



FACULTAD DE DERECHO

**LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE PROPORCIONALIDAD
EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de:
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía:
Dr. Marco Proaño Maya

Autor:
Freddy Ramiro Ordóñez Machado

Año
2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Marco Proaño Maya

Doctor

C.I.: 170133037-3

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Freddy Ramiro Ordóñez Machado

C.I.: 110441496-4

AGRADECIMIENTO

A todas las personas que con amor, solidaridad, respeto, ética profesional y convicción me apoyaron y ayudaron para hacer posible el siguiente trabajo investigativo, en especial a mi Madre.

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a mis padres quienes con amor, respeto e infinito compromiso me han sabido guiar y apoyar a lo largo de mi vida, a mis hermanos y a todas aquellas personas, que con real certeza creen en mi, como ser humano y como profesional.

RESUMEN

La investigación sobre “La Igualdad y la Proporcionalidad Jurídica en la Constitución Ecuatoriana”, busca determinar los cambios ocurridos en el ordenamiento jurídico del Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución de 2008 que institucionalizó el Estado Constitucional de Derechos y Justicia social.

Se busca conocer la base doctrinaria de los principios constitucionales de igualdad y de proporcionalidad y su aplicación en los derechos contemplados en la Constitución. La elección del estudio de estos principios, constituyen un referente para conocer su aplicación actual en el derecho ecuatoriano.

Este estudio analiza las características del nuevo paradigma constitucional desde la posición de la doctrina y de la jurisprudencia de los derechos fundamentales, entendidos como valores, como principios y como límites al poder, lo que introduce nuevas técnicas en su interpretación y en su tutela, expandiendo el ámbito de protección de los derechos, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad y de la técnica de ponderación para resolver conflictos entre derechos y, como escudo legal contra la arbitrariedad. Se investiga el principio constitucional de Vinculación, para determinar la forma como todos los poderes públicos y los particulares se encuentran sujetos a la constitución. Se puntualiza la evolución del principio constitucional de igualdad y el paso de la igualdad formal hacia la igualdad material o sustancial, como antecedente para situar las acciones positivas en el derecho antidiscriminatorio.

Se introduce la aplicación de los derechos por la Corte Constitucional para el período de transición; la aplicación del principio de proporcionalidad por la misma institución; una visión del juicio de igualdad en la jurisprudencia de Colombia; y de las acciones positivas en el derecho europeo.

ABSTRACT

The investigation about “the equality and the legal proportionality in the Ecuadorian constitution”, seeks to determine the occurred changes in the Ecuadorian legal order since the validity of the 2008 constitution which formed the constitutional state rights and the social justice.

It is searched to know the doctrine base of the constitutional basics of equality and proportionality and its application to the contemplated rights in the constitution. The study choice of these basics set up a referent to know its actual enforcement in the Ecuadorian law.

This survey analyzes the characteristics of the new constitutional paradigm from the doctrine position and the fundamental rights of jurisprudence, understood as values, principles and power limits, which introduces new techniques in its interpretation and its tutelage, expanding de right’s protection field, through the enforcement of the proportionality principle and the weighty technique to resolve conflicts between rights and, as a legal shield against impartiality. It is investigated the entailment of the principle constitution, to determine the way that all the public and particular mightiness are subject to constitution. It is clarified the evolution of the equality constitutional principle and the step to the formal equality to the material equality, as a background to situate positive actions in the anti discrimination Rights.

It is introduced the rights enforcement by the constitutional court to the transition period; the principle enforcement of proportionality by the same institution; a vision of equality judgment in the Colombian jurisprudence; and the positive actions in the European law.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 CAPÍTULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	3
1.1 ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	3
1.1.1 Las Revoluciones Burguesas de Inglaterra y Francia.....	3
1.1.2 Principios Generales de las Revoluciones Burguesas.....	6
1.1.2.1 Derechos Civiles y Políticos o Derechos de la Primera Generación	6
1.1.3 Características de los Derechos de Primera Generación	6
1.1.4 La Influencia Socialista	7
1.1.4.1 Derechos Económicos, Sociales y Culturales o de Segunda Generación	7
1.1.5 Principios de los Derechos de Segunda Generación.....	9
1.1.6 Características de los Derechos de Segunda Generación	9
1.1.7 Derechos de Tercera Generación o Derechos de Solidaridad.....	10
1.1.8 Características de los Derechos de Tercera Generación	11
1.2 CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES	11
1.3 GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	15
1.4 POSITIVISMO Y POSPOSITIVISMO	18
1.5 NEOCONSTITUCIONALISMO	21
2 CAPÍTULO II. EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	25
2.1 DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIO DE VINCULACIÓN.....	25
2.1.1 Teoría de la Vinculación de los Derechos Fundamentales	25
2.1.2 Principio de Vinculación.....	26
2.1.3 Vinculación Negativa a los Derechos Fundamentales	27
2.1.4 Vinculación Positiva a los Derechos Fundamentales.....	27
2.2 EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN RELACIÓN CON LOS PODERES PÚBLICOS	29
2.2.1 En Relación con el legislador.....	29
2.2.2 En Relación con el Poder Judicial.....	29
2.2.3 Relacionado con la Función Ejecutiva	30
2.3 EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN RELACIÓN CON LOS PARTICULARES.....	31

