



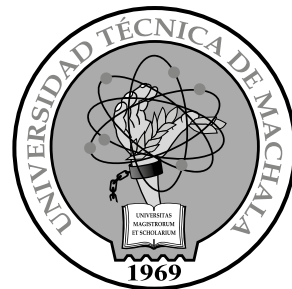
☑ Balances Constitucionales

Edición 2021

José Eduardo Correa Calderón
Compilador

Colectión: *Semana de la ciencia*

Editorial
UTMACH



Ediciones UTMACH

156 pág: 21x25,5cm

Colección Semana de la Ciencia

Título: Balances Constitucionales - Edición 2021

José Eduardo Correa Calderón (Compilador)

Primera edición - julio 2021

ISBN: 978-9942-24-146-7

CDD 340.56

Publicación PDF

Balances Constitucionales

Edición 2021

José Eduardo Correa Calderón

COMPILADOR

Autoridades

César Quezada Abad - **Rector**
Amarilis Borja Herrera - **Vicerrector Académico**
Jhonny Pérez Rodríguez - **Vicerrector Administrativo**

Luis Brito Gaona
Director de Investigación

© Ediciones UTMACH
Colección Semana de la Ciencia

Título original:

Balances Constitucionales

Edición 2021

ISBN: 978-9942-24-146-7

DOI: <http://doi.org/10.48190/9789942241467>

Libro con revisión de pares ciegos especializados

© José Eduardo Correa Calderón (**Compilador**)

© Autores de capítulos

Karina Lozano Zambrano
Jefe editor / Diseño y edición editorial
Edison Mera León - **Diseño de portada**

Fernanda Tusa Jumbo - **Corrector de estilos**
Jorge Maza-Cordova - **Asesor tecnológico**
Karla Ibañez y Cyndi Aguilar - **Equipo de difusión**

Primera edición

Julio 2021

Machala-Ecuador

Universidad Técnica de Machala - UTMACH

Correo: editorial@utmachala.edu.ec

Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional
(CC BY-NC-SA 4.0).

Contenido

La reparación integral como derecho
y principio: estudio aplicado a las
sentencias constitucionales de Machala,
Ecuador

11

El principio de exigibilidad de los
derechos constitucionales, experiencias
desde la Corte Constitucional del
Ecuador

37

La prueba en garantías jurisdiccionales:
Poderes Probatorios, Derecho de
Defensa, y Libertad Probatoria

67

Los Derechos del Buen Vivir, la polémica
entre el contenido esencial y exigibilidad

89

El Estado de Excepción en Ecuador:
deformación y abuso del poder a partir
de la Constitución de Montecristi

107

Los gobiernos regionales en el Ecuador:
análisis de las causas que han devenido
en una utopía constitucional

135

Pág.

Introducción

La Constitución de Montecristi ha superado la barrera de la primera década, suerte con la que no corrió la Constitución del 98 y muchas otras que han pasado por la vida republicana del Ecuador. Una Norma Constitucional que, como podemos recordar, se construyó fuertemente influenciada por las demandas de los movimientos sociales, necesita de una veeduría permanente por la sociedad y, por supuesto, por la academia. El ambicioso texto constitucional que fue aprobado por una abrumadora mayoría mediante referéndum, inclinó su balanza hacia el respeto a los derechos y abrió paso al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, permitiendo que la Constitución se convierta, como nunca antes, en norma viva para el ejercicio del derecho interno.

El amplio catálogo de derechos y el sistema de justicia constitucional que se inauguró en 2008, ha ido encontrando su camino a lo largo de estos primeros años, con muchos aciertos y tropiezos, pero sobre todo con la certeza de que llegó para quedarse. En ese sentido, el nacimiento de la Corte Constitucional y sus sentencias han jugado un papel fundamental, en función de lo cual, hoy por hoy, son de estudio obligatorio en las aulas universitarias y en el ejercicio profesional. Sin duda, la jurisprudencia constitucional es una importante herramienta del Estado en este proceso de refundación.

En virtud de lo expuesto, desde la Universidad Técnica de Machala esperamos aportar en ese indispensable ejercicio ciudadano de analizar de forma permanente el cumplimiento del proyecto constitucional, y ponemos en vuestra consideración la presente obra titulada “Balances Constitucionales”, que recoge varios trabajos

impulsados desde la Dirección de Investigación, la Carrera de Derecho y la Maestría en Derecho y Justicia Constitucional, en el marco de la Colección Semana de la Ciencia.

Así, el primer trabajo se titula “La reparación integral como derecho y principio: estudio aplicado a las sentencias constitucionales de Machala, Ecuador”, el cual es presentado por los profesores José Correa, Gabriel Orellana, Anibal Campoverde y Ruth Mosoco, y forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación denominado “*La reparación integral a las violaciones de derechos en las sentencias de garantías jurisdiccionales de los juzgados y tribunales de Machala*” en los años 2016 y 2017, que se llevó a cabo por parte del Grupo de Investigación en Derecho de la Universidad Técnica de Machala. El trabajo parte de la premisa de que no se podría alcanzar justicia sin que exista una reparación integral como consecuencia de la vulneración de derechos constitucionales que atenten contra la dignidad de las personas, repasa las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre reparación integral y evalúa su aplicación por parte de las juezas y jueces del cantón Machala, en la provincia de El Oro.

