



# UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA  
PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN EN EL  
DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

VERZOSA AGUILAR ERIKA LIZBETH

MACHALA  
2017



# UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA  
PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN EN EL  
DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

VERZOSA AGUILAR ERIKA LIZBETH

MACHALA  
2017


**Nota de aceptación:**

Quienes suscriben, en nuestra condición de evaluadores del trabajo de titulación denominado EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO, hacemos constar que luego de haber revisado el manuscrito del precitado trabajo, consideramos que reúne las condiciones académicas para continuar con la fase de evaluación correspondiente.



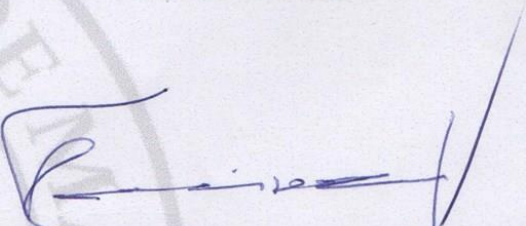
---

CAMPOVERDE NIVICELA LUIS JOHAO  
0704583111  
TUTOR - ESPECIALISTA 1



---

SUQUI ROMERO GABRIEL YOVANY  
0702672098  
ESPECIALISTA 2



---

RAMIREZ LOPEZ GUIDO MIGUEL  
0702658717  
ESPECIALISTA 3

Machala, 09 de febrero de 2017

## Urkund Analysis Result

**Analysed Document:** Verzosa Aguilar Erika Lizbeth.docx (D25125439)  
**Submitted:** 2017-01-19 18:53:00  
**Submitted By:** lucampoverde@utmachala.edu.ec  
**Significance:** 0 %

Sources included in the report:

Instances where selected sources appear:

0



## CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO DIGITAL INSTITUCIONAL

La que suscribe, VERZOSA AGUILAR ERIKA LIZBETH, en calidad de autora del siguiente trabajo escrito titulado EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO, otorga a la Universidad Técnica de Machala, de forma gratuita y no exclusiva, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, que constituye un trabajo de autoría propia, sobre la cual tiene potestad para otorgar los derechos contenidos en esta licencia.

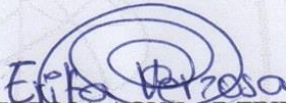
La autora declara que el contenido que se publicará es de carácter académico y se enmarca en las disposiciones definidas por la Universidad Técnica de Machala.

Se autoriza a transformar la obra, únicamente cuando sea necesario, y a realizar las adaptaciones pertinentes para permitir su preservación, distribución y publicación en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad Técnica de Machala.

La autora como garante de la autoría de la obra y en relación a la misma, declara que la universidad se encuentra libre de todo tipo de responsabilidad sobre el contenido de la obra y que asume la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros de manera exclusiva.

Aceptando esta licencia, se cede a la Universidad Técnica de Machala el derecho exclusivo de archivar, reproducir, convertir, comunicar y/o distribuir la obra mundialmente en formato electrónico y digital a través de su Repositorio Digital Institucional, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico.

Machala, 09 de febrero de 2017

  
VERZOSA AGUILAR ERIKA LIZBETH  
0706458452

## **DEDICATORIA**

El desarrollo del presente trabajo se lo dedico mucho cariño a Dios, a mis padres y a mi familia, quienes siempre han estado junto a mí llenándome de amor y haciendo de mi vida un verdadero manantial de felicidad.

## **AGRADECIMIENTO**

Expongo mi sincera gratitud a mis maestros de la carrera de Jurisprudencia de la Universidad Técnica de Machala, así como a sus directivos y compañeros de aula, ya que en conjunto todos han sido parte de la cristalización de mi sueño profesional

## I. RESUMEN EJECUTIVO

### EL CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

**Autor:** Verzosa Aguilar Erika Lizbeth

**Tutor:** Abg. Luis Johao Campoverde Nivicela

En la presente investigación se ha desarrollado un estudio de los métodos de interpretación constitucional, y dentro de estos a la ponderación. El análisis empieza exponiendo las características del estado ecuatoriano, una vez asumido el paradigma del neoconstitucionalismo en el año 2008, con la puesta en vigencia de la Constitución de la República, en particular la tesis de que los derechos constitucionales son todos de igual jerarquía.

Esta posición del Estado es fiel reflejo del garantismo jurídico, que entre otras cosas busca e desarrollo del ser humano, en armonía con la naturaleza a quien el Estado también le ha otorgado derechos. Es por ello que en el hecho puesto a consideración, el conflicto tiene mucha relevancia ya que efectivamente se enfrentan derechos constitucionales de dos personas distintas, lo que hace necesaria la ponderación de los mismos.

Un maestro en virtud del ejercicio de su derecho libertad de cátedra, impide a un estudiante indígena, ingresar al aula de clases con su vestimenta ancestral, fiel reflejo del ejercicio de sus derecho a la identidad cultural, y a la libertad estética. Nuestra conclusión principal es que en el ejercicio de ponderación, es más importante en el caso concreto, proteger el derecho del estudiante de origen indígena a identidad cultural y libertad estética, que el derecho del maestro a la libertad de cátedra.

**Palabras clave:** Ponderación, derechos fundamentales, Constitución, interpretación, identidad cultural.



## II. ABSTRACT.

### THE CONFLICT BETWEEN FUNDAMENTAL LAW AND WEIGHTING AS A METHOD OF INTERPRETATION IN ECUADORIAN CONSTITUTIONAL LAW

**Author:** Verzosa Aguilar Erika Lizbeth

**Tutor:** Abg. Luis Johao Campoverde Nivicela

In the present research has developed a study of the methods of constitutional interpretation, and within these to the weighting. The analysis begins by exposing the characteristics of the Ecuadorian state, once assumed the paradigm of neoconstitutionalism in 2008, with the implementation of the Constitution of the Republic, in particular the thesis that constitutional rights are all of the same hierarchy.

This position of the State is a faithful reflection of the legal guarantee, which among other things seeks and develops the human being, in harmony with the nature to which the State has also granted rights. That is why in the fact put to consideration, the conflict has a lot of relevance since they effectively face the constitutional rights of two different people, which makes it necessary to weigh them.

A teacher by virtue of the exercise of his / her freedom of teaching, prevents an indigenous student, enter the classroom with his ancestral dress, a faithful reflection of the exercise of his right to cultural identity, and aesthetic freedom. Our main conclusion is that in the exercise of weighting, it is more important in the specific case, to protect the right of the student of indigenous origin to cultural identity and aesthetic freedom, than the right of the teacher to freedom of teaching.