2.3.1	Antecedentes Históricos	31
2.3.2	Doctrinas de la Eficacia Horizontal en las Relaciones con los Particulares.....	32
2.3.2.1	Eficacia Directa o Inmediata.....	32
2.3.2.2	Eficacia Indirecta, Mediata o Diferida.....	33
2.3.2.3	Eficacia Directa vs. Eficacia Indirecta	34
3	CAPÍTULO III. PRINCIPIO DE IGUALDAD	36
3.1	ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	36
3.1.1	Dimensiones del Principio Constitucional de Igualdad.....	36
3.1.2	Presupuestos del Principio de Igualdad.....	37
3.1.3	Modalidades Jurídicas del Principio de Igualdad	38
3.1.4	Igualdad ante la Ley.....	41
3.1.5	Igualdad en la Aplicación de la Ley.....	42
3.2	EL PRINCIPIO DE IGUALDAD	42
3.2.1	Los Mandatos Derivados del Principio de Igualdad	42
3.3	PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	43
3.3.1	Antecedentes Contextuales de la Proporcionalidad.....	43
3.3.2	Criterios de Distinción entre Reglas y Principios.....	44
3.4	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	45
3.4.1	Sobre las Antinomias	45
3.4.2	Antinomias en Abstracto, Internas o Propias del Discurso de Validez	47
3.4.3	Antinomias Contingentes o en Concreto o, Antinomias Externas o Propias del Discurso de Aplicación.....	47
3.4.4	Antecedentes del Principio de Proporcionalidad.....	48
3.4.5	Concepto de Proporcionalidad.....	49
3.4.6	Significado y Contenido de la Proporcionalidad.....	49
3.4.7	Subprincipios de la Proporcionalidad.....	50
3.4.7.1	Idoneidad	50
3.4.7.2	Necesidad	51
3.4.7.3	Proporcionalidad en Sentido Estricto	52
3.5	PONDERACIÓN.....	52
3.5.1	Concepto y Naturaleza de la Ponderación.....	52
3.5.2	Estructura de la Ponderación.....	54
3.5.3	Elementos de la Ponderación	54
3.5.3.1	Ley de la Ponderación	54
3.5.3.2	La Fórmula del Peso	56
3.5.3.3	La Carga de la Argumentación.....	56
3.6	JUICIO DE IGUALDAD	57
3.6.1	Aproximaciones al Test de Razonabilidad.....	58
3.6.2	Requisitos que debe Cumplir la Diferenciación para que sea Razonable y Justificada	59
3.6.3	El Test de Razonabilidad	60
3.6.4	Naturaleza del Test de Razonabilidad	60
3.7	JUICIO DE PONDERACIÓN	62

4	CAPÍTULO IV. ACCIONES AFIRMATIVAS	66
4.1	ANTECEDENTES DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS	66
4.2	DISCRIMINACIÓN	66
4.2.1	Antecedentes de la Discriminación	66
4.2.2	Qué es Discriminación	68
4.3	ACCIÓN AFIRMATIVA	69
4.3.1	En el Derecho Americano	69
4.3.2	La Acción Positiva en la Normativa Europea	71
4.3.2.1	La Sentencia Kalanke	72
4.4	EL CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA	75
4.4.1	Fundamento Doctrinal de la Acción Afirmativa	76
4.5	ACCIONES POSITIVAS EN EL DERECHO ECUATORIANO	78
	Conclusiones	82
	Bibliografía	84
	Anexos	88

INTRODUCCIÓN

La Constitución que nos rige desde 2008, constituyó sin duda, una ruptura con la teoría y la práctica constitucionales hasta entonces vigentes. Desde las primeras publicaciones estatales, realizadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y editadas para comprensión y refuerzo del modelo de Estado que se institucionalizó como resultado de la Consulta Popular, se declaró que la institucionalidad del Estado estaba orientada al respeto, protección y garantía de los derechos; lo que significó la introducción de nuevas categorías jurídicas, nuevas formas de administrar la justicia y nuevos roles para los operadores judiciales, amparados en los lineamientos doctrinarios del nuevo modelo de Estado.

En este marco, se desarrolla la investigación “**Los principios de Igualdad y de proporcionalidad en la Constitución Ecuatoriana**” con el objetivo de conocer su aplicación en los derechos contenidos en la Constitución, declarada como garantista o sustancial, caracterizada por la supremacía de la Constitución y la prevalencia de los derechos.

Todo cambio trae incertidumbres y el cambio radical de paradigma constitucional en el Derecho ecuatoriano, no puede escapara a esta certeza, por lo que el estudio investigativo que presentamos, pretende constituir un aporte a su conocimiento y comprensión.