El segundo trabajo se titula “El principio de exigibilidad de los derechos constitucionales, experiencia desde la Corte Constitucional del Ecuador”, presentado por la Dra. Wendy Molina Andrade que, desde su experiencia como Jueza de la Corte Constitucional, con mucho acierto aborda las características del principio de exigibilidad a través de un nuevo paradigma constitucional que deja clara como finalidad material del Estado garantizar los derechos de las personas de una manera efectiva, reforzando el rol del Juez frente al resto de las funciones del Estado a fin de hacer de la Constitución una norma de aplicación directa en todas las esferas jurídicas.

El tercer trabajo se titula “La prueba en garantías jurisdiccionales: poderes probatorios, derecho a la defensa y libertad probatoria”, presentado por Diego Idrovo, catedrático de la Universidad de Cuenca y Profesor Invitado en la Maestría en Derecho y Justicia Constitucional, acompañado de María Caridad Rojas. En este trabajo podremos observar una dura crítica a la ausencia normativa sobre la actuación y práctica de la prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales, resaltando la necesidad de contar con una efectiva regulación en este tema de trascendental importancia, cuyas reglas difieren abiertamente de las establecidas en el Código Orgánico General de Procesos.

El cuarto trabajo que ponemos en vuestra consideración se titula “Los derechos del buen vivir: la polémica entre contenido y exigibilidad”, el cual es presentado por Juan Cando Pacheco, profesor fundador de la Carrera de Derecho de la UTMACH.

En este trabajo analiza las diferentes corrientes de pensamiento que cuestionan la exigibilidad a los derechos sociales, así como las tensiones políticas sobre el origen y el contenido de los derechos sociales, entre los defensores de la tesis de que los derechos sociales son enunciados programáticos y aquellos que defienden la tesis de que los referidos derechos tienen la misma trascendencia que los derechos civiles y políticos.

Los dos trabajos finales tienen un valor especial, ya que recogen la participación de nuestros recién graduados y sus aportes producto de las investigaciones realizadas en sus procesos de titulación, cuyos trabajos finales fueron dirigidos por el profesor José Correa.

Así, el quinto trabajo de la presente obra realiza un balance sobre las atribuciones extraordinarias del Presidente de la República y se titula “El estado de excepción en Ecuador: deformación y abuso de poder a partir de la constitución de Montecristi”, bajo la autoría de Thalía Veintimilla y Belén Aguilera. En este capítulo, se realizan tres críticas necesarias: la primera respecto a la errada función preventiva que se le ha venido dando al Estado de Excepción; la segunda, enunciada como una deformación de la limitación del principio de territorialidad y temporalidad, donde se puede verificar más de un exceso por parte del Ejecutivo; y, la tercera crítica sobre el uso de las medidas extraordinarias como herramienta para el abuso de poder.

El sexto y último capítulo de esta obra, se titula “Los gobiernos regionales en el Ecuador: análisis de las causas que han devenido en una utopía constitucional” y sus autores son Alejandra Herrera y Ariel Córdova. La investigación trata de poner en evidencia las causas que han hecho imposible la consolidación de los Gobiernos Regionales que, sin duda, era una apuesta política del proyecto constitucional de Montecristi. Más de una década después, no se ha logrado conformar ningún Gobierno Regional y existe la sensación de que, al menos en un futuro cercano, pueda conformarse alguno. En ese sentido, la aspiración constituyente no pasa de ser una utopía que simplemente adorna la Constitución.

De esta forma, esperamos que los trabajos que presentamos sirvan para el debate académico y social, y que motiven la generación y publicación de nuevas investigaciones que analicen y evalúen el cumplimiento de nuestra Carta Constitucional.

CAP 4

Los derechos del Buen Vivir, la polémica entre contenido esencial y exigibilidad

Juan De Jesús Cando Pacheco

AUTORES

Juan De Jesús Cando Pacheco
Universidad Técnica de Machala
jcando@utmachala.edu.ec

Los derechos del Buen Vivir, la polémica entre contenido esencial y exigibilidad

Contenido

Introducción. 1. El contenido esencial desde la óptica de las generaciones de derechos. 2. La exigibilidad de los derechos. 3. El buen vivir como eje transversal de los derechos sociales en la Constitución del Ecuador. 4. A favor de la teoría de los principios. 5. El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la ponderación. 6. Racionalidad teórica y práctica de la ponderación. Conclusiones.

Palabras clave: Derechos humanos. Derechos del buen vivir. Exigibilidad.

