad en clave social, para trascender *el alcance tradicional limitado a los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención Americana*.²⁶⁵

Empero, en su intento de definir a los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha incurrido en confusión, refiriéndolos como una categoría más limitada y diferente a los derechos constitucionales, o como todas las clases de derechos y de garantías, o como una categoría diferente a los derechos constitucionales o como una categoría específica.²⁶⁶ Más allá de la confusión conceptual —no de la facilidad de con la que emplee el concepto—,²⁶⁷ a la hora de resolver sobre la procedencia de la acción extraordinaria de protección en contra de sentencias dictadas en procesos de jurisdicción ordinaria, cuyos fallos finales han sido denunciados por supuesta vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, la Corte Constitucional ha

264 La cual, para usar el término empleado por la Corte, «tradicionalmente» hace la distinción entre derechos civiles y derechos sociales.

265 Armin Von Bogdandy, «Presentación», en Bogdandy et al., *Construcción y papel*, XIV.

266 Simon, «La noción», 13.

267 «La caracterización de un derecho como fundamental depende directamente del enfoque que se use, no de la facilidad de uso del concepto». *Ibid.*, 17.

reiterado en definir a los derechos fundamentales como una categoría distinta de otros derechos.

Así, por ejemplo, en la sentencia n.º 021-10-SEP-CC, la Corte ubica como tema central de discusión «si la disputa por un bien inmueble, como se evidencia en este caso, es o no un derecho fundamental». Es decir, según la Corte, la solución al problema jurídico dependería de resolver si la discusión de un derecho legal en la vía ordinaria constituiría un derecho fundamental, pues solo siéndolo este sería susceptible de protección constitucional mediante esta garantía jurisdiccional extraordinaria. La Corte desechó la demanda al concluir que: «analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, se colige que en el presente caso, debido a que se trata de un derecho patrimonial, el derecho de propiedad resulta ser el núcleo central de la demanda en cuestión sin que se evidencie violación de derechos constitucionales».²⁶⁸

La respuesta de la Corte a su propia interrogante ciertamente es injustificada, ya que no se descubre que la conclusión arribada sea el producto de una razonable motivación de la que se desprenda que, por no ser un derecho fundamental, el de propiedad sea un derecho no susceptible de protección constitucional, tal cual lo planteó (incluso en ese caso comete un error de razonamiento). Tampoco se aprecia que la justificación de la decisión sea motivacionalmente apropiada al concluir que, por tratarse de una disputa de un derecho patrimonial, no se evidencia vulneración de algún derecho constitucional. Según la Corte, la

268 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 021-09-SEP-CC, caso n.º 0177-09-EP*. Como consecuencia de la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Séptimo de lo Penal de Pichincha en el juicio de usurpación n.º 2038-96, se dedujo en la misma judicatura la acción indemnizatoria por daños y perjuicios, de la cual, en el juicio n.º 01-99, devino la sentencia expedida el 29 de junio de 2000, en la que se dispuso que los demandados paguen los valores constantes en el informe pericial; luego de haber sido recusada dicha judicatura, le correspondió conocer la causa al Juzgado Décimo Tercero de lo Penal de Pichincha, que por medio de providencia dictada el 2 de marzo de 2009, en el juicio por daños y perjuicios n.º 1405-2008, dispuso el remate de un bien inmueble embargado para el pago respectivo. La acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional se dedujo en contra de dichas providencias, sin embargo, de no ser autos definitivos, y de consiguientemente, no reunir el requisito de agotamiento previo de la etapa de impugnación, establecido en el art. 94 de la Constitución de la República y el art. 58 de la LOGJCC.

solución al problema jurídico dependería de resolver si la discusión de un derecho en la vía ordinaria —aunque esto no lo precisa— constituiría un derecho fundamental. De esto se desprende que solo siéndolo, sería susceptible de protección constitucional mediante esta garantía jurisdiccional extraordinaria.

El razonamiento de la Corte denota incoherencia entre la cuestión lógica y la respuesta conclusiva. Adicionalmente, evidencia un razonamiento judicial como si fuera un proceso de adecuación de forma y contenido en el que se aprecia que de antemano se tenía la respuesta jurídica al problema litigioso de una forma sempiterna y uniforme. Justamente, el criterio que trasluce a lo largo del trabajo de motivación tiene una alta carga civilista, pues concluye que en razón de que en la discusión judicial es el derecho (subjetivo) de propiedad el que se disputa, no hay razón jurídica alguna para su aseguramiento constitucional (lo cual es un error, porque, al ser un derecho constitucional, el *de* propiedad tiene protección constitucional, pese a no ser doctrinariamente fundamental).

Tampoco repara en que el derecho a la tutela judicial efectiva —y dentro de este el derecho al debido proceso— supone protección constitucional y en que al no haberse agotado la vía ordinaria con los recursos ordinarios y extraordinarios franqueados por la ley, la Corte sí consideró que no se cumplió con los requisitos constitucionalmente establecidos.²⁶⁹ Otra sentencia en la que se aprecia la clave civilista de la Corte es la n.º 132-09-EP, en la que se señala:

Así analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, se colige que, en el presente caso, el asunto de fondo se relaciona con el reconocimiento del derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad, hecho que nos sitúa en un ámbito de derechos posesorios, de dominio, patrimoniales, que eventualmente y de manera expectante podría asistir a la accionante, cuestión que no procede a ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección.²⁷⁰

Así como en estos dos casos la Corte entiende al *de* propiedad como un derecho al que autónomamente no le corresponde protección

269 El resumen del caso consta en la nota 268.

270 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 0007-10-SEP-CC, caso n.º 0132-09-EP*.

constitucional vía acción extraordinaria de protección, sino es por la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso; en otro, en cambio, reconoció especialmente la existencia de la violación al derecho de propiedad a causa de un precio expropiatorio injusto. En efecto, mediante sentencia n.º 0005-10-SEP-CC, la Corte resolvió aceptar parcialmente la acción extraordinaria de protección deducida por un particular inconforme con la determinación del justo precio expropiatorio: dispuso que se realice la fijación de «un nuevo y definitivo precio justo», previo cálculo pericial. Lo interesante de la sentencia es que la Corte describe al precio cuestionado como característicamente confiscatorio:

Si bien la causa ha cumplido con las etapas procesales, lo que evidencia el incumplimiento a las normas del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, dicho accionar, más allá de lesionar los derechos en mención, ha afectado directamente la cuantificación del justo precio a consignar por concepto del bien inmueble objeto de la expropiación, lo que, a nuestro criterio, atenta contra el derecho de propiedad y la amenaza de cometerse una injusticia; consecuentemente, convertir a la figura de la expropiación en una confiscación que prohíbe la Constitución.²⁷¹

Lo que descubre esta decisión de la Corte es que mediante la conexión de derechos se puede construir la solución argumentativa que permita que —por medio del vehículo procesal del debido proceso— la tutela judicial efectiva del derecho a la propiedad sea garantizada, se declare que este último hubo de ser violentado y amerita su reparación. En otras palabras, aun cuando el derecho de propiedad no supondría atención urgente en lo constitucional procesal, tampoco eso significa que el procesamiento de la materia patrimonial en la vía jurisdiccional ordinaria implique un vaciamiento de su naturaleza de ser un derecho que amerite protección constitucional. Esto se debe a que si el dueño es afectado con la expropiación del bien, es obligación del Estado garantizarle el acceso a otro que le permita, primero, mantener la situación económica que gozaba antes de ser sujeto del proceso expropiatorio y, segundo, evitar su empobrecimiento injusto.

Ese espacio debe ser llenado por un precio compensatorio que aproxime al interés social o nacional con el derecho individual de propiedad,

271 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 0005-10-SEP-CC*.

evitando que la razón de utilidad pública redunde en una confiscación simulada y que el pago del precio no exceda lo razonablemente reconocible como precio justo. En este aspecto, destaca la labor argumentativa de la Corte al integrar los preceptos constitucionales concurrentes a normar este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la propiedad, reconociendo a este último como un derecho cuya protección constitucional procede mediante la acción extraordinaria de protección.

¿En qué consiste la eficacia garantista mediante la «fundamentalidad de la tesis de conexidad»?²⁷² La tesis de conexidad —en la que la correlación de los derechos constitucionales permite integrarlos y aplicarlos en clave social, para que la esencia de un derecho no fundamental sea apreciada en contexto y relación directa con otro que sí lo sea— hace que el análisis de procedencia de protección constitucional procesal no dependa de la calificación de un derecho como fundamental o no, sino de la posibilidad real de tutelar a derechos constitucionales afectados por su conexión con el derecho fundamental vulnerado. Esto es, converge en el propósito de garantizar un derecho constitucional, previo el análisis de procedencia de la tutela de la acción extraordinaria de protección de un derecho constitucional en conexidad con un derecho fundamental.

En la sentencia n.º T-362/14, la Corte Constitucional colombiana define a la tesis de conexidad como:

La correlación entre los derechos fundamentales y los derechos colectivos, cuya titularidad radica en cualquier ciudadano, (y) permite que en ocasiones se utilice la acción de tutela para buscar la protección de derechos colectivos. Para la Corte, este evento resulta comprensible cuando la afectación del derecho colectivo también implica la del derecho fundamental, relación de conexidad a partir de la cual la jurisprudencia ha declarado la acción de tutela [...]. Caso diferente es que en ocasiones, al configurarse la violación de un derecho fundamental derivada del desconocimiento de un derecho colectivo por una autoridad pública o un particular, el juez deba darle prelación a la protección mediante acción de tutela, en razón de la inmediatez que exige la defensa de un derecho de ese rango. Así, esta Corporación [sic] ha aceptado que, no obstante existir la posibilidad de acudir en tal evento al ejercicio de una acción popular, proceda el amparo por la vía de la tutela y así dejar a salvo un derecho fundamental.²⁷³

272 Arango, «La justiciabilidad», 21.

273 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-362/14, expediente T-4.195828, 10 de junio de 2014. El problema jurídico planteado por la Corte fue: «¿Es procedente

ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LA COMUNIDAD EL VERDUM

En la sentencia n.º 065-15-SEP-CC del caso n.º 0796-12-EP, la Corte destaca de una parte que la acción extraordinaria de protección es un instrumento garantista diseñado para conocer «la vulneración de derechos constitucionales o de las normas del debido proceso» —cuya finalidad es evitar la impunidad de su violación en sentencias, autos y resoluciones firmes y ejecutoriados sometidos a su revisión constitucional—, y de otra, que en el contexto del caso concreto, existe un conflicto entre los tipos de propiedad constitucionalmente reconocidos (privada, ancestral y comunitaria) y los derechos de la naturaleza, afirmando que esta garantía jurisdiccional:

la acción de tutela para solicitar la protección del derecho fundamental del medio ambiente en conexidad con la salud, la vivienda y el agua potable, presuntamente vulnerados por una empresa minera que, autorizada por la autoridad ambiental, realiza voladuras cerca (sic) a una zona residencial?». Si bien la conclusión de la Corte fue negar la acción de tutela (el equivalente colombiano a la acción extraordinaria de protección en Ecuador), lo hizo porque «la Sala encontró que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para dar trámite a la solicitud de protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vivienda y al agua potable en conexidad con el medio ambiente de los accionantes, tras verificar que pueden hacer uso de la acción popular [...]. En consecuencia, ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial idóneos diferentes a la acción de tutela y la inexistencia de un inminente perjuicio irremediable que hiciera procedente la acción de tutela de manera transitoria, la Sala confirmará, por las razones aquí expuestas, la decisión proferida por el Juez Civil del Circuito de Madrid, Cundinamarca, el 12 de septiembre de 2013, que confirmó la sentencia del Juez Civil Municipal de la misma localidad, en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela de la referencia».