La presente investigación se organiza en cuatro capítulos. El primer capítulo, contiene el estudio de los derechos fundamentales, su ubicación histórica y el soporte doctrinario que los especifica. Se determina la superioridad de los derechos frente a los poderes públicos y privados. Se analiza la naturaleza de los derechos como principios, lo que permite el uso de nuevas metodologías y técnicas jurídicas para protegerlos y garantizarlos. Como soporte doctrinario se realiza una revisión del Positivismo y Pospositivismo para finalmente analizar el neoconstitucionalismo, que subyace en el modelo constitucional de derechos.

En segundo capítulo trata de la eficacia de los derechos fundamentales a la luz del principio constitucional de vinculación de los derechos fundamentales – convertidos en epicentro constitucional- los que determinan una nueva forma de relación con los poderes públicos: con el legislador, con el poder judicial y con el poder ejecutivo, pero fundamentalmente, la eficacia de los derechos fundamentales en relación con y entre particulares, cuando se encuentren en una posición de poder frente al otro.

Con los antecedentes señalados, en el capítulo tercero se desarrollan los principios constitucionales de igualdad y de proporcionalidad, apoyados principalmente en las teorías de Robert Alexi, Luis Prieto Sanchís y Carlos Bernal y, en la normativa constitucional. Consignamos la aplicación del principio de proporcionalidad por la Corte Constitucional para la transición y su especificidad en el Derecho ecuatoriano.

En el capítulo cuarto, emprendemos el estudio de las acciones positivas, en las cuales se transparenta el principio de igualdad como antítesis de la discriminación. Estudiamos las normas constitucionales correspondientes, en intención de situar el nivel evolutivo de las mismas en la Constitución que nos rige.

1 CAPÍTULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1.1 ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales, constituyen en la actualidad, la institución jurídica invocada con mayor frecuencia como guardiana y garante de la dignidad y la libertad de los seres humanos. Su evolución, arranca con la Edad Moderna durante la cual surge y se consolida, tras las revoluciones americana y francesa. En el primer caso, con la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, considerada la primera declaración moderna de derechos humanos; y, en el segundo, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia; en los dos casos, existe una coyuntura histórica común: el paso jurídico-político del régimen absolutista al Estado liberal, caracterizado por la positivación de los derechos y su consagración constitucional. En consecuencia, el análisis histórico parte indefectiblemente de estos dos momentos trascendentes:

1.1.1 Las Revoluciones Burguesas de Inglaterra y Francia

a. La Revolución de Inglaterra

La Revolución Inglesa, formalizó las exigencias de la burguesía para terminar con la inseguridad ciudadana, ocasionada fundamentalmente por los abusos de la corona. La proclamación de la Ley de Habeas Corpus (1679) y la Declaración Bill of Rights (1689) limitaron férreamente a la monarquía inglesa y sus poderes absolutos, transformándola en una monarquía moderada. De otro lado, la Carta de Derechos o Declaración de Derechos (Bill of Rights), denominada así por la restauración de ciertas facultades parlamentarias, sometió a los Reyes de Inglaterra a los derechos contenidos en esta Declaración.

Sin embargo, esta coyuntura histórica merece una aclaración necesaria, según Antonio Fernández-Galiano y Benito de Castro Cid, “[...] la Bill of Rights puede considerarse una declaración de derechos, pero no de derechos humanos, puesto que los mismos se reconocen con alcance nacional y no se consideran propios de todo hombre” (Fernández, et. al. 1999. p. 546). “La Bill of Rights influyó en la “Declaración de Derechos de Virginia”, en 1776; y se consolidó con la Declaración de independencia de los Estados norteamericanos, sustentada, a su vez, en la Declaración de Virginia.

b. Revolución Francesa

Tuvo como antecedentes directos el creciente deterioro económico y social de la nación; la exacerbación del despotismo real, y la fuerza progresiva del tercer Estado, que se proclamó como Asamblea Nacional Constituyente y el 26 de agosto de 1789, promulgó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, considerada como el origen de los derechos fundamentales y políticos. De esta forma, las ideas políticas del Liberalismo y la Ilustración llegan al poder con un objetivo claro: el respeto a los derechos individuales, la separación de poderes, y la participación política; objetivos que nuclearizan la libertad como expresión de la dignidad humana. Lo expuesto permite señalar que, los derechos fundamentales irrumpen en la Edad Moderna y en su génesis pueden ser estudiados desde tres vertientes o modelos históricos:

- El modelo inglés o insular, de evolución gradual y continuista;
- El modelo francés o continental, de naturaleza revolucionaria e irrupción violenta;
- El modelo de las colonias inglesas de América del Norte.

En cuanto al poder:

- En el modelo inglés: el poder es de tipo parlamentario y se expresa en el Common law;
- En el modelo francés, el poder está en el pueblo y se ejerce a través de la división de poderes, mediante una constitución escrita.

El siglo XVII, en su organización política-social se caracterizó por:

- Una fuerte estratificación social; y
- Funciones sociales concretas, prolijamente reglamentadas.