Introducción

Los derechos humanos nos dan un marco común de normas y valores universalmente reconocidos, y establecen además obligaciones del Estado para actuar de determinada manera o de abstenerse de ciertos actos, vinculados a tales derechos. Entre ellos, están los denominados derechos sociales, relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, hacen referencia a cuestiones básicas como trabajo, seguridad social, salud, educación, alimentación, agua, vivienda, medio ambiente adecuado, cultura, entre otros. Tales derechos son universales, inalienables, interdependientes e indivisibles.

En el recorrido histórico de los derechos humanos, encontramos que los derechos sociales, en adelante DS, durante un largo periodo de tiempo, se ubicaron en una perspectiva secundaria dentro del plexo de derechos de los sistemas jurídicos y condicionados esencialmente a factores económicos. Las demandas por su materialización efectiva, tuvieron sus primeros ecos, en la década de los noventa del siglo pasado.

Un buen sector de la doctrina en América Latina –así como en Estados Unidos y Europa– consideran a los DS, como simples aspiraciones políticas, carentes de contenido jurídico obligatorio; desde esta perspectiva, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales no son jurídicamente delimitables, de modo que su cumplimiento pueda exigirse ante una autoridad administrativa o judicial. En contra adversa, van los teóricos que defienden la estructura y exigibilidad de tales derechos en igualdad de condiciones que los derechos civiles y políticos.

Los temas expuestos, son parte de la perspectiva de esta ponencia, que tiene como propósito abrir el debate respecto al alcance y eficacia de los derechos sociales positivados en la Constitución de la República del Ecuador, en torno al eje denominado derechos del buen vivir, tomando como referencia las construcciones teóricas formuladas en las dos vías, antes expuestas.

1. El contenido esencial desde la óptica de las generaciones de derechos

Una precisión inicial, el tema sobre las generaciones de los derechos y sus prestaciones, es esencialmente académica, tomando en cuenta que en el contexto internacional los derechos humanos, éstos tienen tres características comunes, son: uni-

versales, interdependientes e indivisibles; inclusive en el caso ecuatoriano, son de igual jerarquía, consecuentemente tales generaciones son históricas y académicas.

Efectuar un trabajo académico sobre los derechos sociales, implica recorrer una larga historia, según lo afirmado por (Rivadeneira, 1677), estos derechos son “producto de revoluciones y luchas políticas”, o como efectos de éstas, como medidas para apagar los fuegos generadas por éstas, los primeros reconocimientos que se registran en este ámbito de los derechos, fueron las prestaciones laborales y de seguridad social a favor de los trabajadores, y otros derechos vinculados al estado de necesidad humana en forma de derecho a la subsistencia. Es en el siglo XX, que se los identificó como “derechos socialistas”, en oposición al estatus del estado Burgués, según lo sostenido por el referido tratadista.

De acuerdo al pensamiento de LÓPEZ DAZA, 2005, existe en la literatura especializada un debate abierto y vigente sobre la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, principalmente por las incidencias de carácter económico que su aplicación conlleva, por ser principalmente prestaciones positivas fácticas del Estado, lo que ha impedido, en muchas ocasiones, su identificación como derechos subjetivos, y más aún, como derechos fundamentales.

Para referirnos a la generación de los derechos humanos, tomaremos la postura de Graciano González, citado por Bustamante Donas, Javier (2001), quien sostiene que los derechos humanos comprende una dimensión individual, una social y una en relación son su hábitat o entorno. De acuerdo con lo expresado, se identifican como derechos de primera generación a los civiles y políticos, cuyo fuente formal es el constitucionalismo liberal, con incidencia sobre el principio de libertad de los seres humanos; en cambio, los derechos de segunda generación, responde a un pensamiento humanista, son de naturaleza económica y social; y tienen incidencia en el principio de igualdad de las personas; finalmente los derechos de tercera generación, vinculados a la solidaridad, que identifican nuevas necesidades humanas, orientados a proteger los derechos de colectivos e intereses difusos, especialmente de grupos discriminados en diferentes dimensiones.

La función del Estado con respecto a las generaciones de los derechos cambia, según la misma postura citada, mientras en los derechos de primera generación se pretende defender a los ciudadanos del abuso del poder, con prestaciones esencialmente abstencionistas; en los de segunda generación, se pretende cierta intervención estatal para garantizar el acceso igualitario a los derechos de la referencia, con prestaciones positivas que generalmente van a significar erogaciones económicas

para el Estado; finalmente los de tercera generación, sus prestaciones tanto positivas como negativas, les corresponden cumplirlas al Estado, los particulares y se constituyen en ejes transversales de las normas supranacionales.

Siguiendo el mismo pensamiento, a los derechos civiles y políticos, generalmente se los reconoce como derechos subjetivos de corte tradicional, como plenos derechos; en tanto que, los derechos sociales, colectivos y difusos tiene el carácter de simbólicos, programáticos y de poca virtualidad jurídica.

Finalmente, existen construcciones teóricas que dan cuenta de la gestación de una cuarta generación de derechos vinculados al ciberespacio, relacionados con las redes de comunicación y todas sus manifestaciones y su incidencia en la dignidad humana.