En otras palabras, la tutela de protección de un derecho constitucional en conexidad con otro es procedente siempre que no exista otro mecanismo para solicitarla. En su motivación, la Corte Constitucional colombiana estableció lo siguiente: «Sin embargo, excepcionalmente ha considerado procedente la tutela cuando, además de un derecho colectivo, se afecta un derecho individual fundamental y los medios defensa a disposición del tutelante no son idóneos —como la acción popular— o en el caso se advierte un inminente perjuicio irremediable de naturaleza iusfundamental». Otros casos en los cuales se aprecia a la conexidad como método de interpretación constitucional en función de las circunstancias concretas que demandan solución integral son: Colombia Corte Constitucional, *Sentencia T-473/08, expediente T-1638678*, 15 de mayo de 2008; *Sentencia T-675/11, expediente (acumulado): T-3012630, T-3018887 y T-3030697*, 9 de septiembre de 2011.

constituye un mecanismo procesal para declarar, proteger y reparar los derechos constitucionales frente a su vulneración o peligro inminente, pues la Constitución de la República como los instrumentos internacionales sobre [el] tema de los *derechos ancestrales y el ecosistema manglar*, así como las leyes secundarias tienen por finalidad impedir el deterioro de los mismos, así como la irrupción irracional en tierras ancestrales que constituyen la riqueza patrimonial; por su diversidad de culturas y ecosistemas son espacios vitales para todos los ecuatorianos y las generaciones futuras. *Toda afectación a espacios comunitarios*, ya sea por la intervención de las actividades del Estado o de los particulares que ocasionaron daños poniendo en peligro la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad, la integridad del patrimonio genético del país, y la subsistencia misma de las comunidades y su patrimonio natural y cultural, *torna exigible y aplicable la tutela, así como su reparación por constituir de interés público.*

A partir de la Constitución de la República del Ecuador, *se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos*, estableciendo una serie de garantías destinadas a la conservación, protección, regeneración y mejoramiento de la misma, con la finalidad de garantizar un desarrollo sustentable, sostenible y armónico de las personas con la naturaleza.²⁷⁴

La acción extraordinaria de protección fue deducida por el empresario camaronero (Jefferson Loor Moreira), quien cuestionó el fallo de segunda instancia —en el que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí aceptó parcialmente la demanda con la que los comuneros de El Verdum dedujeron acción de protección en su contra, «por desplazamiento forzado del territorio ancestral, destrucción de manglares, tala de bosques, donde desarrollaban las actividades de recolección de conchas, cangrejos, pesca artesanal, que sirve de sustento de 70 familias»—,²⁷⁵ exclusivamente por vulnerar el art. 76.4 de la Constitución,²⁷⁶ «pues considera que sin tener prueba de la existencia del daño ambiental y sin conocer realmente la posi-

274 Ecuador Corte Constitucional, *Sentencia n.º 065-15-SEP-CC, caso n.º 0796-12-EP.*

275 «La pretensión de dicha tutela hace extensivo a que el juez ordene la reparación que consiste en la restauración del ecosistema y de los derechos de la naturaleza». *Ibíd.*

276 El art. 76 de la Constitución de la República establece: «En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria».

ble vulneración constitucional que alegaron los accionantes, revocan la sentencia del primer nivel que fue debidamente motivada [sic].²⁷⁷ Por consiguiente, en el examen de constitucionalidad demandado por el accionante específicamente concernía a determinar si la sentencia se sustentó en pruebas sin validez constitucional.

En tal sentido, la Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido por el art. 86 de la LOGJCC, dispuso la práctica de pruebas antropológicas de determinación del tiempo de origen de la comuna («desde la década de los 50 del siglo veinte»),²⁷⁸ sobre la base de las cuales reconoció que:

los comuneros de El Verdum se encuentran en posesión y explotación ancestral dentro de la zona antes mencionada, pero subordinados por los empresarios camaroneros de la zona, en el presente caso, del *señor Jefferson Antonio Loor Moreira, quien no solamente estaría coartando el libre desarrollo de las actividades de los comuneros de El Verdum, sino incitando al desplazamiento forzoso del territorio donde ejercen la recolección de conchas, cangrejo y pescado para su sustento, situación que afecta el interés común de su colectividad [...]*. En tal virtud, las pruebas pedidas, ordenadas y practicadas e incorporadas al proceso han observado el debido proceso, en consecuencia, no incurre en los previstos en el art. 76, num. 4 de la Constitución de la República, pues *las mismas han corroborado un inminente desplazamiento y obstaculización de los demandantes de la acción de protección, de las tierras ancestrales*.²⁷⁹

No obstante haber resuelto el problema jurídico del examen constitucional originalmente planteado —supliendo la prueba cuestionada de inconstitucional por otra ordenada, practicada e incorporada de acuerdo con el rigor constitucional—, y de reconocer probatoriamente el desplazamiento forzoso de los comuneros causado por el accionante —con las consecuencias sociales y económicas, y los estragos al ecosistema de cuyos recursos naturales se proveían para su subsistencia—, la Corte añadió un segundo examen de constitucionalidad orientado a «determinar si la sentencia impugnada, al disponer la reparación del daño ambiental, se encuentra debidamente sustentada en la seguridad jurídica».²⁸⁰ A partir de este nuevo elemento, la postura garantista de la

277 Ecuador Corte, *Sentencia n.º 065-15-SEP-CC*.

278 Ver anexo.

279 Ecuador Corte, *Sentencia n.º 065-15-SEP-CC*.

280 *Ibíd.*

Corte da un giro de corte civilista, escrutando la sentencia de segunda instancia con la disposición normativa del art. 82 de la Constitución, haciendo de la seguridad jurídica un rasero sustituto del examen de constitucionalidad original.

A fin de analizar esta parte de la sentencia de la Corte Constitucional, es necesario conocer qué es lo que resolvió la sentencia de segunda instancia. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí aceptó el recurso de apelación interpuesto por los comuneros de El Verdum, aceptando parcialmente la demanda y disponiendo que:

el propietario del predio Jefferson Loor Moreira, *destine en beneficio de uso y explotación de la comunidad El Verdum* y como reparación al medio ambiente por los daños causados anteriormente que no son de su autoría, el 20 % de la extensión total del predio como reposición de las áreas destruidas en que se violentó los derechos de la naturaleza que como beneficiaria de esta acción interpuesta por el grupo de personas deben reponerse en donde se deberá resembrar y activar dichas especies forestales *sin que su dominio le sea extinguido al propietario pudiendo también gozar de los mismos*, para el efecto, *en la ejecución del fallo, deberá tomarse como referencia la delimitación de esta porción en las áreas circundantes a los linderos de la comunidad que se encuentren más adyacente[s] al asentamiento poblacional en relación con la conexión con las áreas del manglar*, otorgando accesos mediante caminos para realizar sus labores diarias de sustento a las familias demandantes, para la reposición de estas áreas se considera que no perjudica a las ya construidas con piscinas camaroneras pues, la revocatoria del permiso de funcionamiento corresponde a otra autoridad estatal. Como consecuencia de lo anterior, en caso de no iniciarse dicha delimitación y regeneración de las áreas de manglares destruidas, en el plazo máximo de sesenta días de haberse ejecutoriado esta sentencia se impondrá una indemnización por mora de cien salarios unificados cada tres meses en beneficio de la comunidad para ser dedicadas en áreas de salud.²⁸¹

La Corte Constitucional cuestionó a la sentencia de apelación, definiéndola como violatoria del art. 323 de la Constitución —que confiere solo al Estado la potestad expropiatoria—, al disponer como medida reparatoria que el señor Jefferson Loor Moreira destine «en beneficio de uso y explotación» de los comuneros y como reparación

281 *Ibíd.*

medioambiental el 20 % de la extensión total del predio como reposición de las áreas destruidas, si bien manteniendo el derecho de dominio y el goce de las especies forestales que por tal concepto debía resembrar como reparación a los daños causados a la naturaleza; concretamente, la Corte Constitucional fue del siguiente criterio:

En el presente caso, se condena al legitimado activo a destinar el 20 % de la extensión total de su propiedad, sin que se observe un procedimiento en el cual se determine que la propiedad o parte de ella, hayan sido declarados previamente de utilidad pública o de interés social y nacional, pues *en la sentencia no determina una previa y justa valoración e indemnización y pago de la propiedad, conforme manda la Constitución*, tomando en consideración que el accionante fue comprador de buena fe, que adquirió la propiedad en el año 2010.²⁸²

Además, la Corte consideró que la resolución judicial violó la propiedad pública que, en virtud de los art. 406 y 408 de la Constitución, tiene el Estado sobre los manglares existentes en esa superficie de terreno.

Para analizar la observación de la Corte, es necesario pasar breve revista al instituto de la expropiación forzosa y a partir de su definición establecer si la medida reparatoria es efectivamente transgresora de la definición de aquel instituto. Como ya se analizó en el capítulo primero, la expropiación forzosa requiere según las exigencias del art. 323 de la Constitución de: 1. La reserva de ley, 2. La *ratio expropriandi*, 3. La indemnización y 4. El debido proceso expropiatorio. En virtud del primer elemento, al acto administrativo de utilidad pública debe antecederle la ley que declare el propósito expropiatorio y la finalidad pública; por el segundo, la causa de expropiación difiere de la mera transferencia de bienes; gracias al tercero se garantiza que el afectado mantenga la situación patrimonial que tenía antes del despojo; y por el cuarto, se realiza el procedimiento en virtud del cual se expropia.

En ese marco normativo, ¿la medida reparatoria dictada sería una medida expropiatoria o equivalente a una «expropiación indirecta»? Para responder la cuestión, es necesario apuntar que en los subsistemas jurídicos correspondientes a la familia romano germánica —como el español, el ecuatoriano, peruano o colombiano, o en general el

282 *Ibíd.*

imperante en Iberoamérica—, el contenido esencial del derecho a la propiedad comprende el derecho subjetivo (vertiente individual), subordinado al derecho público (vertiente social) por la función social que le es inherente, de modo que los atributos de la propiedad (facultad de uso y aprovechamiento, facultad dispositiva y valor económico que hacen apto al bien para usarlo, gozarlo y disponer de él) se ejercen de conformidad con el bien común. Así pues, solo el Estado puede privar de la propiedad con una compensación económica que indemnice el sacrificio no exigible del afectado en el marco del debido proceso.

El derecho estadounidense,²⁸³ en cambio, sustancialmente construido con la institución del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema, no contempla a la expropiación forzosa como invasión legítima del Estado a la propiedad privada (poder de dominio eminente), sino al poder soberano del Estado (poder de policía) facultado para dictar medidas dentro de un debido proceso, cuyo objetivo sea precautelar la salud, seguridad, educación o, en fin, el bienestar general. Si las medidas llegan a incidir en forma excesiva en la propiedad al punto de lesionarla, se produce una expropiación indirecta,²⁸⁴ que es un instituto identificado con el derecho internacional de inversiones,²⁸⁵ y tiene raíz estadounidense. «Expropiación

283 La Constitución de los Estados Unidos consagró la cláusula de expropiación a partir de la Quinta Enmienda (1791), que establece que la propiedad no será tomada para utilidad pública sin justa compensación; en tanto que con la Décimo Cuarta Enmienda (1868) se incluyó la cláusula del debido proceso que impone la garantía de que ningún Estado privará a cualquier persona de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal. Estados Unidos Convención Constitucional de Filadelfia, *Constitución de los Estados Unidos*, 1787, <https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf>.

284 Raffó Velásquez Menéndez, «Expropiación indirecta: Justificación, regímenes, casos, criterios y usos», *Revista Ius Et Veritas* n.º 46, (2013): 233–4, <http://www.academia.edu/11466064/Expropiaci%C3%B3n_indirecta._Justificaci%C3%B3n_reg%C3%ADmenes_casos_criterios_y_usos>. Como instituto jurídico propio del derecho internacional de inversiones y a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional del Perú, el autor analiza la expropiación indirecta como exceso producido por medidas normativas o regulatorias sobre el derecho de propiedad.