En este contexto, las relaciones cotidianas constituían una ruptura con la libertad individual, el ejercicio de los poderes absolutos de una nobleza que obcecada por conservar sus derechos, permitió el atropello, el allanamiento y la intimidación. La conciencia social demandaba límite al poder arbitrario, mediante el advenimiento de un nuevo modelo de Estado. La revolución francesa y el culto al individualismo, formalizaron los derechos de una burguesía en ascenso, la que apostaba afianzarse políticamente en la medida que destruía a la monarquía y sus privilegios. La estrategia fundamental era la ruptura total con el Antiguo Régimen, para formar un poder político que asegure la libertad individual ante la ley e impulse la producción mercantil mediante la instauración y consolidación del derecho de propiedad, piedra angular del capitalismo moderno.

Pese a que el constitucionalismo omite la tradicional clasificación de los derechos fundamentales y los rechaza por ser jerarquizantes, incluiremos brevemente la clasificación propuesta por el jurista francés Karel Vasak en 1979 -o "de los derechos generacionales"-, con el fin de ligar la relación entre modelo de Estado y derechos fundamentales.

Corresponde al Estado liberal, la irrupción de los derechos de igualdad civil y política; de los derechos de propiedad y de libertad individual; materializando dos ideas básicas: libertad y dignidad, como sellos característicos de la naturaleza humana; y, el establecimiento de límites al poder, desde entonces, los derechos fundamentales se han convertido, en los límites más efectivos al poder omnímodo de los Estados.

1.1.2 Principios Generales de las Revoluciones Burguesas

1.1.2.1 Derechos Civiles y Políticos o Derechos de la Primera Generación

Considerando, 1. El criterio de George. Jellenik, quien en su obra *Declaración del Hombre y del Ciudadano*, señala: “La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los bills of right o Declarations of rights” (Jellenik, 2000, p. 7), 2. Considerando que la Declaración de 1789 influyó directamente en el constitucionalismo de Europa y de Latinoamérica que recoge el espíritu sociopolítico del Estado Liberal; y, 3. Porque diferentes modelos de Estado, aún en el presente, se adhieren a ellos; enunciamos que los principios del Estado de Derecho son: el principio de libertad y el de propiedad, sobre los cuales se erige; y, “el principio de seguridad jurídica, para garantizar la soberanía, la libertad y la propiedad.” (Ávila, 2008, p. 24 - 25).

Surgen así los primeros derechos, consagrados en los ordenamientos jurídicos internos y luego difundidos a nivel internacional, conocidos como Derechos de Primera Generación o Derechos Civiles y Políticos, destinados a la protección del ser humano individualmente, contra la agresión de cualquier órgano público.

1.1.3 Características de los Derechos de Primera Generación

Los derechos de Primera Generación se caracterizan porque imponen al Estado el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio y pleno goce de estos

derechos por parte del ser humano. El Estado debe limitarse a garantizar el libre goce de estos derechos, organizando la fuerza pública y creando mecanismos judiciales que los protejan. Los Derechos Civiles y Políticos pueden ser reclamados en todo momento y en cualquier lugar, salvo en aquellas circunstancias de emergencia que permiten el establecimiento de ciertas limitaciones a algunas garantías. Son titulares de los derechos civiles todo ser humano; y, son titulares de los derechos políticos, todo ciudadano. En la actualidad el constitucionalismo no habla de derechos civiles, sino de derechos de libertad.

1.1.4 La Influencia Socialista

1.1.4.1 Derechos Económicos, Sociales y Culturales o de Segunda Generación

Los derechos económicos, sociales y culturales nacen en el siglo XX, vinculados a los derechos de igualdad y reivindicados por los sectores sociales afectados por la industrialización y la primacía del capital. Existe consenso en afirmar que de los estragos económico-sociales de las guerras mundiales, surgieron las primeras constituciones que en la posprimera Guerra Mundial, incorporaron los derechos sociales, ellas fueron la de Querétaro –México en 1917 y la de Weimar -Alemania- en 1919. La Constitución de Querétaro producto de la Revolución Mexicana de 1910 fue la primera en el mundo de incluir ciertos derechos sociales como el derecho a la educación laica, la jornada laboral de ocho horas, la libertad de expresión y el derecho a la asociación de los trabajadores; lograron rango constitucional “sin que por ello se establecieran garantías para su exigibilidad”. (Castro, et. al., 2007, p. 85).

La Constitución de Weimar fue promulgada por una Asamblea Nacional conformada por tres partidos políticos, tuvo como finalidad reconstruir la nación alemana, instaurar un gobierno republicano y una serie de garantías sociales como la protección a la familia, la educación, seguros de vejez y enfermedad,

el derecho a la vivienda, al trabajo y al salario. La postura weimariana (o europea) del Estado Social de derecho, se identifica estrictamente con la clase obrera y con sus formas organizadas de lucha: el sindicato y el partido. La visión queretana (o latinoamericana) de la misma realidad, tiende a involucrar a los sectores marginados de las ciudades y a trabajadores agrícolas. Por tanto, los derechos socio-económicos en el modelo del Estado social de derecho en Europa y en Latinoamérica integran reivindicaciones diferentes: industrial y comercial en el primer caso, urbano y agrícola en el segundo.