Desde la postura opuesta a la justiciabilidad de los derechos sociales, se considera que la realización de los DS depende de la disponibilidad de recursos financieros por parte del Estado, lo que representa una limitación para muchos países, entre ellos, los latinoamericanos que registran carencia de suficientes recursos, tal es el caso Ecuatoriano, con un plexo de derechos sociales extenso, en los ejes del buen vivir, de atención prioritaria, colectivos, de la naturaleza, entre otros, parece que su materialización se torna utópica por decir lo menos. De otro lado, el reparto de los (escasos) recursos presupuestales es una atribución de los asambleístas democráticamente legitimados, por tanto, una tarea política, no judicial; acorde con esto, los jueces no estarían calificados ni legitimados democráticamente para decidir sobre temas presupuestales.

Frente a esta postura crítica a la justiciabilidad de los derechos sociales, los defensores de la plenitud de los derechos sociales, sostienen que se ha avanzado en la definición del contenido de estos derechos, toman para su postura, que en las Naciones Unidas, dentro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – funciona una comisión de expertos que vigila la observancia del DS en el marco de los informes de los Estados Partes– encontrando en sus “Observaciones Generales” (General Comments) algunos de los derechos y obligaciones derivados del Pacto (Red-DESC, 2014).

Citando a la misma fuente, los documentos de la referencia, no tienen carácter vinculante, ofrecen una interpretación general sobre los derechos sociales, lo que constituyen orientaciones a los Estados Partes con miras a su materialización. Estos instrumentos han contribuido a la concretización de los derechos y son importantes para ayudar a su comprensión apropiada. Desde esta perspectiva, la definición del

contenido y el establecimiento de las eventuales violaciones a los derechos sociales no es tarea fácil, pero se ha demostrado que tales derechos pueden concretizarse jurídicamente, a tal punto que es posible someterlos a procedimientos judiciales. En la jurisprudencia, se afirma que es posible encontrar numerosos juicios de cortes nacionales e internacionales relativos a los DS (Red-DESC, 2014).

Se sostiene incluso que el costo de los derechos sociales y su “dependencia de los recursos” no le resta carácter jurídico a estos derechos. Se identifica, que los derechos sociales no sólo suponen derechos de prestación, sino que tienen el carácter de derechos de defensa y protección, dimensiones últimas que no fueron consideradas durante mucho tiempo en el debate sobre los derechos sociales. Se sostiene que el cumplimiento de los DS también exige, por ejemplo, la omisión de intervenciones estatales violadoras de derechos humanos, lo que generalmente no implica grandes inversiones de recursos y en algunos casos sólo presupone medidas legislativas.

En contra vía, se afirma que, la realización de los derechos civiles y políticos requiere el empleo de recursos. Se citan como ejemplos, lo ocurrido en los años ochenta y noventa del siglo pasado, encaminados a erigir en la región una organización electoral funcional en los Estados de regreso a la democracia después de largas dictaduras, son una muestra de ello. También se hace relación a los programas nacionales e internacionales y sus decisiones para el fomento del Estado de Derecho en Latinoamérica. En igual sentido se razona respecto al requerimiento de recursos para el funcionamiento de un sistema judicial y una organización electoral efectiva que garanticen a las personas el ejercicio de sus derechos de acceso a la justicia y de elección, de igual manera como el Estado, debe invertir recursos en un sistema apropiado de salud y de educación para que las personas puedan satisfacer sus derechos.

En la línea de la defensa del carácter indivisible de los derechos, se argumenta que no se puede en principio negar la calidad jurídica de los derechos sociales y calificarlos tan sólo como metas políticas, ya que los derechos humanos imponen obligaciones de carácter jurídico al Estado.

El citado Comité de DS de Naciones Unidas, fundamenta la plenitud de los derechos sociales al identificar tres tipos de obligaciones en los derechos humanos, de respeto, protección y garantía. Las obligaciones de respeto - obligations to respect- asignan a los Estados el deber de abstenerse de afectar directa o indirectamente el ejercicio de los derechos de las personas; en tanto que las obligaciones de protección - obligations to protect- el Estado se impone la responsabilidad de proteger a

las personas ante afectaciones de terceros a sus derechos; luego las obligaciones de garantía o cumplimiento - obligations to fulfill - comprometen al Estado a materializar el ejercicio de los derechos a través de prestaciones positivas.

2. La exigibilidad de los derechos

Además de las dificultades conceptuales, estructurales y de fundamentación de los derechos sociales, también conllevan la negación de su realización práctica, especialmente en los denominados derechos humanos y fundamentales, que contienen exigencias complejas para su ejecución. En este tipo de derechos, que la Constitución del Ecuador, los denomina del Buen vivir: alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y trabajo- se distinguen dos tipos diversos de exigibilidad: la política y jurídica, esta última conocida como justiciabilidad.

La exigibilidad política, se la vincula con dos vertientes, la primera orientada a desideologizar su entendimiento y universalizar su reconocimiento efectivo, desde esta perspectiva se ha pasado de identificarlos con reivindicaciones sectoriales o grupales, especialmente de la clase trabajadora, para dar paso a formar parte constitutiva de las constituciones de estados socialistas especialmente, de los estados social de derecho y en declaraciones de convenciones o pactos internacionales de derechos humanos.