285 Al respecto, basados en el derecho estadounidense, los Tratados Bilaterales de Inversión, o los Tratados de Libre Comercio, reconocen la necesidad de tutelar la propiedad contra las expropiaciones indirectas. *Ibid.*, 235. Por ejemplo, en el cap. IX del «Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile, Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica

forzosa y expropiación indirecta legítima se sujetan a similares condiciones, salvo por el hecho de que en la primera la afectación solo puede ser decretada por leyes. En cambio, en la segunda, la lesión puede provenir de ese u otro tipo de normas o actos estatales»²⁸⁶ que, respetando el debido proceso, persigan fines públicos, e impongan una indemnización. En otras palabras, ambas son resueltas luego de un debido proceso legalmente instituido y previa indemnización por la privación de la propiedad.

Si el juez de garantías constitucionales no es autoridad competente para dictar medidas normativas o regulatorias sobre el derecho de propiedad (o declarar de utilidad pública al bien afectado), ni hay de por medio indemnización que compense la privación de la propiedad del bien, y tampoco se ha llevado a cabo el debido proceso para el efecto, su decisión tendría efectos de una expropiación indirecta. La sentencia en virtud del cual se dispuso que se destine, en beneficio de uso y explotación de la comunidad y como reparación del medio ambiente, el 20 % de la extensión total del predio como reposición de las áreas destruidas, constituiría una decisión con efectos de expropiación indirecta no

para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado entre Colombia y Chile (ACE 24) del 6 de diciembre de 1993», se prevé dos modalidades de expropiación: directa e indirecta. En ambos casos, se deben cumplir las siguientes condiciones: «(i) que sea por causa de utilidad pública o de interés social; (ii) se aplique de manera no discriminatoria; (iii) medie un pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y (iv) se respete el debido proceso. Se prevé igualmente que la indemnización deberá (i) ser pagada sin demora; (ii) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria sea llevada a cabo; (iii) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de la expropiación; y (iv) ser completamente liquidable y libremente transferible. La denominada expropiación indirecta, consistente en un acto o una serie de actos realizados por una parte que tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa, pero sin transferencia formal del derecho de dominio. Se establece como condición que debe cumplir la medida de efecto equivalente a la expropiación directa, la realización de una investigación fáctica, caso por caso, que considere entre otros factores los siguientes: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) el grado en el cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental». Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-031/09, Expediente LAT-323*, 28 de enero de 2009.

286 Velásquez Menéndez, «Expropiación indirecta», 239.

contemplada en el ordenamiento jurídico aplicable, que solo reconoce a la expropiación forzosa o directa.

La sentencia de la Corte, al calificar a la medida reparatoria como violatoria de la garantía expropiatoria, es terminante: impone el criterio de que toda afectación que no cumpla con las exigencias del art. 323 de la Constitución constituye una lesión grave al derecho a la propiedad, y amerita ser eliminada. La Corte interpreta, por lo tanto, que si bien en la Constitución no se hace ninguna mención a la proscripción de la expropiación indirecta, tampoco eso equivaldría a que la tolere, considerando el hecho de que al reconocer al derecho de propiedad, la expropiación indirecta es inadmisibles y, por ende, no forma parte del régimen jurídico ecuatoriano.²⁸⁷ En consecuencia, cualquier acto o medida de gobierno que signifique privación de la propiedad y no sea dictado según la normativa expropiatoria forzosa, equivaldrá a despojo ilegítimo y de censura constitucional.

287 El 30 de abril de 2008, la empresa Promotora e Inmobiliaria Town House S.A.C. demandó el amparo constitucional contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, pretendiendo se inaplique la Ordenanza n.º 1099-MML, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 12 de diciembre de 2007, en virtud de la cual se aprobó el Reajuste Integral de la Zonificación de los usos del Suelo del Distrito de Chaclacayo. Sostuvo que dicho dispositivo vulnera sus derechos constitucionales de propiedad, al trabajo y a la libertad de empresa. En sentencia, el Tribunal Constitucional resolvió: «Declarar fundada en parte la demanda; en consecuencia [declarar] inaplicable la Ordenanza n.º 1099-MML para el caso en concreto, debiéndose respetar lo señalado en el art. 35 de la Ordenanza Municipal n.º 620-MML, teniendo presente lo dispuesto en el fundamento 16 de esta sentencia».

Al respecto, se destaca el fundamento 12 en el que se alude a la violación que dicha regulación representó para el derecho de propiedad privada: «Si bien la Constitución no hace mención expresa relativa a la proscripción de las expropiaciones indirectas, lo que no significa que la Constitución las tolere, una interpretación constitucional válida lleva a concluir que toda vez que la Constitución reconoce, respeta y protege el derecho de propiedad de los privados como parte del modelo de economía social de mercado al que se adscribe y al establecer la exigencia de un adecuado procedimiento expropiatorio que incluya un pago en efectivo de indemnización justipreciada para intervenir sobre la propiedad de privados, las expropiaciones indirectas se encuentran proscribas. Al respecto, las bases constitucionales que fundamentan la protección contra las expropiaciones regulatorias o indirectas se encuentran en los arts. 70, inc. 2, 63, 71. y 61 de la Constitución». Perú Tribunal Constitucional, *Acción de amparo constitucional, expediente n.º 00239-2010-PA/TC*, 5 de noviembre de 2012, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00239-2010-AA.html>>.

Sin embargo, ¿la decisión de la Corte Constitucional fue justa?²⁸⁸ Para responder esta cuestión es necesario empezar ratificando lo que establece el art. 11.2 de la Constitución para el ejercicio de los derechos, afirmando que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. En consecuencia, por el principio de igualdad todos quienes realicen una inversión, extranjeros o nacionales, deberán ser tratados en igualdad de condiciones. En efecto, el art. 339 consagra que «la inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo»²⁸⁹ —con el límite restrictivo establecido por el art. 405 en virtud del cual, ninguna persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá adquirir tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas restringidas—; y el art. 18 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI),²⁹⁰ al precaute-

288 Esta cuestión amerita formularse, considerando que en uno de los fundamentos de la motivación de la sentencia, la Corte Constitucional invoca el precepto constitucional que consagra al sistema judicial como un medio de realización de la justicia: «De allí que resulta relevante el rol que desempeña el juez, pues constituye parte esencial del proceso; en este sentido se ha otorgado la potestad para que por medios que él considere, llegue a determinar la afectación del derecho ancestral de la colectividad, del ecosistema manglar, precisamente por el mandato preventivo constante en el art. 169 de la Constitución, que establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia; como juzgador garante-activista, impulsa la instrumentalidad o flexibilidad de las diligencias para declarar o no las supuestas vulneraciones alegadas». Ecuador Corte, *Sentencia n.º 065-15-SEP-CC*.

289 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 339.

290 El art. 18 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones determina: «Derecho de propiedad.- La propiedad de los inversionistas estará protegida en los términos que establece la Constitución y demás leyes pertinentes. La Constitución prohíbe toda forma de confiscación. Por lo tanto, no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones a las inversiones nacionales o extranjeras. El Estado podrá declarar, excepcionalmente y de acuerdo con la Constitución, la expropiación de bienes inmuebles con el único objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, de manera no discriminatoria y previa a la valoración y pago de una indemnización justa y adecuada de conformidad con la Ley». Ecuador Asamblea Nacional, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI)*, Registro Oficial 351, 29 de diciembre de 2010, art. 18.

lar el derecho de propiedad ratifica lo instituido por el art. 323 de la Constitución.

Para el caso concreto, ¿la adquisición mediante subasta pública de las 137 hectáreas sobre las cuales el empresario construyó piscinas camaroneras, y dentro de las cuales se encuentran 34 hectáreas en posesión ancestral de los comuneros, constituye una inversión? Según la definición que el art. 13 del COPCI hace de «inversión e inversionista nacional»,²⁹¹ obviamente sí y, por tanto, el derecho de propiedad que ostenta goza de tutela constitucional. Sin embargo, ¿en virtud de su inversión, puede el inversionista realizar actos que afecten el derecho a la propiedad de terceros o violar los derechos de la naturaleza? La respuesta es no. Y es por ello que la decisión judicial no debe ser vista desde el prisma puramente legalista —es decir, a partir de las exigencias de la figura expropiatoria—, sino desde lo que esencialmente es: una medida de reparación integral, cuya categoría como principio del derecho debe estar presente en toda resolución judicial sobre vulneración de derechos.²⁹²

291 El art. 13 del COPCI dice: «Definiciones.- Para efectos de la presente normativa, se tendrán las siguientes definiciones: d. Inversión nacional.- La inversión que es de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas ecuatorianas, o por extranjeros residentes en Ecuador, salvo que demuestren que se trate de capital no generado en Ecuador; y, e. La persona natural o jurídica ecuatoriana, propietaria o que ejerce control de una inversión realizada en territorio ecuatoriano. También se incluyen en este concepto, las personas naturales o jurídicas o entidades de los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios ecuatorianos, propietarios o que ejercen control de una inversión realizada en territorio ecuatoriano. Las personas naturales ecuatorianas que gocen de doble nacionalidad, o los extranjeros residentes en el país para los efectos de este Código se considerarán como inversionistas nacionales. No se considerará como inversión extranjera, aquella realizada por una empresa nacional o extranjera, cuyas acciones, participaciones, propiedad o control, total o mayoritario, le pertenezca a una persona natural o sociedad ecuatoriana». Ecuador Asamblea, *COPCI*.

292 El art. 86.3 de la Constitución dispone que constatada la vulneración de derechos, el juez de garantías constitucionales habrá de ordenar la reparación integral material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas que debe cumplir el destinatario de la decisión judicial. Al respecto, se destaca la valoración que Claudia Storini y Marco Navas hacen de la reparación integral «como algo más que una institución del ordenamiento jurídico convirtiéndose en un principio del derecho, que debe estar presente en toda resolución judicial referente a la vulneración de derechos», y en este sentido, constituye el fin material de la garantía jurisdiccional. Storini y Navas, *La acción*, 154-5.

La medida reparatoria contenida en la decisión judicial no debió ser apreciada por la Corte Constitucional como violatoria de la garantía expropiatoria del empresario camaronero, pues el fin de habérsela dictado no era despojar de la propiedad privada, sino lo que esencialmente constituye la reparación integral: procurar que los titulares del derecho violado vuelvan a gozar del derecho de la manera más adecuada posible, restableciendo la situación anterior al daño causado por el particular.²⁹³ La Corte Constitucional reconoció la ocurrencia, sin centrarse en quien vulneró el derecho sino preocupándose de la persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, cuyos derechos han sido lesionados, correspondiéndole al juez actuar con la creatividad suficiente para ordenar y especificar dichas medidas dentro del marco de las posibilidades establecidas en las disposiciones legales y constitucionales.²⁹⁴ En este sentido, en la medida judicial no existe vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad privada.²⁹⁵

293 Al respecto, es interesante rescatar lo que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia definió en su tiempo sobre la reparación del daño en el juicio ordinario por indemnización de daños y perjuicios que siguió el Comité «Delfina Torres Vda. de Concha» contra Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción. En el vigésimo séptimo considerando, de una parte reconoció la existencia de dos modos de resarcir a la víctima: un modo de hacerlo es lo que se denomina reparación natural o *in nature* (que consiste en la reintegración en forma específica o reparación en especie: implica literalmente volver las cosas al estado que tendrían si no hubiese ocurrido el hecho dañoso), y el otro modo de reparar el daño es la llamada reparación por equivalente o propiamente indemnización, mediante la cual aunque no se reintegre en forma específica el bien dañado se compensa o resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del perjuicio por una cantidad dineraria; y de otra, admitió que «la reparación *in nature* resulta de imposible aplicación en el ámbito del daño moral». Ecuador ex Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución n.º 229-2002, de 29 de octubre de 2002, 26.