Sin duda, la influencia marxista en los sectores sociales postergados, sacudió internacionalmente al Estado liberal; el desarrollo de la teoría de la lucha de clases y la revolución rusa, difundió la certeza que el Estado debía intervenir en el desarrollo humano y social mediante el reconocimiento de nuevos derechos y la acreditación de mecanismos legales de garantía para la realización material de esos derechos.

La propuesta de creación del nuevo Estado exigió la instauración y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales para cumplir los fines de un Estado de corte regulador, con participación activa en la adopción de medidas que permita mejorar los patrones de vida imperante, lo que significaba el tránsito de un Estado liberal abstencionista “a un Estado de tipo prestacional que reconozca derechos “de hacer”. Como señala Pérez Luño: “En el Estado social de derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales...”. (Pérez, 1984, p. 193).

Correspondió al Estado Social de derecho, propiciar jurídicamente la creación de un Estado democrático que garantice la vigencia de los derechos económicos sociales y culturales, mediante el respeto a las libertades civiles y políticas de los individuos y el advenimiento de una ciudadanía legitimada y comprometida en la lucha por disminuir las desigualdades económicas y

sociales, mediante una nueva forma de organización, política y administrativa que permita la positización y aplicación de los derechos emergentes, entre estos se desarrollan las exigencias igualdad. Un elemento constitutivo del Estado social de derecho es el pluralismo entendido como participación ciudadana: “La participación ciudadana es indispensable tanto para ampliar los derechos que corresponden al cuerpo social, cuanto para ejercer un efectivo control vertical sobre los órganos del poder.” (Valadés, 2002, p. 63).

La división de poderes fue perdiendo espacio, el poder ejecutivo adquirió supremacía; el poder legislativo cedió espacio ante éste poder, por la vía de los decretos con fuerza de ley. La estructura del Estado permitió que los poderes sociales se convirtieron en poderes políticos, concibiendo a la sociedad es una ampliación del Estado, al contrario del Estado Liberal de Derecho donde el Estado era una ampliación de ella. En este marco, “[...] La aparición de los derechos sociales ha supuesto una notable variante en el contenido de los derechos fundamentales... garantías pensadas para la defensa de la individualidad son ahora reglas en las que el interés colectivo ocupan el primer lugar...” (Pérez, 2010, p. 85).

1.1.5 Principios de los Derechos de Segunda Generación

Son principios de estos derechos, los siguientes: 1. principio de razonabilidad (la organización estatal debe tender a la integración y no a la estratificación de la sociedad); 2. El principio de equidad (la desigualdad entre iguales es puramente conjetural; 3. El principio de "legalidad", la ley aparece como el instrumento más adecuado para organizar esta nueva forma de sociedad y de Estado; y, 4. El principio de la primacía de la función ejecutiva, sobre la legislativa y judicial.

1.1.6 Características de los Derechos de Segunda Generación

La segunda generación de derechos se funda en la igualdad. Son características de los derechos de esta generación: 1. La realización de la

igualdad a través de la procura de un mínimo existencial; 2. Igualdad de oportunidades; 3. Consecución de un nuevo orden económico; 4. Procura de un orden social con participación ciudadana; 5. intervención directa e indirecta del Estado en la economía como un medio para enfrentar la crisis del capitalismo, causadas por los excesos de la inversión privada; 6. Ampliación de la esfera de responsabilidad del Estado; 7. Imponen al Estado un deber: satisfacción de necesidades e imponen al Estado un hacer positivo: prestación de servicios; 8. El titular de los derechos es el individuo en comunidad, que se asocia para su defensa.

1.1.7 Derechos de Tercera Generación o Derechos de Solidaridad

Si históricamente, la libertad fue el valor emblemático de los derechos de primera generación; la igualdad lo fue de los derechos de la segunda generación y la solidaridad, el signo rector de la tercera generación; éstos emergen a raíz de los acontecimientos ocurridos con la segunda guerra mundial y se manifestaron en la década de los setenta del siglo XX.

Debido a que vivimos en un mundo globalizado e interdependiente, una nota propia de los derechos de solidaridad en su extensión geopolítica que trasciende el ámbito interno para transnacionalizarse; por ello sus disposiciones se encuentran contenidos en Declaraciones y Pactos Internacionales. Corresponde a esta generación el derecho a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los vinculados a los riesgos y expectativas planteados por las transformaciones del mundo de consumo, la informática, telemática, la biogenética y otras que inciden en el derecho a la intimidad: y junto a estos derechos heterogéneos, otros como las garantías frente “a la manipulación genética, el derecho a morir con dignidad, el disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho al cambio del sexo, a las reivindicaciones de los colectivos feministas, el derecho al aborto libre y gratuito...” (Pérez, 2006, p. 33)