En la misma línea de la exigibilidad política, se considera que las acciones coordinadas de teóricos, activistas de derechos humanos, jueces y tribunales sensibles al desarrollo del constitucionalismo y del derecho internacional de derechos humanos, son los promotores de los avances políticos para la garantía del goce efectivo de los derechos sociales; de forma que la exigibilidad política, acumula la asimilación de experiencias comparadas, lobby político, desarrollo doctrinal, decisiones macroeconómicas, acuerdos o convenios internacionales y litigio internacional en pos de la plena vigencia de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

La exigibilidad jurídica, en cambio, siguiendo a Abramovich y Courtis, 2014, pag. 8, se la define como "... aquella posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia, el cumplimiento de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho, distinguiendo dos tipos de "exigibilidad", directa e indirecta, que a su vez poseen distintas dimensiones.

Siguiendo la misma línea de estos autores, la exigibilidad directa permite hablar de garantías normativas y garantías jurisdiccionales, es decir, la posibilidad de reclamación ante los tribunales. Por su parte, la exigibilidad indirecta permite la defensa de los derechos de la naturaleza a través de principios generales que direccionan todos los derechos, tales como el de igualdad y no discriminación o el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora, desde la perspectiva ecuatoriana, los derechos reconocidos en la Constitución, mantienen el estatus de igual jerarquía, para su aplicación e interpretación, en consecuencia, se materializan bajo los principios del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, que se resumen en:

“a) Se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes. b) Son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial. c) Son plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento. d) Son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. e) Su contenido se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

De forma que, del resumen antes referido, considero que, desde la normativa constitucional ecuatoriana, se da por superado el debate referido sobre la naturaleza, contenido y exigibilidad de los derechos sociales. Tanto más que, para la vigencia y materialización de tales derechos se han diseñado, garantías de tipo político, como las normativas y políticas públicas y de tipo judicial, las denominadas garantías jurisdiccionales de los derechos, que son: la acción de protección, la de acceso a la información pública, el hábeas corpus, el hábeas data, la acción de medidas cautelares autónomas, la acción extraordinaria de protección, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.

3. El Buen Vivir como eje transversal de los derechos sociales en la Constitución del Ecuador

Inicio esta parte del trabajo, definiendo el concepto del buen vivir, siguiendo la óptica del indígena Aymara Fernando Huanacuni, citado por García Falconi, se afirma que para la cosmovisión de los pueblos originarios ante la crisis global que ha generado occidente, éstos plantean una nueva forma de valorar los Estados y sus

sociedades, considerando indicadores en un contexto más amplio, con el propósito de cuidar el equilibrio y la armonía que constituye la vida.

De tal manera que, el derecho al buen vivir, al decir de Huacacuni, es aquel “... vivir bien está ligado a la espiritualidad y esto emerge de un equilibrio entre el pensar y el sentir”. Es decir, basado en principios y valores ancestrales.

El referido autor, Agrega: “Vivir bien, está ligado a saber convivir, así que para visibilizar, expresar o proyectar el vivir bien, se tienen que restablecer las armonías con uno mismo, con la pareja, con la familia, con la comunidad, con la Madre Tierra y con el Padre Cosmos, y estas armonías se expresan a través del cuidado y el respeto; esto es cuidamos no porque es ajeno o porque una norma lo dice, sino porque somos nosotros mismos; ya que el deterioro de ese algo aparentemente externo es el deterioro de todos nosotros, más aún del conjunto, y ese conjunto es la comunidad, no solo de seres humanos, sino de la comunidad debida”.

Bajo esta cosmovisión, se incorporó en el Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador, como fundamento constitucional al buen vivir, constituyéndose en eje transversal de todo el cuerpo normativo constitucional; y su condición de derecho se consigna desde el Art. 12 al 34; y, como plan consta el régimen del buen vivir, consignado desde el Art. 340 al 415, de la carta Magna; entre otras disposiciones constitucionales; incluso la labor legislativa ha generado en varios cuerpos normativos disposiciones al respecto; incluso, el denominado Plan Nacional de Desarrollo, conforme consta en la Constitución, paso a denominarse Plan Nacional del Buen Vivir, en el del gobierno del presidente Rafael Correa Delgado 2009-2013, y en el gobierno actual, se denominada Plan para toda la vida.

4. A favor de la teoría de los principios

Aquí defenderé la tesis de que la teoría de los principios puede imponerse frente a todas estas objeciones y, por tanto, puede utilizarse como fundamento para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española. Para tal fin, en primer lugar, aduciré ciertos argumentos a favor de la racionalidad de la ponderación. En segundo lugar, responderé a las objeciones concernientes al formalismo constitucional en que supuestamente incurre la teoría de los principios y a la pretendida legitimación que esta teoría otorgaría al Tribunal Constitucional para intervenir indebidamente en los márgenes de acción del Legislador y de la jurisdicción ordinaria.