294 Storini y Navas, *La acción*, 157-70.

295 «La fundamentalidad de un derecho no puede ni debe residir en la posibilidad de interponer recurso de amparo, o en la reserva de su desarrollo a través de ley orgánica, estos criterios no sirven, a mi juicio, para definir o configurar los derechos fundamentales, por lo que tampoco pueden erigirse en criterio que excluya de tal condición a otros derechos. La verdadera garantía de los derechos fundamentales se deduce del apartado 1 del art. 53 de la CE, su vinculación a todos los poderes públicos, de manera que ni el legislador, ni las administraciones públicas, ni el poder judicial pueden con sus actuaciones vulnerar su contenido. Esto es lo que verdaderamente caracteriza a los derechos fundamentales, que su respeto no sea una alter-

Esa creatividad para no limitarse a disponer la reparación integral mediante la compensación económica, no debió ser vista por la Corte como transgresora de la garantía expropiatoria, sino como una forma de darle eficacia, eficiencia y rapidez a la medida, en proporción y suficiencia al daño causado, considerando lo que denuncian Claudia Storini y Marco Navas en el sentido de que «en muchos casos la supuesta reparación integral se limita a una restitución al estado anterior de la violación, y la reparación económica es generalmente remitida a otro proceso».²⁹⁶ Esto constituye una dificultad que agrava la situación del afectado —los comuneros de El Verdum—, cuando se trata de un particular —para el caso, el empresario camaronero—, ya que según el art. 19 de la LOGJCC, debe determinar mediante la vía verbal sumaria el monto de la reparación si esta implica pago en efectivo por el acto cometido por un particular.²⁹⁷

En este sentido, fue el daño causado el episteme respecto del cual la sentencia de apelación fue dictada para remediar el daño causado y reparar integralmente a los afectados, no la intención expropiatoria del juzgador —y tampoco una medida dictada en función de otro interés, aun público, con beneficiarios que no sean los propios comuneros—, pues, en razón de no ser una autoridad estatal con competencias administrativas normativas o regulatorias sobre el derecho de propiedad, no puede ser calificada su decisión judicial como expropiatoria.

Además, al establecer como fórmula de remediación que se destine el beneficio del uso del predio en igual proporción al daño causado al ecosistema del cual se valían los comuneros para obtener sus medios de sustento, el juez no hizo sino establecer como reparación una obligación de hacer (admisible en el derecho de daños); en este caso, hacer la entrega de los beneficios del uso de esa extensión del predio a

nativa para los poderes públicos, sino una auténtica obligación». López Quetglas, «El derecho a la propiedad», 339-40.

296 Storini y Navas, *La acción*, 175.

297 Mediante sentencia interpretativa con efecto *erga omnes* del art. 19 de la LOGJCC, la Corte Constitucional previó que cuando sea el Estado el obligado al pago en dinero como medida reparatoria, el proceso de ejecución de reparación económica se lo hará mediante petición y no con demanda, será de única instancia no susceptible de recurso de apelación. Corte Constitucional, *Sentencia n.º 011-16-SIS-CC*.

los comuneros, sin que el particular pierda sus facultades de uso, goce, aprovechamiento y dispositivas del bien, e inclusive el valor económico del bien.²⁹⁸ Se toma como referencia la delimitación de esa porción (el 20 %) con el área poblada más cercana al manglar, para lo cual el causante debía habilitar las vías de tránsito para que los comuneros accedan al lugar con igual o similar posibilidad como la que tenían antes de haberse producido el daño. Disponer como medida reparatoria el cumplimiento de una obligación de hacer no constituye expropiación alguna, sino una alternativa prestacional lo más próxima posible a la restitución para devolver a los comuneros a la situación anterior a la violación, y con esta medida de reparación integral²⁹⁹ puedan recuperar el acceso físico a una locación del ecosistema y puedan obtener de allí sus medios de subsistencia.³⁰⁰

298 En la doctrina jurídica estadounidense sobre expropiación indirecta, la flexibilidad interpretativa ha forjado varias posiciones como la del test del uso económicamente viable (que hace de un bien económicamente viable y de utilidad continua), aplicado por la Corte Suprema en los casos *Penn Central Transportation Co. Contra City of New York*, y en *Agnis contra City of Tiburon*. Este examen se resume a reconocer la existencia de una expropiación indirecta cuando el bien afectado ha perdido todo uso económico al punto de no ser atractivo y carecer por completo de aptitud de aprovechamiento. Velásquez Menéndez, «Expropiación indirecta», 249-50.

299 «La reparación integral desde el enfoque garantista, consagrado en la Constitución la legislación que la desarrolla, no opera adecuadamente. El problema [...] radica en que los jueces encargados de administrar justicia constitucional, todavía miran el tema de la reparación desde una perspectiva tradicional patrimonialista o pecuniaria de la personalidad». Storini y Navas, *La acción*, 178.

300 «En relación con la restitución, siempre que sea posible, se debe devolver a la víctima a la situación anterior a la violación. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes. La indemnización deberá concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como: el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales». *Ibíd.*, 162.

¿Constituye la sentencia de la Corte Constitucional una resolución de efectiva protección de la tutela judicial? O en otras palabras, ¿la resolución de la Corte Constitucional hizo asequible el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva para las partes en conflicto? Para resolver la cuestión, es necesario entender qué significa *efectivo* y con qué parámetros se define a la *efectividad* en la tutela judicial. Con ese propósito, debe distinguirse a lo *eficiente* de lo *efectivo* y a ambos de lo *eficaz*, pues no son sinónimos. Conforme las definen Claudia Storini y Marco Navas, la efectividad es la capacidad de asegurar el objeto esperado en función de la validez, la eficiencia es la capacidad de disponer de algo para conseguir su objeto y la eficacia es la capacidad de conseguir el objeto.³⁰¹

En el ejemplo propuesto, se aprecia que la efectividad de la tutela no se alcanzó con la sentencia de revisión constitucional. Esto se debió a que la garantía integral de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y a la propiedad —cuyo ejercicio se comprometió con el daño efectuado y que fue reconocido por la Corte en su fallo— no fue atendida, sino en función del aspecto eminentemente procesal al ordenar que la causa se retrotraiga al momento previo a la sentencia de segunda instancia. Se soslayó la medida de reparación material integral por vulneración del derecho ancestral a la propiedad de la tierra y los derechos de la naturaleza.

En este sentido, la protección de los derechos constitucionales comprometidos³⁰² fue comprendida por la Corte con una óptica ajena a la perspectiva real de protegerlos integralmente. No se siguió lo que Claudia Storini y Marco Navas afirman cuando definen al principio de efectividad como aquel por medio del cual «podrán ser evaluados los actos de protección de los derechos, y en su caso, juzgados no tanto desde la óptica de la validez procedimental o sustancial, sino desde la perspectiva de su capacidad de asegurar o no en la realidad la garantía integral de los derechos».³⁰³

Además, si se considera que el fallo mediante el cual se declaró procedente la acción de protección —esto es, el de segunda instancia— fue

301 *Ibíd.*, 44–63.

302 Como son los derechos a la propiedad ancestral (el de la comunidad), privada (el del empresario camaronero) y pública (del Estado sobre los manglares); los derechos de la naturaleza; y el de la seguridad jurídica.

303 Storini y Navas, *La acción*, 53.

dictado el 10 de marzo de 2012; que la audiencia pública conferida por la Corte Constitucional, previo a resolver la acción extraordinaria de protección, fue celebrada el 25 de marzo de 2014; y que la sentencia fue dictada el 11 de marzo de 2015, o sea, tres años después, el procedimiento no se condujo con la eficiencia debida, pues el servicio de administración de justicia no fue celeré.

No es exagerado concluir, entonces, que en este caso el comportamiento de la Corte no fue distinto del de un tribunal tradicional de derecho positivo, ya que alejó de su solución el conflicto generado entre las tres formas de propiedad que estaban en pugna, para resolver el caso con demora extrema. Concluyó que sobre el derecho de cada forma de propiedad en disputa prevalecía el derecho a la seguridad jurídica con una perspectiva instrumental y sin una línea interpretativa suficientemente sólida.

También olvidó la Corte que, en la motivación de su sentencia, reconoció que la invalidez de la prueba actuada —sobre la que se sustentó la resolución de segunda instancia— fue sustituida por pruebas válidas en el proceso de la acción extraordinaria de protección. Incluso llegó a atribuirles eficacia probatoria capaz de corroborar con ellas el inminente desplazamiento y obstaculización del desarrollo de los comuneros que dedujeron la acción de protección de las tierras ancestrales. En el proceso analizado, la disputa por el reconocimiento de los derechos sustanciales fue zanjada con una valoración argumentativa ausente de controlabilidad, en función del contexto y de la perspectiva de la garantía integral de los derechos, como afirma Humberto Ávila, al clasificar a la seguridad jurídica *en el derecho*:

teniendo en cuenta que el núcleo de la seguridad jurídica [...] no está en la exigencia de conocimiento de contenidos total y previamente determinados, sino en la *controlabilidad* de estructuras argumentativas exigidas en la reconstrucción y en la aplicación de sentidos normativos. La seguridad jurídica en suma, se revela en al proceso de realización del Derecho. Esta acepción —*seguridad en el derecho*— ilustra, más ampliamente el significado general del principio de seguridad jurídica, que deja de centrarse en el conocimiento previo de efectos jurídicos para pasar a comprender, especialmente, la controlabilidad de procesos argumentativos.³⁰⁴

304 Humberto Ávila, *Teoría de la seguridad jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 222.

La seguridad jurídica no es un derecho predeterminado, sino una obligación exigible a quienes, para realizar su labor de resolver jurídicamente —o sea, *en* derecho—, deben materializar sus decisiones previo control racional y argumentativo. Es decir, en el ámbito procesal, es un elemento que hace de la argumentación una herramienta procesal no limitada a la aplicación lógica de la normativa jurídica —o a la mera invocación del art. 82 de la Constitución—, sino a la comprensión técnica y precisa, que no abstrusa, de lo consignado en los estatutos jurídicos. En su sentencia, la Corte no revisó la constitucionalidad del fallo de segunda instancia en función de la eficacia en la garantía integral de los derechos en conflicto y tampoco resolvió el asunto principal, objeto de la acción de protección. Al contrario, pospuso la resolución del conflicto.

En todo caso, con su sentencia, la Corte no procuró la paz social como objetivo, sino que generó incertidumbre al restringir el derecho de tutela judicial efectiva y la protección del derecho a la propiedad ancestral y comunitaria, pues dictó como medida reparatoria la retroacción de los efectos (de la sentencia) hasta el momento procesal en que «se produjo la vulneración del derecho constitucional». De esta forma, despojó de validez y eficacia a la prueba que, para llenar el vacío probatorio que dejó la anterior cuya invalidez e ineficacia probatoria reconoció, la misma Corte ordenó que se la practicara e incorporara en el proceso extraordinario de protección; así confundió a la consecuencia procesal de la sentencia con el acto reparatorio.

Se abstuvo de aplicar el principio de cláusula abierta (o norma abierta) del art. 11.7 de la Constitución, según el cual el ejercicio de los derechos se rige por «el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento».³⁰⁵ Hizo esto con el argumento de que la tutela efectiva de la seguridad jurídica estuvo comprometida en la sentencia revisada. Priorizó a esta sobre el derecho a la propiedad ancestral de los comuneros, sin reparar en que, como lo sostiene Jochen von Bernstorff, «la garantía explícita de la dignidad humana como cláusula transversal [es]

305 Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*, art. 11.7.

protectora de los contenidos esenciales»³⁰⁶ de cada derecho constitucionalmente protegido. Por lo tanto, no tomó en consideración que el ejercicio del derecho ancestral a la propiedad de los comuneros es vital para su desenvolvimiento cultural, familiar e individual.

La Corte ponderó que el derecho a la seguridad jurídica fue vulnerado por la sentencia de segunda instancia, en la que se reconoció la violación de los derechos de la naturaleza con impacto en los habitantes de la zona. Llegó a esta conclusión a pesar de admitir que los habitantes de los terrenos afectados por las labores de adecuación para instalar piscinas camaroneras de propiedad particular fueron desplazados del lugar del que se proveían de alimento para su sustento.

Por la preferencia en la aplicación de un derecho (a la seguridad jurídica —que, al aplicarlo la Corte, lo hace como un derecho predeterminado y no como una obligación argumentativa a la que está sujeto el juzgador, como apunta Humberto Ávila—) sobre otro (de la naturaleza), la respuesta de la Corte a la situación denunciada por el colectivo comunitario se pospuso. Además, en cuanto a cierta conexión, la única invocación que hizo la Corte sobre este tópico fue la existencia de cierta relación de conexidad de carácter fáctico para analizarla exclusivamente en función de la prueba objetada por el accionante —mas no de la violación de derechos constitucionales—.