**Key words:** Weighting, fundamental rights, Constitution, interpretation, cultural identity.

### III. INDICE

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTO.....	II
I. RESUMEN EJECUTIVO .....	III
II. ABSTRACT.....	IV
III. INDICE .....	V
IV. INTRODUCCIÓN.....	- 1 -
V. DESARROLLO.....	- 3 -
4.1. EL PROBLEMA – CASO PRÁCTICO.....	- 3 -
4.2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL ECUADOR. ....	- 3 -
4.3. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. ....	- 8 -
4.4. LOS DERECHOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS.....	- 9 -
4.5. LA LIBERTAD DE CÁTEDRA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	- 13 -
4.6. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	- 15 -
5. . CONCLUSIONES. ....	- 19 -
6. RECOMENDACIONES .....	- 21 -
BIBLIOGRAFÍA .....	- 22 -

#### **IV. INTRODUCCIÓN**

El renacimiento de las movilizaciones indígenas en todos los continentes, con irrenunciables y fervorosas expectativas por la recuperación de sus derechos ancestrales y la protección de sus territorios, es un hecho inusitado que, sin duda, ha sorprendido al mundo académico y político. La presión internacional ha jugado un papel importante al instituir un marco normativo que ha sido ratificado por varios Estados modificando sus constituciones y sus leyes (ALEXY, 2012),

El Ecuador al igual que sus hermanos países latinoamericanos, es resultado fie de una conquista desarrollada al continente por los europeos desde el siglo a los pueblos indígenas autóctonos 16, cuyo fruto más importante es la perla del mestizaje y la consolidación de los estados que actualmente conocemos caracterizados por su plurinacionalidad, es decir estados en que coexisten la civilización propiamente entendida por su desarrollo y los pueblos y nacionalidades indígenas que pugnan por mantener y defender sus matices originales y característicos.

El año 2008 fue para el Ecuador uno de los momentos, más importantes de su historia como nación independiente, esto es desde el año 1830 en que nacimos como República, ya que a pesar de haber sentado las bases de nuestra patria en el constitucionalismo, siempre vivimos engañados y en realidad no pasamos de ser un estado feudal con una constitución que nos decía que somos libres.

La vigente constitución de la República se puso en vigencia el 21 de Octubre del 2008 y con ella en país asumió el reto, el paradigma del neoconstitucionalismo, se pintó de garantismo y claro está, sentó las bases de nuestra patria en el ser humano y la naturaleza, exponiendo que no hay más importante que el ser humano en armonía con sus semejantes y los elementos naturales. Este buen vivir o sumak kawsay, es nuestra idea de bienestar común, el fin real de la sociedad y el Estado.

Los derechos de las personas, los que se entienden por fundamentales en la actualidad se encuentran descritos en un extenso catálogo en que se incluyó los derechos de la naturaleza, dejando a un lado y mucho muy rezagada, la división del poder político que antes era la cara de presentación de nuestros textos constitucionales.

La presente investigación se ha desarrollado como trabajo de titulación en el proceso de titulación de la carrera de Jurisprudencia de la Universidad Técnica de Machala, la misma que tiene como tema central la ponderación de derechos fundamentales, bajo la dirección del Abogado Johao campoverde Nivicela en calidad de tutor. Este trabajo de investigación constituye un fiel reflejo de la calidad académica y científica que el Alma Mater de la provincia de El Oro, va desarrollando día a día.

Para el efecto se nos ha propuesto un caso hipotético de estudio en que evidentemente se ponen en conflicto 2 derechos fundamentales que le

corresponden a 2 personas distintas, desarrollándose un conflicto que tienen que ver con la preferencia que pueda tener uno u otro en el caso concreto. El primero tiene que ver con los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas a su identidad cultural, derechos cuya estructura y visión ha sido de lo más destacado en el texto constitucional actual, si se quiere es una de las conquistas más grandes del Ecuador plurinacional. El segundo es un derecho que siendo más de etiqueta no deja de ser fundamental, puesto que la libertad de cátedra también es un derecho fundamental para el desarrollo de los pueblos, que permite el imperio del pensamiento libre en la educación superior.

Siendo que ambos derechos son de igual jerarquía, no se puede superponer uno y otro con una simple reflexión, ni con un vano ejercicio de crítica jurídica sino que se debe recurrir a las técnicas de interpretación constitucional. Por supuesto que estas técnicas también forman parte del ordenamiento jurídico y su cristalización también es una conquista, pero sobre todo un desafío, porque su existencia no constituye una solución en sí misma, ya que su complejidad podría en el fondo constituir en realidad un gran problema.

Para arribar a las conclusiones del presente trabajo, fue muy importante un análisis profundo de uno de sus elementos, los derechos de los pueblos indígenas, la libertad de cátedra y por supuesto la ponderación como método de interpretación de la constitución.

Como base para el análisis dogmático, nos hemos respaldado en un conjunto de artículos científicos sobre la materia, los mismos que han sido un soporte dogmático por demás importante por lo que estamos seguros de haber alcanzado los fines propuestos por la investigación.



## **V. DESARROLLO**

### **4.1. EL PROBLEMA – CASO PRÁCTICO.**

Paine es un miembro de la comunidad de Secoya del oriente ecuatoriano. Alcanza la primaria a través de un programa del gobierno. La secundaria la prueba sin problemas en un colegio de Sucumbíos. Cuando ingresa a la universidad luego de alcanzar el puntaje respectivo, un docente le impide el ingreso al aula de clases en vista de que Paine se presenta sin camiseta (la vestimenta natural de los secoyas es pantalón, collares y plumas) , el docente justifica su posición en la libertad de cátedra re conocida en la Constitución.

¿Qué de derechos constitucionales están en conflicto?

¿Cuál es el límite de estos derechos?

¿Cuál es la correcta ponderación que se debe realizar en el caso?

### **4.2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL ECUADOR.**

Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la rigidez de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes (FERRAJOLI, 2010).

Los términos constitucionalismo, neoconstitucionalismo y neoconstitucionalismo latinoamericano tienden a confundirse ante el impresionante desarrollo de la sociedad, el Estado y el mismo concepto de democracia que no nos ha permitido sentarnos a precisar el alcance de estas estructuras.

Es mi presente interés, exponer del contenido esencial del nuevo modelo constitucional ecuatoriano; por ello como idea inicial y orientadora, quiero dejar sentado, que es un hecho, el que en la actualidad el país se encuentra inmerso dentro del llamado neoconstitucionalismo, afirmación que expongo a partir de la expresión que hizo en noviembre del 2008 la Corte Constitucional:

*“En efecto, como en ninguna otra parte de la constitución, en el capítulo correspondiente a los derechos y sus garantías, se refleja la materialización de la constitución, representada en la adopción del neoconstitucionalismo como ideología del Estado”.*

De esta afirmación hecha por la Corte Constitucional máximo órgano de interpretación de la constitución, podemos abstraer dos ideas de gran validez:

- a) Que la materialización de la constitución se encuentra fundamentalmente en los títulos 2 y 3 que tratan sobre los derechos y sus garantías; y
- b) El hecho mismo de que el Estado ecuatoriano haya modificado toda su estructura ideológica para sentar su vida institucional en el llamado concepto de Estado neoconstitucional.