La idea de que los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, implica desconocer la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y soslayar la discrecionalidad del juez constitucional. Mediante la ponderación se trata de encontrar el punto óptimo de satisfacción de los principios en colisión. La posibilidad de encontrar ese punto, aduce la crítica, supone entender a la Constitución como un sistema axiológico pleno y coherente, que subyace al texto constitucional y que es independiente de él. Este sistema es una Constitución «metafísica» o «material», que prescribe una única respuesta para cada caso posible.

La Constitución material, a su vez, es el resultado de la institucionalización de una moral material en las disposiciones de derecho fundamental. Si esto es así, entonces lo que importa en definitiva es esa moral positivizada y no lo que establece el texto de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la positividad de la Constitución se vuelve superflua. Ya no interesa el significado de lo que prescribe el texto constitucional, sino lo que los principios morales positivizados, en cuanto sistema independiente, ordenen o prohíban. La Constitución material está caracterizada por tres propiedades: es plena (no tiene lagunas), coherente (está exenta de contradicciones normativas) y clara (está exenta de indeterminación). Por consiguiente, continúa la crítica, cuando el Tribunal Constitucional la aplica, carece de discrecionalidad. El Tribunal Constitucional no puede elegir entre posibles interpretaciones del texto indeterminado de los derechos fundamentales, sino solamente reconocer la única respuesta correcta. Por esta razón, las decisiones del Tribunal Constitucional tienen un carácter meramente formal. Ellas se limitan a efectuar una ponderación formal de premisas y llevan necesariamente al resultado que ya aparece predeterminado por la Constitución material.

En este sentido, la teoría de los principios es comparable con la jurisprudencia de conceptos. Para las dos teorías, el sistema jurídico no está compuesto por normas sino por principios, que no están dotados de una existencia empírica, física, psíquica o social, sino ideal. Se supone que el Tribunal Constitucional puede reconocer esta existencia ideal. De este modo, el método jurídico de la teoría de los principios conduce a cierto tipo de epistemismo. Se parte de la base de que el juez puede conocer plenamente el contenido de los principios.

GARCÍA AMADO que esta es una reconstrucción inadecuada del sistema jurídico. Este autor rechaza la posibilidad de que exista una constitución material como la descrita, que pueda proveer una única respuesta correcta para cada caso

concreto. Además, sostiene que la ponderación supone una confianza ingenua en la racionalidad del Tribunal Constitucional, que iría aparejada a una extensión de sus competencias, a todas luces incompatible con la democracia. Uno de sus principales argumentos es que los principios morales no pueden tener un significado objetivo en una sociedad pluralista. Por esta razón, el juez no puede conocer objetivamente su contenido. (Realizado Por et al., 2019)

5. El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la ponderación

Para comenzar, es pertinente reconocer que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional, en el sentido de que constituya un algoritmo para la aplicación de los derechos fundamentales. Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. La ponderación no puede garantizar este tipo de objetividad plena, porque semejante objetividad es una utopía que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo 68. De este modo, puede refutarse la objeción de que la ponderación es irracional, porque no es plenamente objetiva. Por el contrario, debe decirse que la objeción se basa en una pretensión de objetividad, que resulta hiperracional y, por tanto, irracional. Una pretensión de este tipo desconoce que las exigencias de racionalidad sólo pueden satisfacerse siempre dentro de determinados límites. Una objetividad en un sentido pleno no es posible ni deseable.

Sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por el completo el contenido de los principios y prescribieron explícitamente lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite para cada caso posible 70. La existencia de un sistema jurídico de este talante es imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. Ahora bien, la existencia de un sistema jurídico semejante tampoco sería deseable, porque eliminaría la discusión democrática. Si la ponderación fuese objetiva, la objeción del formalismo constitucional sería acertada.

Las disposiciones de los derechos fundamentales predeterminarían el contenido de cada decisión del Legislador, la Administración y el Poder Judicial. Asimismo, el

derecho se petrificaría. Sería siempre necesario reformar la Constitución para solucionar los nuevos problemas sociales. Por el contrario, la teoría de los principios reconoce que ningún criterio para la aplicación de los derechos fundamentales puede ofrecer una objetividad plena. La ponderación es racional, incluso por el hecho de que su estructura reconoce los límites de su propia racionalidad.

6. Racionalidad teórica y práctica de la ponderación

Por otra parte, la ponderación es racional tanto desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico. La ponderación es racional desde el punto de vista teórico, porque se propone como una estructura determinada, clara y libre de contradicciones para la aplicación de los derechos fundamentales. Esta estructura resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación a favor del Legislador que ella establece. La ponderación es también racional desde el punto de vista práctico, porque su estructura argumentativa satisface las exigencias de la racionalidad del discurso jurídico y, como consecuencia, permite fundamentar correctamente sus resultados normativos en el marco del sistema jurídico.