Así, justificó el examen de constitucionalidad de la sentencia cuestionada para determinar si efectivamente careció de pruebas: «Ante las circunstancias mencionadas cabe indicar que *los fundamentos fácticos de la acción tienen relación de conexidad* con supuestas afectaciones de los bienes-colectivos y el ecosistema manglar como elemento de la naturaleza. De allí que esta Corte Constitucional considera referirse a estos elementos mencionados *para establecer si los mismos fueron justificados en la decisión judicial materia del examen*».³⁰⁷

Si conectaba al derecho a la propiedad privada —en disputa por ser normativamente protegidos en el caso concreto— con los derechos colectivos de propiedad comunitaria, establecidos en el art. 57, num. 1,

306 Jochen von Bernstorff, «Las formas argumentativas con base en la categorización como alternativa a la ponderación: Protección del contenido esencial de los derechos humanos por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Bogdandy et al., *Construcción y papel*, 157.

307 Ecuador Corte, *Sentencia n.º 065-15-SEP-CC*.

4, 5, 6, 8, 9 y 11 de la Constitución,³⁰⁸ y el derecho individual de cada uno de los integrantes de la comunidad, la Corte Constitucional pudo haber dispuesto que el uso y goce del derecho de propiedad ancestral de los comuneros fueran restituidos, ya que se demostró su desplazamiento forzado, con el consecuente drama social. No obstante, no lo hizo, porque la clave civilista con la que la Corte habitualmente ha comprendido al derecho a la propiedad se impuso en el examen de constitucionalidad de la sentencia.

Esto, obviamente, supuso restricción de los derechos colectivos de la comunidad El Verdum, para cuya exigibilidad la ley no les atribuye acción popular, pues las acciones, para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales, pueden ser deducidas por las personas afectadas, es decir, las víctimas directas o indirectas de la violación de derechos. Al respecto, el art. 9, lit. a) de la LOGJCC establece que el ejercicio de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley asiste a «cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o por medio de representante o apoderado».³⁰⁹

El art. 3.8 de la LOGJCC reconoce a la «unidad, concordancia práctica y eficacia integradora», entre «otros métodos de interpretación»,

308 El art. 57 de la Constitución dice: «Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias y de posesión ancestral. 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales». Ecuador Asamblea, *Constitución de 2008*.

309 Ecuador Asamblea, LOGJCC, art. 9.

como principios sustentadores del ejercicio interpretativo de la normativa constitucional «cuando fuere necesario» emplearlos como resultado de que la solución judicial refleje los valores constitucionalmente consagrados.³¹⁰ Con esta posibilidad interpretativa permitida por la norma, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante la circulación de jurisprudencias propuesta por Zagrebelsky,³¹¹ pudo haber hecho uso de la tesis de conexidad entre derechos constitucionales que ha empleado la Corte Constitucional colombiana como método de interpretación constitucional eficaz y efectivo para resolver conflictos de derechos colectivos. En las antes citadas sentencias n.º 003-09-SEP-CC, 007-09-SEP-CC y 011-09-SEP-CC, la misma Corte atribuye a la acción extraordinaria de protección el propósito de proteger a todos los derechos constitucionales, sin privilegio de uno fundamental sobre otro que no lo sea:

la acción extraordinaria de protección pretende amparar los derechos que nos asisten a las personas, derechos que en una visión amplia no se limitan exclusivamente a derechos fundamentales, sino que en concordancia con las tendencias modernas del constitucionalismo, lejos de competir unos derechos con otros, siguiendo una suerte de «darwinismo social», lo que se pretende es que todos los derechos constitucionales sean protegidos por esta acción.³¹²

En este sentido y de acuerdo con la definición jurídica que hace el art. 4.9 de la LOGJCC de la *motivación*, la simple referencia de los argumentos y razones reveladas en el proceso no constituye pronunciamiento fundamentado y justificado. Si la argumentación jurídica de la Corte se enfocó en precautelar la seguridad jurídica, lo que correspondía era asimilar la definición de lo que comporta la *motivación*

310 *Ibíd.*, art. 3.8.

311 «La circulación de jurisprudencias no compromete por tanto la identidad de la propia. La comunicación de experiencias está siempre filtrada porque presupone *standards* mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos jurisprudenciales. Estos juicios son de las Cortes nacionales. No determinan ninguna disminución de su función soberana [...]. La comunicación de jurisprudencias presupone la existencia, en la interpretación, de una margen de elasticidad, es decir, de discrecionalidad». Gustavo Zagrebelsky, «Jueces constitucionales», en Carbonell, *Teoría*, 95-6.

312 Ecuador Corte, *Sentencia n.º 003-09-SEP-CC; n.º 007-09-SEP-CC; Sentencia n.º 011-09-SEP-CC.*

dentro del sistema interamericano de derechos humanos.³¹³ Esto se debía hacer con el fin de que a partir de ese concepto categórico se pueda saldar el problema jurídico de urgente atención de los derechos constitucionales en conflicto y salvaguardar la seguridad jurídica *por el derecho*, para garantizar el ejercicio de derechos constitucionales específicos, en función del contexto, la perspectiva y su sujeción a los principios y valores del Estado constitucional de derechos y justicia. En palabras de Humberto Ávila:

[Seguridad jurídica] *Por el Derecho*, pues, al instaurar, en el art. 1, un Estado Democrático [sic] destinado a «asegurar la seguridad como valor», (la Constitución) establece que el Derecho debe servir de *instrumento garantista* de la seguridad; por otro lado, porque establecer procedimientos a través de los que el ciudadano podría defender sus derechos, como es el caso del debido proceso legal, la amplia defensa y el contradictorio, o incluso del recurso de amparo y del habeas corpus, sirve para que los ciudadanos utilicen el Derecho como instrumento protector de sus derechos.³¹⁴

El ejercicio de ponderación efectuado por la Corte en este caso no constituyó reconocimiento y garantía del derecho a la propiedad comunitaria, según el precepto del art. 66.26 de la Constitución. La línea asumida por la Corte se agrava en tanto los afectados dedujeron una acción de protección, cuya efectividad supone el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sin excepción alguna, cuando la violación proceda de un acto dañoso de un particular, según el art. 88 de la carta magna, en concordancia con el art. 39 de la LOGJCC. Lo cual no ocurrió.

La labor analítica de la Corte desnuda una perspectiva reductivista, precisamente por el sesgo civilista con el que abordó el estudio de la sentencia impugnada y, también, por no concebir a la argumentación

313 Corte Americana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 21 de mayo de 2013. Asimismo, dice la Corte Americana de Derechos Humanos que: «109. [...] la motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este sentido, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el art. 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso».

314 Ávila, *Teoría de la seguridad*, 221.

como un proceso de flujo informativo desarrollado a partir de un correcto planteamiento del problema, orientado a resolverlo de forma integral. En efecto, como se ha visto, la sentencia tiene un contenido proposicional errado o, mejor dicho, disimula la carencia de uno sólido mencionando a varios. El primero es la enunciación de dos problemas jurídicos: uno radica en la cuestión de si la sentencia de apelación vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de validez en la obtención de las pruebas, determinado en el art. 76.4 de la Constitución, tal como lo denunció el accionante, y otro consistente en determinar si aquella «vulnera el derecho a la seguridad jurídica»,³¹⁵ previsto en el art. 82.

El segundo es la definición epistémica del examen de constitucionalidad orientado a atacar al fallo (mas no a revisarlo), para «determinar si la sentencia cuestionada, al aceptar parcialmente la acción de protección, efectivamente careció de pruebas; y si la reparación al medio ambiente observó o no el debido proceso y la seguridad jurídica». Nótese que la Corte emplea el principio *iura novit curia* establecido en el art. 4.13 de la LOGJCC, y con él la norma invocada por el accionante (la del art. 76.4) se apoya en otra norma adicional (la del art. 82 de la Constitución), a fin de que sobre la base de esta última opere el examen de constitucionalidad de la sentencia, como en efecto ocurrió. Por último, el tercero es el señalamiento de la cesación de la destrucción de los manglares (y la vulneración consecuente de derechos constitucionales) y del desplazamiento forzado de los comuneros como tema central del debate constitucional.

Este error metodológico hizo del fallo de la Corte un proceso en el que la argumentación fuera suplida con la construcción de una línea argumentativa (orientada a acometer contra la sentencia) basada en un

315 Los problemas jurídicos propuestos por la Corte fueron: «1. La sentencia dictada por los jueces de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, que revoca la sentencia de primer nivel y declara parcialmente con lugar la acción de protección planteada por los miembros de la comuna El Verdum, ¿vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de validez en la obtención de las pruebas, previsto en el art. 74, num. 4 de la Constitución de la República? 2. La sentencia impugnada, ¿vulnera el derecho a la seguridad jurídica, previsto en el art. 82 de la Constitución de la República?». Ecuador Corte, *Sentencia n.º 065-15-SEP-CC*.

argumento³¹⁶ o razón únicos: la afirmación anticipada sujeta a comprobación posterior de que la sentencia adolecería de ser vulneradora del derecho a la seguridad jurídica. Esto se debe a que, como ya se ha visto, sobre la base de lo establecido por los art. 86.3 y 16 de la Constitución y de la LOGJCC, en su orden, la Corte ordenó nueva prueba para verificar si hubo daño al ecosistema y el desplazamiento forzado. La confusión cometida por la Corte salta a la vista y se muestra como si de antemano tuviera la respuesta jurídica al problema, para alcanzar una conclusión a la que había que arribar para castigar a la sentencia por vulnerar el derecho a la seguridad jurídica.

La exigencia de justicia hizo que los comuneros de El Verdum dedujeran la acción de protección, cuyo procesamiento derivó en una sentencia reparatoria de los derechos constitucionales vulnerados, pues no hubo otro mecanismo judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos violados (de acuerdo con los requisitos de procedibilidad determinados por el art. 40.3 de la LOGJCC). Sobre la consecución o no de ese propósito constitucional procesal y de la relevancia de los principios constitucionales —esto es el derecho a la propiedad ancestral, los derechos de la naturaleza y el derecho a la tutela judicial efectiva—, debió estribar el examen de constitucionalidad de la sentencia, a la luz de las circunstancias del caso, mas no a hacer prevalecer al derecho a la seguridad jurídica sobre aquellos.

Al respecto, es preciso mencionar lo que Bernal Pulido sostiene, y con acierto, sobre la efectividad argumentativa de la ponderación en el sentido de que «no garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todos los conflictos posibles entre ellos y todas las posibles incompatibilidades *prima facie* entre todas las normas que estos principios

316 En este aspecto, es sumamente útil la definición que sobre estos tres términos hace Manuel Atienza: «Una *argumentación* es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial —el problema que da lugar a la argumentación— y la respuesta a la misma —la solución—. Un *argumento* es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos. Y una *línea argumentativa* es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla». Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 425.

fundamentan». ³¹⁷ La falibilidad de la ponderación como método de interpretación constitucional es un tema cuya discusión crece. ³¹⁸

En todo caso, si en lugar de consignar (de forma dispersa) tres componentes epistémicos, la Corte hubiese propuesto un solo contenido proposicional, uno solo habría sido el problema jurídico a resolver, a fin de determinar seguidamente las cuestiones (o potenciales subcuestiones) de las que dependiera la solución al problema. ³¹⁹ En este sentido, pudo haber realizado el siguiente ejercicio proposicional: ¿la sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí que revoca la sentencia de primer nivel y declara parcialmente la acción de protección planteada por los miembros de la comunidad El Verdum vulnera derechos constitucionales?