Entonces reitero, es innegable la adopción del Estado por esta ideología, que como la Corte mismo afirma, “En términos estrictamente científicos, propios de la teoría de la interpretación constitucional, no se trata de cambios meramente lingüísticos, esa primera mención constitucional, de declarar al Ecuador dentro del paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano, implica toda una revolución conceptual y doctrinaria”.

Esta aseveración empieza en el mismo artículo 1 de la constitución que reza:

“El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia,

Que difiere de la anterior que expresaba:

El Ecuador es un estado social de derecho

En principio podríamos afirmar que el cambio en la estructura gramatical de esta disposición, no implicaría mayores transformaciones, cosa totalmente errada si consideramos el alcance del paso del Estado de derecho al Estado constitucional, que más adelante sabré especificar.

Con esta pequeña introducción voy a empezar a establecer las características propias de estos tres modelos de ideologías constitucionales, tocando no mucho la historia, pero si siendo un poco cuidadoso, con los caracteres que cada uno contiene desde el enfoque de algunos de los más reconocidos tratadistas en el ámbito del derecho constitucional.

En primer lugar, desde el punto vista de la evolución conceptual podemos decir, que existen cuatro modelos de constitucionalismo, que según los españoles Vicciano y Martinez son (GIL, 2011):

1. La progresiva construcción del constitucionalismo liberal-revolucionario durante las revoluciones burguesas del siglo XVIII

2. La reacción conservadora, que desvirtuó el constitucionalismo y que se desarrolló durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX
3. La temporal recuperación del constitucionalismo democrático, durante las primeras décadas del siglo XX
4. La aparición del constitucionalismo social después de la segunda guerra mundial

El Estado de derecho, en su formulación clásica, es aquel donde el ejercicio del poder está limitado o circunscrito al derecho y por tanto, donde sus autoridades se rigen, permanecen y están sometidas a un derecho vigente.

Históricamente, en su evolución, se producen fundamentalmente dos formas clásicas o tipos de estado: El estado de legalidad de origen francés, que tiene su inicio en la revolución francesa de 1789; y, el concepto norteamericano de constitución que comienza con la revolución americana de 1776. el estado de derecho en su versión francesa, conocido también como estado de legalidad o estado legicéntrico, se identifica por ser un estado legislativo, lo que implica la supremacía del parlamento sobre los otros poderes del estado; la reducción de todo el derecho a la ley; la supremacía de la ley sobre el resto de los actos normativos del estado (principio de legalidad); la subordinación a la ley, de los derechos de los ciudadanos; la limitación del poder judicial a la aplicación subsuntiva de la ley; y a la conversión de la constitución en una simple ley de organización del poder, que puede ser modificada por el procedimiento ordinario de expedición de las leyes. En definitiva, en el modelo de estado de derecho francés, la constitución queda reducida a una declaración política de principios y se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de la ley (GIL, 2011).

Por el contrario, por las condiciones particulares del desarrollo jurídico e institucional de las 13 colonias que conformaron inicialmente los estados unidos, el Estado de derecho desarrollado en Norteamérica, tiene una estructura diametralmente opuesta, donde la constitución es el verdadero centro de todo el ordenamiento jurídico. Esta forma de estado aparece muy pronto en la historia constitucional americana, pues ya en 1803, a través del fallo *Marbury vs. Madison*, se desarrolló la teoría de la supremacía de la constitución sobre las decisiones de los poderes legislativos, no solo de los estados sino también del propio congreso federal. Este fallo inaugura el sistema difuso de control de la constitucionalidad al determinar que ante la posibilidad de que la constitución fuera desconocida por el gobierno o el legislador, las juezas y jueces de la suprema corte de justicia, o cualquier juez, tenían la obligación constitucional de defender la superioridad del texto de la constitución y sus enmiendas, a través de sus sentencias.

El resultado concreto de esta teoría jurídica es que, a diferencia de lo que ocurre en Francia, donde el derecho es sinónimo de ley, en Estados Unidos son los jueces los que a través del control constitucional crean el derecho, siendo la constitución considerada como una norma jurídica directamente aplicable, sin necesidad de que una ley la desarrolle.

Estos dos modelos o paradigmas estatales se desarrollan paralelamente, sin tener influencias recíprocas, hasta cuando aparece el estado social de derecho, en el cual por influencia de kelsen, la constitución se convierte también en Europa, en norma jurídica, si bien sólo aplicable directamente de manera parcial (DURANGO, 2012).

Hay que recordar que en términos generales, kelsen acepta el carácter normativo de la constitución, pero a diferencia del modelo norteamericano donde la constitución es directamente aplicable, de acuerdo con la doctrina kelseniana la constitución tiene eficacia jurídica pero no vincula a todos los poderes, sino exclusivamente al legislador y solo indirectamente al resto de poderes.

Luego de estos modelos, podemos hablar del desarrollo de la corriente neoconstitucional, que surge producto del debilitamiento de un concepto fuerte de constitución en Europa.

Este neoconstitucionalismo apareció insistiendo en la necesaria diferenciación entre el concepto formal y material del estado constitucional. El constitucionalismo surgió entre los siglos XVII y XVIII, tendiendo como marco Inglaterra, y las revoluciones Francesas y Americana, lo que dio como consecuencia, la existencia de nuevos modelos de organización política del Estado, cuyo sustento se funda en el principio de la "División de poderes y en la defensa de los derechos del hombre"; así, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se sostiene que una Sociedad que no tiene como premisas la División de poderes y la garantía de sus derechos del hombre, no cuenta con una "Constitución" (GIL, 2011).

Como afirma Habermas, los estados constitucionales anteriores, Vivían en un concepto formal ya que se entendían estado constitucional por el solo hecho de contar con una norma que se autodenominaba constitución.

Mientras que el neoconstitucionalismo (sentido material), superpone la existencia de un estado constitucional cuando el Estado cuenta con una constitución en sentido propio, es decir fruto la presencia de dos elementos constitutivos: el de legitimidad y el de normatividad:

Un insigne representante del neoconstitucionalismo como es Guastini, ha establecido siete condiciones que hacen efectivo el modelo (DURANGO, 2012):

- La rigidez constitucional.
- La garantía jurisdiccional de la constitución.
- Su fuerza vinculante.
- La sobre interpretación de la constitución.
- La aplicación directa de la constitución
- La interpretación de las leyes conforme a la constitución



- La influencia de la constitución en las relaciones políticas.