Las objeciones relativas a la indeterminación conceptual, la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de la ponderación pueden refutarse si se tiene en cuenta el papel que juegan la ley de la ponderación y la fórmula del peso. La ley de la ponderación —«Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»— determina con claridad conceptual la estructura de la ponderación. Esta estructura puede dividirse en los tres pasos que ALEXY diferencia en el Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales: «En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

La fórmula del peso amplía la definición de la ponderación, para incluir en ella las premisas concernientes al peso abstracto de los principios y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Mediante la escala triádica, esta fórmula aclara también cómo pueden compararse los grados de intervención en y de satisfacción de los principios en colisión, así como su peso abstracto y la seguridad de las premisas

empíricas. Mediante el cociente, la fórmula del peso aclara cómo se determinan las relaciones de precedencia entre los principios en colisión y, mediante la carga de argumentación, cómo deben decidirse los casos de empate, es decir, a favor del Legislador. (*StackPath, n.d.*)

Estos elementos excluyen la posibilidad de que la ponderación sea puramente subjetiva. Desde luego, la fórmula del peso no es un algoritmo. Esta fórmula no determina por sí misma el grado de intervención ni el grado de satisfacción de los principios en colisión, ni su peso abstracto, así como tampoco el grado de seguridad de las premisas que en cada caso deben tenerse en cuenta. Hay casos fáciles relativos a la determinación de estas magnitudes. Sin embargo, también hay casos difíciles en los que no es claro cuál sea la magnitud que deba atribuirse a estas variables. Si se mira desde la perspectiva institucional, debe decirse que el Tribunal Constitucional tiene un margen de discrecionalidad, o de forma más precisa, un margen de deliberación, para determinar, en los casos difíciles, la magnitud que corresponde a estas variables en el marco de la escala triádica.

Ahora bien, si se mira desde la perspectiva de la dimensión de corrección, debe concluirse que la fórmula del peso delimita este ámbito de deliberación del juez para la determinación de estas magnitudes en los casos difíciles y prescribe pragmáticamente de manera implícita, que esta determinación debe ser correcta. El juez eleva una pretensión de corrección en cuanto a la determinación de estas intensidades y debe ofrecer los mejores argumentos para justificar correctamente su elección. Quien observa la fórmula del peso desde la perspectiva institucional, debe afirmar que el juez elige las magnitudes en los casos difíciles. Quien la observa desde la perspectiva de la corrección, debe afirmar que el juez debe justificar tales magnitudes con los mejores argumentos. El deber de justificar correctamente la magnitud que se atribuye a cada variable tiene, sin embargo, un efecto positivo en la dimensión institucional: excluye la arbitrariedad judicial.

Es bien posible refinar la estructura de la fórmula del peso. La doble escala triádica propuesta por ALEXY es una estrategia para ello. Otra posibilidad consiste en establecer un conjunto de reglas argumentativas para la determinación de las magnitudes correspondientes a cada una de las variables. La formulación de estas reglas presupone la distinción entre las premisas normativas y empíricas que son relevantes para la determinación de las mencionadas magnitudes. Con su formulación del tipo «tanto mayor... cuanto mayor», estas reglas establecen un sistema de

cargas de argumentación que no eliminan, pero si delimitan un poco más el margen de deliberación del juez. De este modo, es claro para el juez qué es lo que tiene que fundamentar y para la opinión pública, qué es lo que tiene que controlar en la decisión judicial. También se hace explícito, cómo debe decidirse un caso, cuando a la carga de argumentación no se opone ningún argumento que tenga el peso suficiente para vencerla.

No obstante, refinar la fórmula del peso genera un problema de complejidad. Cuanto más se refine la fórmula del peso, más compleja será su aplicación. Con todo, éste no es un problema de la fórmula del peso como tal, sino una propiedad de su objeto, es decir, los principios de derecho fundamental. La aplicación de los derechos fundamentales implica la consideración de un número extenso de premisas normativas y fácticas, cuya importancia y singularidad varía en cada caso concreto. Esta propiedad, por tanto, afectará a todos los métodos alternativos para la aplicación de los derechos fundamentales (StackPath, n.d.)

Finalmente, es preciso enfatizar que la ponderación es un tipo racional de pensamiento, bien conocido y utilizado en diversas áreas de la reflexión humana, que no conduce a una jurisprudencia ad hoc. Incluso los escépticos de la ponderación llevan a cabo una ponderación cuando afirman que la ponderación solo satisface levemente las condiciones de racionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales y que, por tanto, debe preferirse otros métodos más racionales. Un juicio como éste implica hacer una ponderación entre los métodos para la aplicación de los derechos fundamentales. La única manera de eliminar la ponderación, consiste en reemplazar su nombre por uno distinto o camuflar su existencia en medio de otra estructura argumentativa. Asimismo, los resultados de las ponderaciones entre derechos fundamentales no representan decisiones aisladas.

La ley de la colisión las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente es la base para la construcción de una red de normas adscritas de derecho fundamental, que se concretan mediante la ponderación, y que conforman el contenido de los derechos fundamentales. En España, por ejemplo, son bien conocidas las normas adscritas de derecho fundamental que el Tribunal Constitucional ha concretado para la solución de las colisiones entre las libertades de expresión y de información y el derecho al honor.