1.1.8 Características de los Derechos de Tercera Generación

1. Pertenecen a grupos imprecisos de personas que tienen un interés colectivo común; 2. Requieren para su cumplimiento de prestaciones: positivas: hacer, dar y negativas: no hacer; 3. Pertenecen tanto a un Estado como a la Comunidad Internacional; 4. Los derechos pueden ser reclamados: a). Ante el propio Estado: por grupos pertenecientes al mismo; o, b). Ante otro Estado: de nación a nación, en el caso de la Comunidad Internacional. Uno de los aspectos que contribuyen a caracterizar estos derechos se refiere a la ampliación de su titularidad, atribuido al reconocimiento de nuevas posiciones jurídicas subjetivas, lo que ha contribuido a extender derechos de los seres humanos a sujetos no humanos, por ejemplo, al ambiente o a la naturaleza. Sin embargo, desde premisas jurídicas, se han manifestado dificultades para admitir los derechos de tercera generación: “se señala la debilidad e imprecisión de los instrumentos de garantía requeridos para dotarlos de vigencia” (Pérez, 2006, p. 33) Estas dificultades se extienden a los llamados derechos de cuarta generación, que permanecen como propuesta y no se han formalizado doctrinalmente, por ser proclamados en forma aislada y sin consenso jurídico.

Críticamente, conviene advertir que las denominadas generaciones de derechos no debe ser entendidas desde una perspectiva cronológica y lineal, esencialmente porque en su desarrollo se producen avances y retrocesos de tipo dialéctico y, porque el catálogo de derechos no está cerrado a nuevas necesidades de libertad y a demandas reivindicatorias que sean reconocidas nacional e internacionalmente.

1.2 CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En el modelo constitucionalista, los derechos constituyen la institución fundamental; este modelo atribuye a los derechos, “la justificación más importante del Derecho y del Estado, desde esta perspectiva, el Estado no es

sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento imponen fines y objetivos que deben ser realizados” (Ferrajoli, 2001, p. 83).

Si el Estado constitucional de Derecho se orienta a la protección de los derechos incluso por encima de la ley, no se debe entender la eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino en la eficacia de los derechos en la medida y en los términos establecidos en la Constitución.

En el marco de las consideraciones que anteceden, desde la vertiente teórica de los derechos fundamentales y con un enfoque formal, Ferrajoli, define, “Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar...”. (Ferrajoli. 2010, p. 37). Y aclara la naturaleza de derechos subjetivos, conceptuándolos como:

... cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (Ferrajoli, 2010, p. 37).

Se trata de una definición orientada al contenido de los derechos, que engloba, a.- derechos subjetivos; b.- universalmente adscritos a todos en cuanto personas; c.- que pueden estar restringidos por no contar con el estatus de ciudadano o de persona con capacidad de obrar. Esta definición, según el mismo Ferrajoli, tiene las siguientes características:

1). Es teórica, porque aún estando elaborada con relación a los derechos fundamentales positivamente sancionados por las leyes, no está basada conforme a normas de ningún ordenamiento concreto; 2). Es puramente formal

o estructural, porque prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación. 3). Es neutral, nos explica el autor, que cualquiera que sea la filosofía política o jurídica, ya sea iusnaturalista o iuspositivista, liberal o socialista, antiliberal o antidemocrática ésta definición puede ser válida. (Ferrajoli, 2005, p. 192.).

Desde el punto de vista teórico, los derechos fundamentales son derechos universalmente adscritos a todas las personas, a todos los ciudadanos, a todos los sujetos con capacidad de obrar y por tanto indisponibles e inalienables, cualquiera que sea la extensión de la clase de sujetos que en un determinado ordenamiento jurídico sean calificados como personas que los haga titulares para el ejercicio de alguna expectativa positiva o negativa por derivación de un mandato normativo; en cuanto a la universalidad de los derechos fundamentales, esta es concebida por Ferrajoli como relativa –no absoluta- “[...] en efecto el «todos» de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida” (Ferrajoli, 2010, p. 39).

Carbonell, realiza un estudio exhaustivo sobre los fundamentos doctrinales de estos derechos y establece la naturaleza tanto de los derechos fundamentales como de los derechos constitucionales:

El más próximo a los estudios de carácter estrictamente jurídico diría que son derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por este solo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado –sostendría esta visión – tales derechos son fundamentales. (Carbonell, 2004, p. 5).

Conviene con fines aclarativos, establecer una caracterización general de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. En cuanto a los

primeros, Carbonell señala: “son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menor rigor jurídico que la de derechos fundamentales.” (Carbonell, 2004); de su lado Pérez Luño considera: “a medida que ha ido creciendo el ámbito de los derechos humanos, su significación se ha tornado más imprecisa. Ello ha ocasionado una pérdida gradual de la posibilidad de una descripción de determinadas situaciones o exigencias jurídicas políticas” (Pérez, 1999, p. 29)

La teoría sobre derechos humanos explica que sus fronteras conceptuales son menos precisas que las que tienen los derechos fundamentales, lo que se atribuye al hecho que sobre ellos han escrito politólogos, sociólogos, filósofos, economistas, quienes al reivindicar los derechos lo han hecho al margen de las disposiciones constitucionales, utilizando desde su campo disciplinar, criterios más extensos que los que utiliza el derecho al respecto, en fin, la historia jurídica demuestra que sobre los derechos fundamentales escriben los juristas.