A partir de este planteamiento como problema central, pudo haber formulado dos cuestiones a resolver: 1. Establecer si con la prueba ordenada, practicada e incorporada por la Corte Constitucional, se suplió el vacío probatorio surgido a raíz de la denuncia que el accionante hizo sobre la inconstitucionalidad de la prueba; y 2. Correlacionar los derechos constitucionales cuya vulneración denunciaron los comuneros con el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, para que de forma integral y sistémica se interpreten los derechos constitucionales en disputa a partir del contexto general de la Constitución, según lo prescrito por el art. 3.5 de la Constitución. ³²⁰

317 Carlos Bernal Pulido, «Consideraciones acerca de la fórmula de ponderación de Robert Alexy», en *La ponderación en el derecho*, coord. Eduardo Montealegre (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 117.

318 Al respecto, Jochen von Bernstorff anota: «También en el debate general sobre la teoría de los derechos fundamentales se puede observar que la controversia sobre la ponderación como forma de interpretación constitucional vuelve a ocupar un primer plano. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán experimenta, desde hace algunos años, con nuevas formas argumentativas constitucionales, una tendencia que busca relegar la ponderación a un segundo plano. [...] Igualmente se encuentran voces críticas respecto de la ponderación en obras académicas más recientes sobre la teoría de los derechos fundamentales, en las que se intenta reemplazar el razonamiento judicial de la ponderación invocando la voluntad histórica del legislador constituyente o sustituido por una dogmática estructurada de los derechos fundamentales como derechos de defensa». Von Bernstorff, «Las formas argumentativas», 153-4.

319 Atienza, *Curso de argumentación*, 431.

320 El art. 3 de la LOGJCC dice: «Las normas constitucionales se interpretarán en el

No sobra anotar que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí dispuso la satisfacción de los dos tipos de propiedad en disputa (la propiedad privada del particular y la propiedad comunitaria ancestral) con los derechos de la naturaleza (el ecosistema existente en el área en la que los comuneros desarrollaban su vida individual, social y comunitaria, beneficiándose ancestralmente de sus riquezas biológicas). Lo hizo disponiendo que «para el efecto, en la ejecución del fallo deberá tomarse como referencia la delimitación de esta porción en las áreas circundantes a los linderos de la comunidad que se encuentren más adyacente al asentamiento poblacional en relación con la conexión con las áreas del manglar».³²¹

Por último, queda claro que, en las sentencias revisadas relativas a la tutela del derecho de propiedad y específicamente del derecho de propiedad privada, la Corte Constitucional no ha establecido reglas relacionadas con la autoridad jurisprudencial analógica basada en la similitud de hechos y circunstancias entre casos resueltos anteriormente y los posteriores. En cambio, con la autoridad jurisprudencial indicativa basada en la definición de conceptos jurídicos efectuada en sentencias anteriores, ha marcado una línea conceptual de comprensión de la protección del derecho a la propiedad a partir de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la seguridad jurídica.

sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía». Ecuador Asamblea, *LOGJCC*.

321 Ecuador Corte, *Sentencia n.º 065-15-SEP-CC*.

CONCLUSIONES

La discusión teórica sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos constitucionales indudablemente enriquece a la teoría general del derecho constitucional. Sin embargo, desde una perspectiva práctica enfocada en la realización del derecho, es la capacidad de respuesta del sistema constitucional para actuar con oportunidad y suficiencia a la hora de asegurar el ejercicio material de los derechos, lo que los hace efectivos. Las garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales instituidas tienen marcada importancia en la interpretación y desarrollo de la norma constitucional, de modo que no se adolezca de exceso de derechos aunque con carencia de garantías, sino que las diseñadas sean garantías adecuadas para asegurar que aquellos sean reconocidos, respetados y promovidos, o restaurados cuando fueren vulnerados.

En tal sentido, la distinción entre el derecho *a la* propiedad y el derecho *de* propiedad cobra importancia en la medida en que las oportunidades de acceso a la propiedad en todas sus formas y la libertad para su goce, aprovechamiento y disposición se cumplan materialmente. La eficacia de la idoneidad normativa y la eficiencia en el empleo de los recursos garantistas disponibles para proteger los derechos, no son suficientes para concretar su cumplimiento; requieren de la efectividad de las medidas jurisdiccionales para que los derechos sean real e integralmente garantizados. Para ello, los órganos jurisdiccionales están

compelidos a cuidar la efectividad de la tutela judicial de los derechos: deben guardar las garantías procesales y, fundamentalmente, interpretar de modo razonable el marco jurídico.

De ahí que la aplicación del derecho a la propiedad implica interpretarlo de una forma no restrictiva. En otras palabras, se debe cuidar que el ejercicio subjetivo y las políticas públicas de igualdad en el acceso a la propiedad converjan en la función social y ambiental que le son inherentes, sin que la apropiación acumulativa del primero sea factor de distorsión económica y desigualdad social, y que las segundas tampoco signifiquen necesaria o exclusivamente expropiación de la propiedad privada en forma absoluta.

Su vinculación a los poderes públicos hace del contenido esencial una garantía que torna fundamental al derecho a la propiedad y, por lo tanto, que las personas tengan la suficiente protección jurídica que impida excesos expropiatorios, arbitrariedades estatales o abusos particulares.

La tutela judicial del derecho a la propiedad supone, entonces, que la interpretación de las disposiciones normativas constitucionales que lo configuran se efectúe con el prisma constitucional y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se deben correlacionar los derechos constitucionales que concurren a normar el hecho concreto e integrarlos para aplicarlos en *clave social*, a fin de que el derecho patrimonial *de* propiedad sea esencialmente apreciado en el contexto y en relación directa con el derecho *a la* propiedad, y el análisis de procedencia de protección constitucional procesal no dependa de la calificación de un derecho como fundamental o no, sino de la posibilidad real de tutelar los derechos constitucionales afectados por su conexión con el derecho fundamental vulnerado.

En este sentido, la acción extraordinaria de protección, como mecanismo de tutela de derechos constitucionales violados en sentencias y autos definitivos, obliga a la Corte Constitucional a esmerar su rol de máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, por medio del uso eficiente de la doctrina y la jurisprudencia, de modo que sus decisiones tengan efectividad y eficacia. En las sentencias dictadas en los procesos de esta garantía jurisdiccional sobre tutela del derecho propietario, se aprecia que la definición recurrente que esta corporación hace al calificar al derecho *de* propiedad como

patrimonial y no fundamental, deviene de una confusión conceptual sobre la fundamentalidad de los derechos que ha derivado en una errada postura de considerarlo como desprovisto de tutela constitucional.

En la misma línea de aclarar conceptos, se requiere superar el criterio de que la acepción pecuniaria de una medida reparatoria dictada es la única apta para perfeccionar la garantía de derechos. Disponer el cumplimiento de una *obligación de hacer* constituye una alternativa idónea para ganar en efectividad restaurativa, fortalecer la constitucionalización de la justicia y cuidar la confianza en el sistema constitucional, sobre todo en aquellos casos en los que se ha afectado derechos colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis. «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales». En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, compilado por Martín Abregú y Christian Courtis, 283-351. Buenos Aires: Edit. del Puerto, 1998.
- Aguilera Portales, Rafael, y Diana Espino Tapia. «Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado social». *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política* n.º 12 (2010): 49-71. <<http://universitas.idhbc.es/n12/12-05.pdf>.
- Aldunate Lizana, Eduardo. *Derechos fundamentales*. Santiago de Chile: Thompson Reuters, 2008.
- . «Tutela jurisdiccional y configuración constitucional del derecho de propiedad». En *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, coordinado por Andrés Bordalí Salamanca, 155-79. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2009.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra, 2010.
- Andrade Andrade, Pablo. *Política de industrialización selectiva y nuevo modelo de desarrollo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015.
- Arango, Rodolfo. «La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia». En *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un iusconstitutionale commune en América Latina*, coordinado por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 17-34. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Ávila, Humberto. *Teoría de la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Ávila Santamaría, Ramiro. «Diseño y práctica del amparo constitucional». En *El funcionamiento de la justicia del Estado*, editado por Luis Pásara, 149-74. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.
- . «El derecho de la naturaleza: Fundamentos». *Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador*, 7 de octubre de 2010. <<http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1087/1/%C3%81vila-%20CON001-EI%20derecho%20de%20la%20naturaleza-s.pdf>.
- . «Las garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos: Avances conceptuales de la Constitución del 2008». En *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, editado por Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, 89-109. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Bernal Pulido, Carlos. «Consideraciones acerca de la fórmula de ponderación de Robert Alexy». En *La ponderación en el derecho*, coordinado por Eduardo Montealegre, 115-32. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la política*. 2 vols. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- Brahm García, Enrique. «El concepto de propiedad en el Código Napoleónico. Una nueva interpretación de su art. 544 en la historiografía jurídica alemana». *Revista chilena de derecho* 23, n.º 1 (1996): 7-12. <https://www.jstor.org/stable/41609373?seq=1#page_scan_tab_contents>.
- Brañes, Raúl. *Manual de derecho ambiental mexicano*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Canosa Usera, Raúl. *Constitución y medio ambiente*. Lima: Jurista, 2004.
- Carbonell, Miguel. «La interpretación constitucional como problema». En *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Riccardo Guastini, 9-25. Madrid: Trotta, 2008.
- Carrión Eguiguren, Eduardo. *Curso de derecho civil de los bienes*. Quito: Universidad Católica, 1982.
- Cordero de Espinosa, Susana. «Montubio, no: montuvio». *El Comercio*, 11 de enero de 2015. <www.elcomercio.com/opinion/columna-susanacordero-deespinosa-opinion-idioma-montubio.html>.
- Courtis, Christian, «Los derechos sociales en perspectiva». En *Teoría del constitucionalismo: Ensayos escogidos*, editado por Miguel Carbonell, 185-209. Madrid: Trotta / Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- Ecuador Corte Constitucional. *Rendición de cuentas 2008-2013*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.
- Egas Reyes, Pablo. «La propiedad en la Constitución de 2008». En *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 329-52. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009.
- Escrache, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Madrid: Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, 1847. <https://books.google.com.ec/books?id=PPXAfHbD3xEC&pg=PA267&lpg=PA267&dq=juicio+de+hombres+buenos&source=bl&ots=rB_DUXCr30&sig=Voij77pYpi87MrUec8H9treb2uo&hl=en&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=juicio%20de%20hombres%20buenos&f=false>.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010.

- . «Derechos fundamentales». En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 19-56. Madrid: Trotta, 2009.
- . *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.
- . *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2009.
- Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 2003.
- Fix-Zamudio, Héctor. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Ciudad de México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002.
- García Chávarri, Abraham. «La protección constitucional del derecho de propiedad: Alcances sobre sus contenidos esencial y constitucional». En *Estudios sobre la propiedad*, editado por Giovanni Priori Posada, 309-24. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. 2 vols. Bogotá: Temis, 2008.
- Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981.
- Goig Martínez, Juan Manuel. «Los derechos económicos y sociales». En *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, coordinado por Santiago Sánchez González, 417-49. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Guastini, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- . «Sobre el concepto de constitución». En *Teoría del constitucionalismo: Ensayos escogidos*, editado por Miguel Carbonell, 15-27. Madrid: Trotta / Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, Antonio. «La propiedad en el ordenamiento constitucional». *Poder Judicial Chiapas*, accedido 20 de febrero de 2019. <ppje.poderjudicialchiapas.gob.mx/pdfs/1994-10.pdf>.
- Herrendorf, Daniel. *El poder de los jueces: Cómo piensan los jueces que piensan*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta, 2011.
- López Medina, Daniel. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2006.
- López Oliva, José. «La Constitución de Weimar y los derechos sociales: La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social». *Universidad Militar Nueva Granada*, accedido mayo de 2016. <www.umng.edu.co/documents/63968/71199/Art+13+26.pdf>.