En realidad, se entiende básicamente por neoconstitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial siendo los casos de la constitución italiana (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la constitución brasileña de 1988 o la colombiana de 1991 caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos (GARCIA, 2010).

Esta idea de neoconstitucionalismo si bien tuvo su fuerza durante el desarrollo de sus ideas en el siglo xx, fue a finales de este mismo siglo que quedó reducida a una mera posición doctrinal de escasa influencia.

Es en la vitrina latinoamericana, donde estos postulados han revivido, y es en el momento actual, en el justamente nosotros somos protagonistas en que se ha retomado el impulso de la formación de la ideología del neoconstitucionalismo solo que a este modelo anterior le hemos sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la constitución.

Esta corriente es ya conocida como neoconstitucionalismo latinoamericano.

En el Ecuador, la tradición jurídica francesa fue dominante hasta la promulgación de la actual constitución. Efectivamente, la nueva constitución establece por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, una nueva forma de estado, el estado constitucional de derechos y justicia.

Este neoconstitucionalismo latinoamericano ha sido definido así (RUIZ, 2009):

- Eduardo Hernando Nieto.- “En el neoconstitucionalismo latinoamericano, el tradicional estado de derecho deja de ser el paradigma de la racionalidad jurídica para encontrarnos ahora con el estado constitucional de derecho, en el cual la constitución se convierte, en un espacio en el cual convergen una serie de valores, directrices y de principios de raíz liberal y democrática que son empleados para resolver los más importantes casos en el derecho y que por lo tanto se adhieren nítidamente a la tesis de la vinculación entre el derecho y la moral, es decir, la perspectiva que trasciende la clásica propuesta de la ciencia jurídica basada en la tesis de la separación entre el derecho y la moral.
- Para Juan Morales.- el neoconstitucionalismo es una teoría jurídica que plantea que las constituciones -normas positivas o leyes de la más alta jerarquía-, deben delimitar estrictamente los poderes estatales y proteger con claridad los derechos fundamentales. el neoconstitucionalismo “eleva” a la categoría de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como naturales o consustanciales a la dignidad de la condición humana.

En síntesis, el constitucionalismo clásico fijaba su mira en la limitación del poder, mientras el concepto actual de estado constitucional adoptado por el Ecuador, además de limitar con efectividad el poder, centra su mira en la protección de las libertades individuales del hombre, conocidas como derechos fundamentales, lo que necesariamente exige una conexión entre derecho y moral, que el modelo anterior negaba.

#### **4.3. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.**

Las Constituciones democráticas modernas contienen dos tipos o categorías de normas. A la primera pertenecen las que constituyen y organizan los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, es decir el Estado; aquí lo central es la atribución de poder. En la segunda se incluyen las que limitan y dirigen el poder estatal; aquí deben nombrarse primeramente los derechos fundamentales (CASTRO, 2010).

Sobre las características de los derechos constitucionales el artículo 11 de la Constitución de la república en su numeral 6 expone: *Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.*

Esta última características, es la que nos interesa para efectos de la presente investigación en que evidentemente existe un conflicto entre derechos constitucionales. Ya que como muchos erradamente consideran, los derechos constitucionales son todos de igual jerarquía, es decir, que no existe una natural preferencia por una o por otro.

El proyecto de vida de cada persona no necesariamente supone un ejercicio concurrente y convergente del conjunto de los derechos constitucionales. Algunos se imponen con mayor uso frente a los demás, existe también un orden secuencial o hay casos en que los propios individuos priorizan o privilegian ciertos derechos para su desarrollo. Cuando el texto constitucional declara la igualdad jerárquica de los derechos suscita implicaciones y sentidos distintos en la ejecución de este principio.

La primera aproximación nos remite a tener presente que el constitucionalismo social europeo planteó mecanismos que permitan mayor exigibilidad de los derechos sociales por la primacía de los políticos y civiles en el constitucionalismo liberal, sin embargo, aún persisten definiciones normativas y jurisprudenciales que precisan diferenciaciones en función de los derechos fundamentales. Para el caso ecuatoriano, la Constitución crea distintos grupos de denominaciones para marcar una posición distinta con la división doctrinaria y normativa presente en instrumentos internacionales y para, de alguna manera, disputar un precedente que vaya más allá de los derechos fundamentales (RUIZ, 2009).

#### **4.4. LOS DERECHOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS.**

La diversidad cultural es sin duda uno de los desafíos centrales que afronta el constitucionalismo actual. Ello se debe a los problemas teóricos y prácticos planteados por la coexistencia de grupos humanos con diversas culturas en el territorio de un mismo Estado. Tal coexistencia cuestiona ciertas versiones de conceptos centrales como los de nación, ciudadanía o igualdad, conceptos que a su vez fueron pensados en el marco de los proyectos de Estados los cuales han desconocido a los pueblos indígenas, sea ignorándolos o pretendiendo integrarlos en una cultura nacional homogénea (RODRIGUEZ, 2010).

La diversidad cultural no es solo un cuestionamiento externo al sistema de derechos que una Constitución establece, sino que se asienta fuertemente sobre varios de estos mismos derechos. Así, por ejemplo, incluso bajo algunas constituciones europeas que no reconocen a las minorías derechos colectivos de identidad cultural, y para las cuales todos los derechos constitucionales son individuales, el derecho a la libertad religiosa de los inmigrantes y su contexto comunitario ha llevado a plantearse este problema. Es un país que todavía se debate respecto al derecho indígena y, en general, sobre la situación de los pueblos originarios, entre un monismo jurídico atenuado, que si bien el Estado crea el derecho, reconoce la existencia de normas consuetudinarias en aquellas etnias, y un monismo jurídico que sólo justiprecia usos y costumbres en los pueblos ancestrales pero éstos carecen de derecho. (GONZALEZ, 2012).

Por otra parte, otros Estados, como por ejemplo Suiza, Bélgica, Canadá, Bolivia o en un sentido más limitado España, reconocen su plurinacionalidad. En efecto, la discusión sobre plurinacionalidad se halla presente también en Asia y África, evidenciando el fuerte cuestionamiento político y teórico a la concepción liberal de una sola nación como realidad coincidente con un solo Estado, y planteando frente a ella la coexistencia democrática de varias naciones o nacionalidades en el marco de un mismo Estado.

El Ecuador, en particular, es un caso interesante en el contexto latinoamericano, porque desde 1998 evidencia un desarrollo importante del reconocimiento de la diversidad cultural a nivel constitucional formal. Este desarrollo, empero, no se ha expresado de forma proporcional en las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia. La Constitución de 1998 estableció un amplio catálogo de derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero no llegó a dictarse casi ninguna normativa legal al respecto, el Tribunal Constitucional generó una magra jurisprudencia y la mayoría de instituciones públicas actuaban como si tal normativa constitucional no existiera (CASTRO, 2010).