En cuanto a los derechos constitucionales, y en intención de superar una discusión en relación entre los distintos tipos de derechos –discusión que el constitucionalismo considera no trascendente-, Carbonell concluye: “De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos *constitucionalizados* (Carbonell, 2004, p. 9). A la luz de la doctrina actual, se plantea la necesidad de superar la visión tradicional que separa en compartimentos aislados a los derechos, proclamando que la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales no conduce necesariamente a considerarlos como categorías aisladas e incommunicables entre sí, al contrario, el derecho contemporáneo postula: “ la existencia, entre las distintas categorías de derechos, de una relación de continuidad, indivisibilidad e interdependencia entre los mismos”. (Añón, 2002, p. 31).

Lo que antecede consagra el uso en la actual Constitución del Ecuador de la categoría “derechos” en la que doctrinariamente subyacen los derechos fundamentales. La Corte Constitucional para el período de transición, así lo ha

entendido, como se desprende de fallos emitidos respecto a la vulneración de derechos constitucionales, pues en su motivación transcribe la definición de L. Ferrajoli, (Corte Constitucional para el período de transición. Casos N° 0064-08-EP y 0296-09 EP.

Nuestra adhesión a la posición ferrajoliana se vincula con la difusión dada a este autor y a su doctrina en nuestro medio jurídico, la que ha sido utilizada, preferentemente, tanto por el Ministerio de Justicia, a través de sus publicaciones (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador, 2008), como por la Corte Constitucional para el periodo de Transición en sus sentencias. Sin embargo, el neoconstitucionalismo es una doctrina en construcción, de la cual Ferrajoli es uno de sus teóricos, no el único.

1.3 GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Señala Ávila, que la Constitución actual, “asume que las funciones normativas, políticas y jurisdiccionales son garantías para viabilizar, promover y respetar el ejercicio de los derechos de las personas”. (Ávila, 2008). En este caso, las garantías constitucionales son de tres clases:

- **Garantías normativas.**- Señaladas en el artículo 84, que ordena a la Asamblea Nacional y a todos los órganos con potestad normativa a adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas para garantizar la dignidad individual y colectiva previstas en la Constitución y los tratados internacionales; y, que en ningún caso las reformas legales atentarán contra los derechos contenidos en la Constitución.

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean

necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución. (Constitución de la República del Ecuador, p. 63).

- **Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana:** Garantiza que las políticas públicas y los servicios públicos, serán de tipo participativo y que se orientarán a hacer efectivos todos los derechos reconocidos por la Constitución, a partir del principio de solidaridad. Si en la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos se vulneraren o hubiere amenaza de vulnerar derechos constitucionales, se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. En todo el proceso de construcción, ejecución y evaluación de políticas públicas, se garantiza la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. (Constitución de la República del Ecuador, págs.63- 64).

- **Garantías Jurisdiccionales.**- Ejercidas por juezas y jueces quienes ejercen el control de la constitucionalidad, instrumento jurídico previsto para garantizar la supremacía constitucional.

Luigi Ferrajoli, al estudiar las garantías, parte de la aclaración que “garantías” no es lo mismo que “derecho fundamental”. Señala que las garantías en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos, pudiendo haber garantías positivas y negativas.

- **Garantías positivas:** Obligan a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de algún derecho fundamental.
- **Garantías negativas:** Generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho.

A su vez, estos dos tipos de garantías, pueden subsumirse en lo que el autor llama garantías “garantías primarias o sustanciales” y “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

- **Garantías primarias:** Son obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en los textos normativos.

- **Garantías secundarias:** Son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad, cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por lo tanto, las garantías primarias. (Ferrajoli, 2002, p. 39).

1.4 POSITIVISMO Y POSPOSITIVISMO

En el campo del derecho, el Positivismo ha mantenido un lugar hegemónico por doscientos años, sin embargo, en los últimos años numerosos autores han insistido en que el positivismo jurídico no es capaz de ofrecer un concepto de derecho adecuado para el modelo jurídico-político de corte pospositivista, denominado Constitucionalismo.

La teoría positivista cobra auge durante la segunda mitad del siglo XIX, sustentando, “un conocimiento jurídico y una práctica forense excesivamente formalista, autosuficientes, anclados en el modelo del Estado liberal decimonónico, y sobre todo, alejados tanto de las demás ciencias sociales como de la filosofía moral.” (Prieto, 1997, p. 93). El mismo autor señala que el Positivismo coincide “con un modelo de organización jurídica y política bastante preciso que es el modelo postrevolucionario del Estado de derecho basado en un concepto fuerte de soberanía, en la separación de poderes, en la codificación y el imperio de la ley, en la figura del juez “autómata”. (Prieto, 1997, p. 8).

Pietro Sanchís, señala las diferencias entre positivismo y pospositivismo, mediante pares contrastantes: valor/norma; ponderación/subsunción; omnipresencia de la Constitución/independencia del derecho ordinario; omnipotencia del juez/autonomía del legislador. Estos aspectos expresan el proceso de “rematerialización” o “resustancialización” constitucional, que a criterio de M. Carbonell, se ha llevado a cabo por la interpretación muchas veces comprometida y progresista de los tribunales constitucionales,

principalmente europeos, los que “han puesto diques formales y sustanciales a la actividad legislativa” (Carbonell, 2008, p. 209), “el derecho bajo estas circunstancias, habría experimentado, una verdadera “mutación genética”, que incapacitaría al positivismo jurídico para dar cuenta del derecho.” (García, 1998).