En cuanto al contenido de precedentes jurisprudenciales, estas normas adscritas deben aplicarse en casos futuros que sean idénticos o análogos. En estos casos futu-

ros, al Tribunal Constitucional le basta llevar a cabo una subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de las normas adscritas concretadas en sentencias anteriores. No necesita llevar a cabo una nueva ponderación, a menos que sea necesario modificar el sentido de los precedentes. Ahora bien, estas mismas consideraciones se aplican en relación con la atribución de las magnitudes correspondientes a las variables de la fórmula del peso. La red de precedentes otorga previsibilidad a los resultados de la ponderación e integra en una unidad normativa a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a las disposiciones de los derechos fundamentales.

La rigidez de las disposiciones de los derechos fundamentales y la fuerza vinculante de los precedentes garantizan la estabilidad de los derechos fundamentales, al paso que la posibilidad de corregir los precedentes y de llevar a cabo nuevas ponderaciones atribuyen flexibilidad al sistema constitucional, para que este pueda adaptarse a las nuevas circunstancias. De esta manera los derechos fundamentales conforman un sistema de reglas y principios que se aplican mediante una interminable cadena de subsunciones y ponderaciones. Que acorde al discurso antes expuesto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del Orbe, se distinguen los derechos civiles como propios en cambio los derechos sociales, económicos y culturales, se los reconoce como derechos programáticos, susceptibles de cumplir a través del desarrollo de normas secundarias.

En el caso ecuatoriano, además de haberse constitucionalizado los derechos de la naturaleza, se han incorporado mecanismos de tutela de los derechos que son iguales para todo el plexo de derechos constitucionales, con lo que se garantiza la exigibilidad de los derechos de la naturaleza.

Conclusiones

1. Los derechos humanos establecen las obligaciones que tienen los Estados de velar por su pleno ejercicio y evitar a toda costa cualquier tipo de situación que perjudique la realización de los mismos. Se caracterizan por ser universales, inalienables, interdependientes e indivisibles.
2. El debate sobre si los derechos humanos son de igual jerarquía antecede desde la historia, sin embargo, algo que es innegable es que existen generaciones derechos, tales como los derechos de primera generación (civiles y

políticos), los derechos de segunda generación (económicos y sociales); y, finalmente los derechos de tercera generación (colectivos y difusos).

3. La Constitución de la República establece una nueva clasificación de derechos, los denomina del Buen Vivir: alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y trabajo.

4. La exigibilidad de los derechos permite hablar de garantías normativas y garantías jurisdiccionales, es decir, la posibilidad de reclamación ante los tribunales y la defensa de los derechos de la naturaleza a través de principios generales que direccionan todos los derechos.

5. Una de las características de los derechos constitucionales en el Ecuador, es que son de igual jerarquía y que la Acción de Protección y la Acción Extraordinaria de Protección constituyen los mecanismos idóneos para activar la exigibilidad judicial de los derechos.

Referencias bibliográficas

- Rivadeneira, R. (1677). Capítulo 47 Derechos Sociales. 2, 1677–1711. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>
- BUSTAMANTE DONAS, Javier. 2001. Hacia la cuarta generación de derechos humanos
Disponibile en: www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm
- ABRAMOVICH, Victor y otros, 2014. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales, Buenos Aires. Disponible en: <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/429>
- Red-DESC. (2014). Red-DESC. <https://www.escri-net.org/es>
- ONU, 1982, Carta Mundial de la Naturaleza, disponible en: http://www.jmarcano.com/educa/docs/carta_mundial.html
- StackPath. (n.d.). www.corteidh.or.cr. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

- Constituyente, 2008. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>.
- ASAMBLEA NACIONAL. 2009. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009 Disponible en <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf>.
- Corte Provincial De Loja (ECUADOR). 2011. Sentencia Corte Provincial de Loja. Juicio No. 11121-2011-0010. Disponible en: www.elcorreo.eu.org/IMG/article_PDF/Jurisprudencia-Ecuatoriana-sobre-Derechos-de...
- Corte Constitucional Del Ecuador, 2015, Sentencia 218-15-SEP-CC. Caso 1821-12. CC. Disponible em: www.corteconstitucional.gob.ec.
- ONU, 1948, Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- Gudynas, Eduardo. 2011. Los derechos de la naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. En A. Acosta, & E. Martínez, La Naturaleza con Derechos: De la filosofía a la política Quito: Abya-Yala.
- Melo, Mario. 2004. Los Pueblos Indígenas y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. In: Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), Quito. Disponible en: <http://alainet.org/active/show_text.php3?key=6342>.

Universidad Técnica de Machala
Dirección de Investigación
Editorial UTMACH
<https://investigacion.utmachala.edu.ec/portal/>
Primera edición 2021
PDF interactivo



Dirección de
Investigación
UTMACH

2021

ISBN: 978-9942-24-146-7



9 789942 241467