Un primer cuestionamiento al constitucionalismo moderno afloró con el surgimiento del Estado social y sus implicaciones: los derechos sociales y la concepción material

del principio de igualdad. El Estado social implicó el explícito reconocimiento de las diferencias con miras a lograr una igualdad más real, implicó la visualización de sujetos de derecho distintos a los individuos, y de derechos distintos a los individuales. Con el Estado social, los grupos y los individuos concretos comenzaron a exigir del Estado acciones positivas para lograr una igualdad real, lo cual contrasta con los individuos abstractos y el Estado limitado al *dejar hacer y dejar pasar* propio del constitucionalismo liberal clásico.

Un segundo cuestionamiento provino del federalismo, de las formas descentralizadas de Estado, y de la integración entre Estados. El federalismo significa la institucionalización de la coexistencia de múltiples jurisdicciones, múltiples normativas, múltiples identidades bajo un mismo Estado; en tal sentido constituye una limitación a la centralización y homogenización del poder estatal central. Esa misma orientación, de forma más moderada, caracteriza a los procesos de descentralización y autonómicos. Por otra parte también la integración de los Estados y la consiguiente relativización de su soberanía nacional han tenido un efecto equivalente.

El Estado plurinacional e intercultural marca un paso más en este proceso. Como el Estado social y el Estado federal, descentralizado o integrado el Estado plurinacional e intercultural no implica necesariamente la secesión sino su transformación estructural. El constitucionalismo plurinacional no puede sino ser profundamente intercultural, puesto que a él le corresponde constituirse en el ámbito de relación igual y respetuosa de distintos pueblos y culturas a efectos de mantener las diferencias legítimas, eliminar o al menos disminuir las ilegítimas y mantener la unidad como garantía de la diversidad (CASTRO, 2010):

El desarrollo del *Estado plurinacional e intercultural*, empero, no ha carecido de tensiones, contradicciones, retrocesos y paradojas. De hecho, una versión o fase del mismo, que se ha venido a denominar *Estado multicultural*, se caracteriza por la integración formal de dimensiones étnicas y culturales en los textos constitucionales. Se trata de un reconocimiento culturalista que abstrae a los pueblos y nacionalidades indígenas de sus concretas condiciones políticas y económicas. Esta abstracción lleva al Estado multicultural a un contrasentido puesto que niega o al menos subvalora las condiciones mismas de existencia de los pueblos cuyas culturas busca defender y promover (GONZALEZ, 2012).

La nueva Constitución ecuatoriana de 2008 en balance amplía y fortalece los derechos colectivos indígenas incluidos en la Constitución de 1998. Un primer cambio consiste en la titularidad de estos derechos.

En la Constitución de 1998 los titulares son solo los pueblos indígenas, y *los pueblos negros o afroecuatorianos* en lo que les fuera aplicable. En el artículo 56 de la Constitución de 2008 se amplían estos derechos también a las *comunidades y nacionalidades indígenas, así como al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios*.



En realidad, la Constitución del 2008 elimina las clasificaciones tradicionales de derechos. Lo hace con el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales. Así, por ejemplo, elimina la clásica división de derechos civiles, políticos, y económicos, sociales y culturales. En su lugar utiliza una división puramente temática (derechos de participación, derechos de libertad, etc.). Incluso al referirse a los derechos colectivos, la Constitución del 2008 los denomina “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, para así destacar que también otros derechos pueden exigirse eventualmente de forma colectiva.

Según el artículo diez son titulares de estos derechos las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; por tanto, como lo indica el artículo once, todos los derechos pueden exigirse de forma individual o colectiva.

Esta *ampliación de la titularidad* de los derechos implica que los pueblos y nacionalidades indígenas pueden eventualmente demandar como tales no solo sus específicos derechos colectivos sino cualquier otro de los derechos establecidos en la Constitución. Así por ejemplo, una nacionalidad indígena podría demandar contra actos violatorios de los derechos sociales, a los cuales la Constitución denomina derechos del buen vivir o *sumak kawsay*, o los derechos de grupos de atención prioritaria. De esta forma se impide la práctica que venía desarrollando el Tribunal Constitucional del Ecuador de rechazar demandas de los pueblos indígenas por violaciones de sus derechos constitucionales bajo el argumento de que carecían de legitimación activa (CASTRO, 2010).

Esta universalización de la capacidad para reclamar derechos se corrobora También en la regulación de garantías jurisdiccionales de la nueva Constitución. Estas garantías son los medios procesales para exigir a los jueces que aseguren de autoridades y particulares el respeto a los derechos constitucionales.

En la nueva Constitución se ratifica que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”. Mediante estos principios constitucionales se intenta pasar de una justicia constitucional altamente formalista, en que el acceso estaba fuertemente restringido, a una amplia posibilidad de actuación por parte de todos los ciudadanos.

En cuanto al contenido de los derechos colectivos, las principales innovaciones respecto a la Constitución de 1998 tienen que ver primero con la inclusión de *nuevos derechos colectivos* tales como el derecho a no ser objeto de racismo ni discrimina, a mantener sus sistemas jurídicos propios, constituir y mantener sus propias organizaciones, el derecho a ser consultados, la limitación de actividades militares en sus territorios, el derecho a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública y en los medios de comunicación, y a tener sus propios medios y los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario (GONZALEZ, 2012).

Por otra parte, algunos derechos colectivos ya establecidos en la Constitución de 1998 fueron ampliados y enriquecidos. Así por ejemplo, el derecho a conservar las

prácticas indígenas de manejo de la biodiversidad que ya constaba en el artículo 84.6 de la Constitución de 1998 se complementa con la obligación del Estado de establecer y ejecutar programas de este tipo en coordinación con las comunidades. Así mismo, el derecho del artículo 84.14 en la Constitución de 1998 a participar con representantes en organismos oficiales, se amplía al de participar en el diseño de planes y políticas públicas que les afecten. En otros casos, los derechos colectivos se desarrollan fuera de su sección específica, cuando la Constitución regula temas de salud, educación, patrimonio cultural, etc.

Para efectos del caso de estudio quiero exponer los siguientes mandatos constitucionales:

*Art. 57.- 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.*

*2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.*

La identidad cultural, es el derecho de los miembros de los pueblos indígenas a mantener los rasgos autóctonos de su cultura, a gozar de ellos libremente y a fortalecerla en el país en todo espacio tanto público como privado.

Respecto de la salud, contiene elementos normativos ya no solamente de reconocimiento de las medicinas indígenas y ancestrales, como en la Constitución anterior de 1998, sino además mandato constitucional de buscar su complementariedad con la medicina occidental y de su integración en la red pública integral de salud.