- López Quetglas, Francisca. «El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental (breve reflexión)». *Anuario jurídico y económico escorialense*, n.º 38 (2006), 335-62. <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1465574.pdf>>.
- Miñarro Montoya, Ricardo. «La propiedad desde el punto de vista del derecho civil: Limitaciones del derecho de propiedad». En *Propiedad y derecho civil*, coordinado por Vicente Guilarte Gutiérrez, 231-61. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- Parodi Remón, Carlos. «¿Activismo o garantismo judicial?». En *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 311-66. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, 2008.
- Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004
- . «Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales». En *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 421-42. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, 2008.
- Pincione, Guido. «Filosofía de la propiedad». En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, editado por Jorge Luis Fabra Zamora y Ezequiel Spector, 2405-70. 3 vols. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3876/1.pdf>>.
- Prieto Sanchís, Luis. «El constitucionalismo de los derechos». En *Teoría del constitucionalismo: Ensayos escogidos*, editado por Miguel Carbonell, 213-35. Madrid: Trotta / Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de investigaciones Jurídicas, 2007.
- . «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». *Universidad Autónoma de Madrid*, accedido 11 de junio de 2016. <[http://uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)>.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Real Academia Española. *Definición de «propiedad»*. *Diccionario de la Lengua Española*, accedido 20 de febrero de 2019. <<https://dle.rae.es/?id=UNs0WGG>>.

- Requejo Pagés, Juan Luis. «La propiedad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español». *Tribunal Constitucional de España*, accedido 7 de noviembre de 2018. <www.tribunalconstitucional.es/fr/actividades/Documents/Ponencia%20Trilateral%202009%20Lisboa.pdf>.
- Rivera Sabatés, Vidal. «La propiedad privada y su índole elástica». *Foro, nueva época* 16, n.º 2 (2013): 231-57. <http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2013.v16.n2.43938>.
- Sagüés, María Sofía. «La proyección de la jurisprudencia y resoluciones de los órganos de aplicación de derechos económicos, sociales y culturales en el plano interamericano por los tribunales constitucionales: Perspectiva argentina». En *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: Hacia un iusconstitucionale commune en América Latina*, coordinado por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 35-106. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Sagüés, Néstor. *Compendio de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2009.
- Salmón Gárate, Elizabeth, y Cristina Blanco Vizarrata. «El derecho a la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un ejemplo de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos». En *Estudios sobre la propiedad*, editado por Giovanni Priori Posada, 13-52. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.
- Sánchez González, Santiago. «Los límites de los derechos». En *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, coordinado por Santiago Sánchez González, 45-69. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Silva Portero, Carolina. «Las garantías de los derechos: ¿Invención o reconstrucción?». En *Neoconstitucionalismo y sociedad*, coordinado por Ramiro Ávila Santamaría, 51-84. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Simon, Farith. «La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional”)». *Iuris Dictio* 10, n.º 13 (2010): 9-31.
- Storini, Claudia. «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008». En *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 287-312. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009.

- Storini, Claudia, y Marco Navas. *La acción de protección en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2014.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *La decisión judicial*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2013.
- Tron Petit, Jean Claude. «Principios en derecho económico-constitucional». *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 783-839. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons, 2008.
- Uprimny, Rodrigo. «Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina». En *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Dunia Martínez Molina, 57-108. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / CEDEC, 2011.
- Velásquez Meléndez, Raffo. «Expropiación indirecta: Justificación, regímenes, casos, criterios y usos». *Revista Ius Et Veritas*, n.º 46 (2013): 228-56. <https://www.academia.edu/11466064/Expropiaci%C3%B3n_indirecta_-_Justificaci%C3%B3n_reg%C3%ADmenes_casos_criterios_y_usos>.
- Von Bogdandy, Armin. «Presentación». En *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un iusconstitutionale commune en América Latina*, coordinado por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, XI-XVI. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Von Bernstorff, Jochen. «Las formas argumentativas con base en la categorización como alternativa a la ponderación: Protección del contenido esencial de los derechos humanos por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un iusconstitutionale commune en América Latina*, coordinado por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 151-80. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México -Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Witker, Jorge, y Rogelio Larios Velasco. *Metodología jurídica*. Ciudad de México: McGraw-Hill, 2002.
- Zagrebel'sky, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Turín: Trotta, 2009.

- . «Jueces constitucionales». En *Teoría del constitucionalismo: Ensayos escogidos*, editado por Miguel Carbonell, 91-104. Madrid: Trotta / Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- Zavala Egas, Jorge. *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil: Edilex S. A., 2010.
- Zolo, Daniel. «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli». En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 75-104. Madrid: Trotta, 2009.

NORMATIVA³²²

- Chile Honorable Junta de Gobierno. *Constitución Política de la República de Chile de 2005*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015.
- Colombia Congreso de la República. *Código Civil*. <https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf>.
- Ecuador Congreso Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador de 1830*. <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1830/99E31694C9416CCA2CFB78759875DC07BAD9FA23.pdf>.
- Ecuador Convención Nacional. *Constitución de la República del Ecuador de 1835*. <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1835/7FA0C03213EF43B83AD9FBE3B500F060EC655410.pdf>.
- . *Constitución de la República del Ecuador de 1843*. <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1843/1876DB439413F9650356A55C37F75AC972D00291.pdf>.
- . *Constitución de la República del Ecuador de 1845*. <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1845/B9F7FD1AA5A50C2FAD315843F7F6EE7DCCA5666E.pdf>.
- . *Constitución de la República del Ecuador de 1851*. <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1851/BFBDE25C4878BBC080B056A683E8773F9B004836.pdf>.
- Ecuador Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador de 1852*. <http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1852/327B4EA72753ED751EF81FA942C6943B99FF4586.pdf>.

322 Nota del editor: para facilitar la referencialidad, primero las constituciones ecuatorianas se ordenan por fecha y se incluye el año en el nombre oficial; luego aparecen instrumentos ministeriales y demás, ordenados alfabéticamente.

- Ecuador Convención Nacional. *Constitución de la República del Ecuador de 1861*. http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1861/720F94ACA5FE4BA2ABF4EA4E0804CF13E377565E.pdf.
- . *Constitución de la República del Ecuador de 1869*. http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1869/0B300FAEAD230074166AD54D3DD8A23F7DAC4CEB.pdf.
- Ecuador Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador de 1878*. http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1878/D62571CDEC53E95AC78A42D0590BFF337DDDCEAD.pdf.
- . *Constitución de la República del Ecuador de 1884*. http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1884/DE10FE2107989572110A22F64F0CA9AFB304A77C.pdf.
- . *Constitución de la República del Ecuador de 1897*. http://esilecstorage.s3.amazonaws.com/biblioteca_silec/REGOFPDF/1897/40F78B9F7B6A020A5D9DD59E760F011CDEE0F285.pdf.
- . *Constitución de la República del Ecuador de 1906*. Registro Oficial 262, 24 de diciembre de 1906.
- . *Constitución de la República del Ecuador de 1929*. Registro Oficial 138, 26 de marzo de 1929.
- Ecuador Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador de 1945*. Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador de 1946*. Registro Oficial 773, 31 de diciembre de 1946.
- . *Constitución Política del Estado ecuatoriano de 1967*. Registro Oficial 133, 25 de mayo de 1967.
- Ecuador Primera Comisión de Reestructuración Jurídica del Estado. *Constitución Política del Estado ecuatoriano de 1979*. Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979.
- Ecuador Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf.
- Ecuador Asamblea Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador de 2008*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf.
- Ecuador Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario (LOEPSSFPS)*. Registro Oficial 444, 10 de mayo de 2011.

- *Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública (LOECP)*. Registro Oficial 966, 20 de marzo de 2017.
- *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)*. Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009.
- *Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (LOR-HUAA)*. Registro Oficial 305, 6 de agosto de 2014.
- Ecuador Asamblea Constituyente. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP)*. Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008.
- Ecuador Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (LOTRTA)*. Registro Oficial 711, 14 de mayo de 2016
- *Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)*. Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009.
- *Código Orgánico de Ordenamiento Territorial y Administración Descentralizada (COOTAD)*. Registro Oficial 303, 19 de octubre de 2010.
- *Código Orgánico General de Procesos (COGP)*. Registro Oficial 506, 22 de mayo de 2015.
- *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI)*. Registro Oficial 351, 29 de diciembre de 2010.
- Ecuador Congreso Nacional. *Codificación del Código de Procedimiento Civil (CCPC)*. Registro Oficial 58, 12 de julio de 2005.
- *Codificación de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre (CLFCANVS)*. Registro Oficial 418, 10 de septiembre de 2004.
- *Codificación de la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales (CLPZRPN)*. Registro Oficial 418, 10 de septiembre de 2004.
- Ecuador Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca. *Resolución n.º 16 para el reconocimiento y legalización de territorios de posesión ancestral a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas*. Registro Oficial 396, 15 de diciembre de 2014.
- Ecuador Presidencia de la República. *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNCPP)*. Registro Oficial 583, 12 de mayo de 2009.
- *Reglamento de Requisiciones del Ministerio de Seguridad*. Registro Oficial 583, 9 de septiembre de 2015.
- Estados Unidos Convención Constitucional de Filadelfia. *Constitución de los Estados Unidos*. 1787. <https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf>
- España Congreso de los Diputados y del Senado. *Constitución Española de 1978*. <www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf>

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia C-595/99, expediente D-2292*, 1999.

—.*Sentencia C-189/06, Expediente D-5948: Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 13 (parcial) de la ley 2.ª de 1959*. 15 de marzo de 2006.

—.*Sentencia C-189/06, expediente D-5948*.

—.*Sentencia T-473/08, expediente T-1638678*. 15 de mayo de 2008.

—.*Sentencia C-031/09, expediente LAT-323*. 28 de enero de 2009.

—.*Sentencia T-675/11, expediente (acumulado): T-3012630, T-3018887 y T-3030697*. 9 de septiembre de 2011.

—.*Sentencia T-362/14, expediente T-4.195828*. 10 de junio de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

Ecuador Corte Constitucional. *Sentencia n.º 0005-10-SEP-CC, caso n.º 0041-09-EP*.

—.*Sentencia n.º 0007-10-SEP-CC, caso n.º 0132-09-EP*.

—.*Sentencia n.º 0008-09-SAN-CC, caso n.º 0027-09-AN*.

—.*Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, caso n.º 0999-09-JP*.

—.*Sentencia n.º 0022-2009-RA*. Registro Oficial 99, 31 de diciembre de 2008.

—.*Sentencia n.º 003-09-SEP-CC, caso n.º 0064-08-EP*.

—.*Sentencia n.º 007-09-SEP-CC, caso n.º 0050-08-EP*.

—.*Sentencia n.º 011-09-SEP-CC, caso n.º 0038-08-EP*.

—.*Sentencia n.º 011-16-SIS-CC, caso n.º 0024-10-IS*.

—.*Sentencia n.º 012-09-SEP-CC, caso n.º 0048-08-EP*.

—.*Sentencia n.º 015-09-SEP-CC, caso n.º 0031-08-EP*.

—.*Sentencia n.º 021-09-SEP-CC, caso n.º 0177-09-EP*.

—.*Sentencia n.º 032-09-SEP-CC, caso n.º 0415-09-EP*.

—.*Sentencia n.º 050-15-SEP-CC, caso n.º 1888-12-EP*.

—.*Sentencia n.º 059-15-SEP-CC, caso n.º 1317-10-EP*.

—.*Sentencia n.º 065-15-SEP-CC, caso n.º 0796-12-EP*.

—.*Sentencia n.º 200-14-SEP-CC, caso n.º 0598-11-EP*.

—.*Sentencia n.º 214-SEP-CC, caso n.º 1883-12-EP*.

—.*Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición*. Registro Oficial 466, 13 de noviembre de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. 31 de agosto de 2001.
- . *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. 6 de mayo de 2008.
- . *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. 21 de mayo de 2013.

CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

- Ecuador Contraloría General del Estado. «Informe General n.º DAPAyF/0007/2016 al proceso de compra venta de terrenos ubicados en el parque Los Samanes de la ciudad de Guayaquil, entre el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ISSFA y el Ministerio del Ambiente, en el período desde: 2010/01/01 hasta: 2016/01/31». *Contraloría General del Estado*, accedido julio de 2016. <[>.](http://www.contraloria.gob.ec/consultas.asp?id_SubSeccion=59&opcion=1&txtPalabraClave=)

EX CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ECUADOR

- Ecuador ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil.
- Resolución n.º 505-99, de 25 de febrero de 2000*. Registro Oficial 333, 7 de diciembre de 1999.
- . *Resolución n.º 142-2002, de 5 de julio de 2002*.
- . *Resolución n.º 229-2002, de 29 de octubre de 2002*.
- . *Resolución n.º 144-2003, de 26 de mayo de 2003*. Registro Oficial 131, 23 de julio de 2003.
- . *Resolución n.º 67-06, de 3 de marzo de 2006*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

- España Tribunal Constitucional. *Sentencia n.º 218/2015, de 22 de octubre de 2015*. Boletín Oficial del Estado 284, 27 de noviembre de 2015.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

- México Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Acción de inconstitucionalidad 18/2004, tesis jurisprudencial n.º 39/2006*. 16 de febrero de 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ

Perú Tribunal Constitucional. *Acción de amparo constitucional, expediente n.º 00239-2010-PA/TC*. 5 de noviembre de 2012. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00239-2010-AA.html>>.

NORMATIVA INTERNACIONAL

Alemania Asamblea Nacional de Weimar. *Constitución de Weimar*. 1919. <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>.

Asamblea General de la Naciones Unidas. *Declaración universal de los derechos humanos (DUDH)*. Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948. <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Protocolo de San Salvador»*. San Salvador, 1988.

Francia Asamblea Constituyente. *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, 5 de octubre de 1789*. <<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/humano1789.htm>>.

Organización de los Estados Americanos. *Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)*, 7-22 de noviembre de 1969. <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>.

Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 30 de diciembre de 2009. <cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.

Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Convención n.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 2014. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf>.

ANEXO 1: NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

13. Luigi Ferrajoli, «Derechos fundamentales», 31. En esta misma línea de interpretación constitucional —basada en un «paradigma del derecho social joven en comparación con el del derecho privado», en palabras de Christian Courtis—, se ubica las propuestas de este autor y de Luis Prieto Sanchís. Courtis señala que «gran parte de los elementos alrededor de los cuales se piensa el derecho ha tenido que ver con este modelo patrimonialista, moldeado a partir de un sujeto que es propietario, y que tiene ciertas relaciones con otros propietarios. De modo que, aunque en las constituciones o en los pactos de derechos humanos se establezcan derechos sociales, todavía no se ha generado un paradigma completo sobre cómo dar contenido a estas categorías —por lo menos no en una medida comparable a la que sí ha desarrollado el modelo del derecho privado— [...]. La disparidad, la asimetría de la producción, es enorme, porque gran parte de los recursos simbólicos del derecho se han dedicado a proteger los intereses de los propietarios, a proteger el derecho de propiedad, y no los derechos sociales, que pese a estar establecidos en una constitución, casi no han tenido desarrollo». Christian Courtis, «Los derechos sociales en perspectiva», Carbonell, *Teoría*, 186-7.

Por su parte, Prieto Sanchís afirma: «la mayor parte de los artículos del Código Civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad, y ambos encuentran sin duda respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como la llamada “función social” de la propiedad, la exigencia de protección del medio ambiente, de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones del derecho privado, que el Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar pese a los evidentes problemas pese a los evidentes problemas procesales del amparo, se funda en este efecto irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) que es, a su vez una consecuencia de la fuerte rematerialización que incorporan los derechos». Luis Prieto Sanchís, «El constitucionalismo de los derechos», Carbonell, *Teoría*, 217.

En una posición teórico-doctrinal historicista, Maurizio Fioravanti habla de la tres doctrinas que han desarrollado en el tiempo y en función de la cultura de las libertades, la limitación al poder político y el rol del Estado: una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la Revolución francesa); otra individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y finalmente una doctrina historicista y estatalista, construida en clave individualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX). Este autor propone que la primera representa un «modelo historicista» cimentado en el privilegio de las libertades y en su ejercicio autónomo del poder político. La capacidad de obrar se la ejerce en función de la libertad en ausencia de prohibiciones jurídicas y políticas que impidan su realización. Dice: «se piensa aquí, sobre todo, en la libertad personal y en la propiedad privada», sobre la base de la tradición europea fundamentalmente inglesa (nacida durante la edad media y el orden feudal) de acotar al poder político y buscar un gobierno moderado y limitado. La segunda delinea a un «modelo individualista» de ruptura con el orden feudal, la estructura social estamental y el pensamiento medioeval, a través de los derechos individuales. En la época moderna, el papel del Estado radica en legislar y delimitar con garantías de seguridad las esferas pública e individual, lo cual implica una «necesaria dualidad de libertad y poder». Y, por último, la tercera explica que el Estado nace por la voluntad de quienes deciden asociarse no desde una perspectiva negocial o contractual que conjunte intereses individuales y distintos, sino desde la decisión política de sustraer del poder constituyente de cualquier influencia de carácter privado, y de implantar un orden política y jurídicamente organizado. Fioravanti, *Los derechos*, 25-53.

278. El estudio da cuenta, entre otras conclusiones, de lo siguiente: «Por consiguiente, el origen de la comuna podría partir desde la década de los 50 del siglo veinte. Durante este tiempo los pobladores, que arribaron de sitios cercanos al sector conocido como Las Cruces, fueron organizándose y le denominaron al lugar como “El Verdum” [...] durante la década de los setenta, si bien las tierras donde actualmente viven y desarrollan sus actividades económicas no eran comunales, sí hacían uso de las mismas para sembrar, recolectar sal, construir sus viviendas y practicar sus actividades de pesca y recolección del cangrejo

en los manglares [...]. Posteriormente, la presencia de las camaroneras les obligaron a que se desplacen de los lugares donde se habían ubicado, sin que esto implique la desaparición de sus actividades económicas, más bien se han mantenido a la par con las nuevas actividades que se van desarrollando al interior de su comunidad y de aquellas que desarrollan en sus movibilidades hacia los centros más poblados: Tosagua y Chone. Las actividades económicas que han venido desarrollando los pobladores de “El Verdum” tanto al interior de su comunidad, como en las camaroneras y las zonas más pobladas, se presentan como medios que tienen como fin garantizar, a través del uso de su fuerza de trabajo y de los recursos que disponen, la satisfacción de necesidades integrales (individuales y sociales), donde prima la reproducción ampliada de la vida de los integrantes de sus familias y de la comunidad, es decir nos encontramos ante un caso concreto de Economía Popular y Solidaria y de las formas de organización económica comunitaria que es parte de esta [...]. Es importante señalar aquellos principios de organización social de la economía de la comuna, por ejemplo, se aprecia los siguientes [...].

2. Administración doméstica (autarquía) consiste en producir para uso propio y así satisfacer las necesidades familiares y las de su grupo (intercambio). Aquí podríamos hablar de una economía de subsistencia de esta comuna. Los habitantes usan lo que producen para atender a sus propias necesidades, entonces esta economía puede ser pensada en tres aspectos: 1. La que depende del manglar y la del río. 2. La que depende de los animales domésticos. 3. La que depende de la agricultura [...]

la Comuna El Verdum está más cerca al pueblo montubio, por sus características culturales comunes, sin embargo, posee características específicas que les hacen diferentes y que están vinculadas a su relación con el ecosistema manglar. Esta relación obligó a estos pobladores a que se conviertan en habitantes itinerantes de este territorio hasta que definitivamente confluyeran en este sitio y construyeran sus viviendas desde aproximadamente la década de los 50 del siglo pasado [...]. Sus actividades vinculadas a la agricultura, pesca y recolección del cangrejo se destacan por las relaciones económicas radicadas en los valores de camaradería, reciprocidad, parentesco y cooperación, así como por una estrecha relación de dependencia entre los comuneros y las comuneras, y con la naturaleza. Las relaciones que aquí se han ido estableciendo se caracterizan por intercambios no son materiales, sino simbólicos, y los

recursos económicos que se obtienen son productos de la “asociatividad”, es decir de la unión de esfuerzos y recursos por parte de los participantes de esta comuna, donde no existe la explotación de la fuerza laboral a través del salario, a excepción de aquellas que se presenta[n] en sus trabajos en otras poblaciones o en las camaroneras [...]. Un punto que se debe destacar es el conocimiento sobre el medio en el que cultivan o practican la recolección, el mismo que les ha sido transmitido a través de procesos de socialización por sus padres. Entre estos conocimientos está el vinculado al uso del manglar y del río, para este caso el Chone, que si bien no representan actualmente su actividad principal, para los años en los que arribaron a estas tierras sí lo era, y esta práctica es lo que les hace diferentes a otras poblaciones de la costa ecuatoriana».

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar —creada en 1985 por el Parlamento Andino— es una institución de la Comunidad Andina (CAN) y, como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú).

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, la Universidad suscribió un convenio de sede con el Gobierno de Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior de Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad en Ecuador que recibe un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Historia, Letras y Estudios Culturales, y Salud, además del Programa Andino de Derechos Humanos, el Programa Académico de Cambio Climático, el Centro Andino de Estudios Internacionales, y las cátedras: Brasil-Comunidad Andina, Estudios Afro-Andinos, Pueblos Indígenas de América Latina, e Integración Germánico Salgado.

ÚLTIMOS TÍTULOS DE LA SERIE MAGÍSTER

-
- 264 Stephany Olarte, *El anticipo del impuesto a la renta: Señales de un tributo encubierto*
-
- 265 Robinson Patajalo, *El control de constitucionalidad en Ecuador: Defensa de un control mixto*
-
- 266 Verónica Salgado, *Dolores Cacuango en la memoria oral de su pueblo*
-
- 267 Daniel Dorado, *Licencias obligatorias de medicamentos y derecho a la salud en la Comunidad Andina*
-
- 268 Paola Calderón, *Nuevos santos de la farándula: Estrategias discursivas en sus autobiografías*
-
- 269 Patricio Estévez, *Mujeres al desnudo: Las fotografías de Víctor Jácome*
-
- 270 Andrea Galindo, *La construcción deliberativa del presupuesto*
-
- 271 Xavier Villacreses, *Roberto Bolaño y las representaciones del mal*
-
- 272 Samantha Bermúdez, *El derecho a fundar una familia y la gestación subrogada*
-
- 273 Giovanni Puchaicela, *El valor cultural de las bandas de pueblo en Ecuador*
-
- 274 Andrea Angulo, *La difusión de la música alternativa en la comunidad virtual*
-
- 275 Eduardo Yumisaca Jiménez, *La interculturalidad en las bandas de fusión musical*
-
- 276 Gabriela Argüello, *El centenario de la comuna de Santa Clara de San Millán*
-
- 277 Juan Pablo Guerrero, *Aproximación intercultural del delito: Su tratamiento en la justicia estatal y en la justicia indígena*
-
- 278 Monserrate Gómez, *Diálogos y tensiones entre comunidad y museo en Quito (2009-2014)*
-
- 279 Santiago Andrade Mayorga, *Tutela constitucional del derecho de propiedad en Ecuador*
-

La capacidad del sistema constitucional para cuidar el ejercicio de los derechos se mide con garantías que aseguren su cumplimiento. La eficacia de la idoneidad normativa y la eficiencia de los recursos garantistas requieren que las medidas jurisdiccionales sean efectivas e impidan excesos expropiatorios, arbitrariedades estatales o abusos particulares al derecho de propiedad. El aseguramiento de su ejercicio no depende de si es calificado como un derecho fundamental o no, sino de su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva vulnerado. Por ello, la acción extraordinaria de protección como mecanismo de tutela de derechos constitucionales violados en procesos ordinarios requiere el esmero de la Corte Constitucional en el uso efectivo de la doctrina y la jurisprudencia. En esta obra se descubre la confusión conceptual de la Corte, que considera que, en tanto patrimonial, el derecho de propiedad carecería de tutela constitucional.

Santiago Andrade Mayorga (Quito, 1965) es licenciado en Ciencias Públicas y Sociales (1990), doctor en Jurisprudencia y abogado de los Juzgados y Tribunales de la República (1995) por la Universidad Central del Ecuador y magíster en Derecho Procesal (2016) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Ha ejercido la docencia universitaria en Derecho Constitucional, Derecho Civil y Derecho Penal.



9789978199640