El artículo 362 es el que desarrolla más extensamente este principio al establecer:

*“La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias”.* En definitiva en esta materia se fortalece el principio de interculturalidad.

También en lo relativo a educación se fortalece la interculturalidad. Este principio ya constaba brevemente enunciado en el artículo 66 inciso 2 de la Constitución de 1998. Sin embargo, el artículo 28 de la nueva Constitución especifica el principio en estos términos: *“Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones”.*

Tanto en salud como en educación el desafío que se plantea es el de la articulación de los sistemas nacionales que la nueva Constitución establece para estos nuevos derechos, con la gestión autónoma que desplieguen las propias comunidades, pueblos y nacionalidades.

La Constitución de 2008 además vincula la autoridad y el derecho indígena a los territorios de los pueblos y nacionalidades. Este es un asunto complejo puesto que excluiría la competencia de la jurisdicción indígena en razón de las personas, cuando en los hechos estas autoridades resuelven muchos conflictos fuera de tales territorios. Recientemente algunos países sudamericanos adoptaron un sistema jurídico más pluralista, reconociendo la administración indígena de la justicia. La realización plena del pluralismo jurídico en las Américas continúa siendo una utopía, pero algunas constituciones asumieron retroactivamente la existencia de las sociedades indígenas, y han intentado rescatar sus normas y costumbres tradicionales (RODRIGUEZ, 2010).

#### **4.5. LA LIBERTAD DE CÁTEDRA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.**

Los derechos fundamentales presentan en la teoría habermasiana una doble dimensión: son, de una parte, condición de posibilidad de los espacios públicos democráticos y, de otra, construcciones o elaboraciones intersubjetivas de sujetos autónomos que se reconocen mutuamente libres e iguales en tanto autores de las normas –esto es, autolegisladores– y miembros de una comunidad jurídica (DURANGO, 2012).

Si bien cada país tiene su propia historia jurídica sobre la libertad de cátedra, es importante referirnos al documento de 1977 de la UNESCO, que en sus recomendaciones relativas a las condiciones del personal docente de educación superior afirmó: El personal docente de la enseñanza superior tiene derecho al mantenimiento de la libertad académica, es decir, la libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas, la libertad de llevar a cabo investigaciones y difundir y publicar los resultados de las mismas, la libertad de expresar libremente su opinión sobre la institución o el sistema en que trabaja, la libertad ante la censura institucional y la libertad de participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativa (ALEXY, 2012).

Se termina considerando que la mejor garantía de los derechos fundamentales reside en el hecho de que estén recogidos en una legislación, convertidos en derechos positivos. Y en algún momento se llega a hablar del carácter ontológicamente liberador y creador de felicidad de las leyes, lo que lleva a considerar el acto legislativo como acto revolucionario por excelencia (GARCIA, 2010).

En nuestro país es una garantía que está explícitamente referida en la Constitución, que expresa: Art. 29.- *El Estado garantizará la libertad de cátedra.*

Libertad de cátedra es la facultad de que disponen los académicos para divulgar, enseñar y publicar sobre cualquier tema que consideren de interés profesional; sin riesgo ni amenaza de sanción alguna; excepto mediante la adecuada demostración de inexcusable incumplimiento de la ética profesional. Los derechos fundamentales, que establecen una relación jurídica entre el ciudadano y el Estado desde el reconocimiento de aquellos en la Constitución, son permanentes e imprescriptibles y, por ende, también lo es el derecho a no ser discriminado (RUIZ, 2009).

De lo anterior se puede concluir que las actividades docentes que efectuará el profesorado de la Universidad, si bien han de regirse por el principio de libertad de cátedra, deben desarrollarse en el cauce de los ordenamientos que sobre el proceso de enseñanza hayan establecido los distintos cuerpos colegiados universitarios, a saber, los Estatutos y Reglamentos Generales emitidos por el Consejo Universitario, o bien la reglamentación que sobre aspectos específicos de un plan o programa de estudio hayan emitido los Consejos Técnicos de las Facultades y Escuelas. Consecuentemente, el ejercicio del derecho de libertad de cátedra está delimitado por los ordenamientos de la organización educativa que regulan la actividad docente (FERRAJOLI, 2010).

Adicionalmente a los límites que imponen los planes y programas de estudio y la diferente reglamentación que sobre el proceso de enseñanza se emita por la organización educativa, el ejercicio de la libertad de cátedra del personal académico también debe desarrollarse en un marco de respeto hacia el alumno, de tal forma que en la impartición de clases el docente debe observar un trato profesional y respetuoso. Es decir, ningún académico debería, argumentando el ejercicio de la libertad de cátedra, realizar conductas que constituyan faltas a la disciplina universitaria. Sobre el aspecto de la conducta esperada del profesor, las normas de disciplina universitaria también constituyen un acotamiento a la libertad de cátedra.

Sobre el concepto de libertad de cátedra existe diversidad de opiniones, como se observa a continuación:

- Por libertad de cátedra debe entenderse, en líneas generales, la facultad de que disponen los académicos para investigar, enseñar y publicar sobre cualquier tema que consideren de interés profesional; sin riesgo ni amenaza de sanción alguna; excepto mediante la adecuada demostración de inexcusable incumplimiento de la ética profesional.
- La libertad de cátedra es un derecho fundamental que garantiza no solamente la libertad del profesor, sino también los derechos y la formación de los estudiantes permite al profesor resistir todo tipo de presión encaminada a que sus enseñanzas apunten en una dirección concreta y determinada, tanto en el plano ideológico como en el científico aunque también ampara al profesor en lo que se refiere a la libre programación y



desarrollo de su docencia, no debe ser interpretada, como ha puesto de manifestó la jurisprudencia, como un supuesto derecho del profesor a autorregular la función docente en todos sus aspectos, al margen de los planes, programas y criterios establecidos por los órganos de la Universidad que tienen atribuida esa competencia.

- Aquella que permite al profesor conducir a sus alumnos de tal suerte que lleguen a ser hombres cultivados. Culto es la persona que ha adquirido el respeto por lo humano, que reconoce el valor positivo de todos los esfuerzos creadores realizados entre los hombres. La libertad de cátedra, el libre examen y la discusión de las ideas son inherentes a la investigación, el aprendizaje y la enseñanza. Sin ellas son imposibles el progreso histórico, el desarrollo de la ciencia y de la cultura. La sociedad espera de los egresados de la Universidad un espíritu de objetividad desapasionada, una disposición y una amplitud de horizonte que se forma en la seria ocupación profesional.

Defender los principios dirigidos a proteger la libertad académica, que debe ser la característica fundamental de la vida universitaria es preciso eliminar toda amenaza procedente del poder público o de la vida política del país que pueda interferir con dicha libertad.

Por otra parte, respecto de los profesores, la libertad de cátedra consiste en el derecho del docente a realizar su actividad de enseñanza en forma profesional y respetuosa, sin restricción por su orientación ideológica o preferencia política. Es decir, no se impone una ideología determinada al docente, quien, por ende, tiene derecho a expresar sus convicciones aunque puedan disentir y tomar distancia de las políticas gubernamentales o ideológicas prevalentes; con ello se contribuye al avance del conocimiento científico, social y cultural, por cuestionarse el statu quo. Esta libertad, sin embargo, encuentra una clara delimitación en los planes y programas de estudio, así como en la reglamentación del proceso de enseñanza que la organización educativa ha establecido y que el docente está obligado a observar y cumplir, sin demérito de que exprese sus opiniones sobre los mismos (RUIZ, 2009).

#### **4.6. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Ponderación proviene del latín pondos que significa peso, dicho significado es de suma importancia, porque cuando un juez pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto, y poder así resolver la controversia suscitada. El modelo de la ponderación en Alexy no opera frente a cada una de las colisiones de derechos desprovisto de toda atadura, sino que es un modelo de la ponderación fuertemente orientado por reglas, entre otras, por reglas-resultados de anteriores ponderaciones que bien pueden ser reconstruidas como una red de casos. (CLERICO, 2012)

Es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Dichas normas no determinan lo que debe hacerse sino obligan a que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Dichas posibilidades jurídicas se determinan mediante principios y reglas opuestas, las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer la mayor medida posible, se requiere la confrontación de principios opuestos o los o principios que respaldan las reglas opuestas.

*Sobre la ponderación la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y Control Constitucional expone:*

*Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el 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:*

*3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.*

El método de ponderación es una aplicación del conocido método que en la década del '30 dentro del ámbito de la ética formuló David Ross, manifestando que existiendo más de un valor estos podrían entrar en conflicto y por lo tanto en los casos particulares debería preponderarse cuál valor ponderar. Ross consideraba que las obligaciones morales no eran obligaciones absolutas, por cuanto podían entrar en conflicto con otras obligaciones morales, sino que eran obligaciones prima facie; recién en el caso concreto podía establecerse si una obligación prima facie era o no una obligación moral absoluta desplazando en ese caso a otras obligaciones prima facie que podían entrar en conflicto con ellas (GORRA, 2012).

Existe colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que a su vez, son normas incompatibles entre sí, pero ambas pudieran ser respuestas al caso concreto. Dichas disposiciones relevantes pero incompatibles entre sí, son lo que se conoce como prima facie.

Ejemplo: El maestro no deja ingresar al aula de clases al estudiante que no tiene puesto el uniforme pero esta con sus ropas ancestrales indígenas.

Principio: Libertad de cátedra, ya que la visión del orden en clases del maestro implica igualdad al acatar las reglas sobre el uniforme.

Principio con el que se confronta el anterior: El derecho a la identidad cultural del estudiante indígena.

La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos, así como, los principios o razones que jueguen en sentidos contrarios:

- a) La ley de la ponderación: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.
- b) La fórmula del peso: Se mide el peso en abstracto de cada uno de los principios y luego con las particularidades del caso concreto.
- c) Las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores de la aplicación de la fórmula del peso.

La incorporación del Estado constitucional de derechos y justicia implicó una transformación en el razonamiento jurídico en la medida que ingresan normas denominadas principios. El paso de la racionalidad propia de las reglas a la razonabilidad en la aplicación de los principios representó un aumento de la discrecionalidad judicial. El mayor protagonismo de la función judicial motivó la implementación de la ponderación como un método dirigido a determinar pautas básicas en la aplicación de los principios jurídicos y la concreción de la denominada regla adscrita o implícita con la que se solucionará el caso concreto.

La ponderación es, en términos generales, un procedimiento dirigido a definir, en caso de conflicto entre principios o de derechos fundamentales y dadas unas circunstancias específicas, el mayor peso de un principio frente a otro principio, esto es, las condiciones de precedencia que permiten hablar de la mayor jerarquía dinámica (en el sentido de que es sólo un estudio a partir de casos o problemas jurídicos concretos), de un principio sobre otro principio. Se considera como un mecanismo a través del cual se concreta la proporcionalidad o el grado de afectación legítima de un derecho fundamental cuando entra en conflicto con otro principio o derecho fundamental. Es un medio de concreción o demostración de la razonabilidad de una interpretación y de confrontación entre medios y fines, que se desarrolla a través de tres pasos (GORRA, 2012):

- a. Adecuación: busca definir todos los medios que resulten aptos o idóneos para la promoción o protección del derecho.

- b. Necesidad: busca definir, entre los medios adecuados, el que mejor proteja el fin que se busca promover.
- c. Proporcionalidad en sentido estricto: busca determinar que ese medio necesario guarde coherencia con el ordenamiento jurídico.

Básicamente se puede señalar que son dos las posiciones que sintetizan la discusión referida a los inconvenientes o bondades del uso de la ponderación: la primera indica que representa un aumento ilimitado de la discrecionalidad a niveles que pueden rayar con la arbitrariedad. La segunda defiende que la ponderación, con auxilio de la argumentación, presta importante ayuda a la disminución o limitación de la discrecionalidad judicial (CLERICO, 2012).

Nos adherimos a la posición de quienes señalan que la ponderación no es el medio para determinar una única respuesta correcta sino una vía, entre otras, para delimitar lo que debe ser el objeto de decisión. Esto es, no busca fijar la decisión del juez sino delimitar el tema sobre el cual debe decidir el juez.

La mayor o menor racionalidad en el ejercicio de la ponderación estará determinada por el cumplimiento de varios criterios, entre los que resaltamos: el de saturación, según el cual se deben formular todos los fines y todos los medios que van a ser evaluados a partir de criterios de adecuación y necesidad; y el de coherencia teórica, normativa y argumentativa que se erige en fundamento de la fuerza vinculante del precedente.

A su vez, el test de igualdad es una ponderación establecida para evaluar la razonabilidad de un trato diferenciado entre dos sujetos que están en una situación similar y que parece imponer un trato igualitario. Se desarrolla en tres pasos: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Adecuación entendida como la aptitud del medio para satisfacer el principio de igualdad, esto es, su idoneidad o eficacia; la necesidad como la inexistencia de otros medios que promuevan de mejor medida o de manera eficiente la protección de la igualdad, y la proporcionalidad en sentido estricto como la correspondencia de ese medio con la normativa constitucional (ALEXY, 2012).

Tanto la ponderación en general como el test de igualdad exigen previamente la determinación del fin a proteger. La razón es lógica: no son los medios los que deben condicionar el fin sino que es éste el que debe delimitar los medios. Esto es, el estudio de los medios debe ser realizado a la luz de los fines amparados por el ordenamiento jurídico y que deben ser definidos en el caso concreto por quien pondera (CLERICO, 2012).

Por ejemplo, el estudio de la razonabilidad de la norma que impone una multa de tres salarios mínimos a quien fume no es el mismo si la finalidad es reducir el índice de personas con cáncer de pulmón adquirido en calidad de fumadores pasivos o si el propósito es proteger el medio ambiente.

Se tiene, pues, que tanto la fijación de los fines a proteger como la evaluación del conflicto entre principios le corresponde a quien realiza la ponderación. Ocultar o elegir el fin al margen de otros fines que pueden tener mejor mérito para su amparo constitucional o hacer real un aparente conflicto entre principios son circunstancias que afectan el juicio de proporcionalidad.

## 5. CONCLUSIONES.

Como punto final de este trabajo puedo exponer las siguientes conclusiones:

- a) Sin lugar a dudas el Ecuador es un estado que ha asumido como modelo el Neoconstitucionalismo, ya que no es que simplemente tenemos una constitución, sino que la misma establece los derechos de las personas como prioridad y deja muy de lado la división política del poder.
- b) El Sumak kawsay es la idea de bienestar común que tiene el Ecuador, este buen vivir, no es otra cosa que la armonía que debe mantener el ser humano con el mismo y con la naturaleza. En nuestra Constitución la naturaleza se convierte en sujeto de derechos.
- c) En nuestra Constitución realmente se estructura derechos para los pueblos y nacionalidades indígenas y se ratifica de esta manera nuestra plurinacionalidad. Estos derechos son amplios, claros y concretos y entre otras cosas permiten el desarrollo y protección de su identidad cultural.
- d) El derecho a la identidad cultural es un derecho plenamente reconocido a las personas en el Ecuador, pero además es un derecho reconocido para los pueblos y nacionalidades indígenas y tiene que ver con el reconocimiento de su libertad para vivir su cultura, exponerla y desarrollarla sin ningún tipo de restricción, ni discriminación de ningún tipo.
- e) Por su lado la libertad de cátedra también es sin un lugar a dudas un derecho fundamental, y consiste en el derecho de los docentes universitarios para llevar adelante una cátedra sin más limitaciones que los contenidos académicos, pero ni las creencias, ni la valoración propia, ni la perspectiva sobre las cosas se les puede imponer.
- f) La ponderación es una técnica de investigación que es propia de estados cuya constitución reconoce que los derechos de las personas de igual jerarquía, como la del Ecuador, esta característica implica que los derechos no están categorizados de hecho, no pudiendo decirse a simple inspección definirse que sucede cuando algunos se encuentran en conflicto.
- g) La Ponderación implica la definición que derecho fundamental debe superponerse en un caso concreto, para ello se realiza un ejercicio en que

se valora que derecho debe sufrir afectación para satisfacer a otro, pero obteniendo como respuesta un derecho íntegramente protegido como interés real del Estado.

- h) En nuestro caso concreto, ponderando los derechos a la identidad cultural que le corresponde a Paine, frente al derecho a la libertad de cátedra, no cabe duda que es más importante proteger a Paine en el caso concreto ya que para él constituye una gran afectación que se lo prive de la libertad para exponer su identidad cultural la misma que intenta expresar y desarrollar a través de su forma de vestir, esta es su esencia, y una imposición en contrario, prácticamente destruye su identidad.

Por otro lado, el derecho a la libertad del docente si bien se ve afectada, esta afectación es prácticamente imperceptible, porque el hecho de que Paine ingrese a clase, poco interfiere en el desarrollo de las clases, el contenido de las mismas y mucho menos en los objetivos de la educación superior.

Además de aquello, la negativa de dejar a Paine fuera del aula de clases por razón a su forma de vestir, autóctona y originaria, constituye una forma de discriminación que también está prohibida por el estado.

## 6. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones más importantes que puedo realizar son las siguientes:

- a) A pesar de que se ha desarrollado mucho la jurisprudencia en materia de interpretación constitucional y ponderación., el legislador ya debe preocuparse de establecer la fórmula de ponderación más práctica en la ley.
- b) No se puede ejercer libertad de cátedra atentando contra derechos de la libertad individual o colectiva de las personas. La libertad de cátedra si bien es importantes, más importante es que las personas reciban educación defendiendo su propia visión del mundo.
- c) Se debe siempre apoyar a las personas miembros de pueblos indígenas que buscan un desarrollo personal en el ámbito académico, cualquier intromisión debe ser sancionada por la ley.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (2012). Derechos Fundamentales, Ponderación y razonabilidad. *Revista Jurídica Especializada*, 15. Obtenido de [http://www.itei.org.mx/v3/micrositios/diplomado/2016/funcionariosUT/anexos/presentaciones/derechosfundamentales-ponderacion\\_y\\_racionalidad-rober\\_alexey.pdf](http://www.itei.org.mx/v3/micrositios/diplomado/2016/funcionariosUT/anexos/presentaciones/derechosfundamentales-ponderacion_y_racionalidad-rober_alexey.pdf)
- CASTRO, M. (2010). La universalización de la Condición Indígena. *Revista de derecho*, 12. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/alte/v18n35/v18n35a3.pdf>
- CLERICO, L. (2012). Sobre Casos y Ponderación. *Universidad de Buenos Aires*, 38. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n37/n37a6.pdf>
- DURANGO, F. (2012). Sobre el Concepto de Derechos Fundamentales. *Universidad Nacional de Colombia*, 30. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3648263.pdf>
- FERRAJOLI, L. (2010). Sobre los Derechos fundamentales. *Revista Jurídica especializada*, 24. Obtenido de <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>
- GARCIA, F. (2010). Derechos Fundamentales Derechos Humanos. *revsiya Jurídica Especializada*, 24. Obtenido de <http://www.mecd.gob.es/dctm/revista-de-educacion/articulosre329/re3292711165.pdf?documentId=0901e72b812593c4>
- GIL, R. (2011). El Neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *revista Jurídica de la UNAM*, 19. Obtenido de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>
- GONZALEZ, J. (2012). Los pueblos originarios en el marco del desarrollo de sus derechos. *Universidad Católica del Norte*, 12. Obtenido de <http://www.scielo.cl/pdf/eatacam/n30/art05.pdf>
- GORRA, D. (2012). TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY. *Revista Jurídica*, 20. Obtenido de [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria\\_de\\_la\\_argumentacion\\_juridica\\_alexey.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf)
- RODRIGUEZ, S. (2010). Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina. *Revista jurídica Especializada*, 18. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n35/n35a4.pdf>

RUIZ, P. (2009). Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales. *Revista Jurídica de la Universidad de Colombia*, 28. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79388.pdf>