La referida materialización del derecho ha dado lugar, a cambios significativos:

1. La estructura de las normas; 2. La teoría de las fuentes, 3. La teoría de la interpretación jurídica; y, 4. La propia ciencia jurídica.

1. La estructura de las normas.- Frente a las tradicionales reglas, se aplican principios y se invocan valores constitucionales, cuyo recurso favorece la actividad argumentativa del juez.

2. Las fuentes del derecho.- Mientras en el estado decimonónico la ley era la norma suprema porque la Constitución no era concebida como una verdadera norma jurídica (entre otras cosas porque no existía una jurisdicción constitucional que ejerciera el control de la constitucionalidad de los actos del poder público); actualmente, “en el Estado constitucional ya se habla de la muerte de la ley” (Carbonell, M. 1998). Lo de la muerte quizá puede ser una exageración, lo cierto es que en el constitucionalismo de la segunda posguerra, creador de las constituciones normativas en sentido moderno, la ley ha sufrido una disminución jurídica notable, porque ha dejado de ser la norma rectora del sistema. En realidad, estos cambios en la esfera jurídica traducen los que se verifican en la esfera política, como sucede con la relativización del concepto de soberanía, cambios que, a su vez, reflejan una nueva organización de la sociedad como el auge del pluralismo, la situación de multiculturalismo, la transnacionalización en todos los órdenes, etc.

3. La teoría de la interpretación.- En el pospositivismo, la interpretación jurídica también se ha transformado, la aplicación de principios conduce al

juez a un razonamiento jurídico presidido por la ponderación de valores contrapuestos, cuya armonización corresponde a la razonable actividad del juez, que deja así de ser un aplicador mecánico de las normas, para convertirse, con más razón, en un verdadero agente de producción jurídica. En el tema de la interpretación jurídica, si el positivismo postulaba la tesis de la subsunción, según la cual toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos; por otra, el constitucionalismo cambia esa forma de interpretación por la de la ponderación, aunque no prescinde de la subsunción. En efecto, los textos constitucionales más modernos están llenos de principios, no de reglas. Ante la presencia de principios constitucionales que entran en conflicto, la subsunción se revela como un método interpretativo absolutamente superado, por lo que se exige la ponderación y la razonabilidad, en la que ninguna de las normas en conflicto pierde su validez, sino que a la luz del caso concreto, el juez constitucional pondera los bienes en tensión y trata de potenciar o maximizar hasta donde sea razonable para ambos, procurando nunca sacrificar totalmente uno de ellos (excepto, claro está, en caso límite). La razonabilidad, dice Prieto Sanchís, “podría ser el lema de la justicia constitucional tanto en su tarea de control de la ley como de protección de los derechos fundamentales”. (Prieto, 1997, p. 93).

Mientras en el paradigma interpretativo positivista el juez no era sino el aplicador automático de la ley, hoy se aceptan que “las decisiones judiciales tienen siempre un componente valorativo”; finalmente, si el constitucionalismo es una ideología basada en ciertos valores, el juez que decida de forma constitucionalmente adecuada, toma parte de la lucha de la preservación y extensión de esos valores y se convierte en un juez “comprometido” no en un neutro decisor jurídico.

4. La ciencia jurídica.- Desde la perspectiva metodológica y epistémica, el constitucionalismo impulsa una ciencia jurídica comprometida, para lograrlo, el jurista debe valorar y acatar las normas constitucionales en

cuanto existe una obligación moral prima facie que impone su imperio, lo que no exime, cuando se trate de un jurista teórico, de mantener una postura crítica frente al texto y a la realidad constitucional.

A modo de recapitulación tomamos los criterios de M. Carbonell: No hay democracia sin Estado de derecho y hoy el Estado de derecho es sobre todo el Estado constitucional, pero construido con base en un constitucionalismo pospositivista que supera el modelo decimonómico". (Carbonell, 1998, p. 214).

1.5 NEOCONSTITUCIONALISMO

El modelo de Estado, conocido como neoconstitucionalismo, aparece luego de la Segunda Guerra Mundial, inaugurando el constitucionalismo contemporáneo e imprimiendo una evolución significativa en su teoría y práctica; este modelo centra la interpretación del derecho en principios y valores y no sólo en reglas. Su aplicación recae en todos los jueces, y no sólo, en el Tribunal y/o Corte Constitucional. Con fines de caracterización esquemáticamente señalamos, que el paso del Estado de Derecho o Estado Legislativo, al Estado Constitucional de derecho, respecto a los derechos fundamentales, significa:

- 1 La adopción de una "Constitución rígida" que incluye los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad sobre leyes ordinarias (normas inferiores), y la correspondiente garantía de la supremacía constitucional. Aclarativamente, se entiende por "Constitución rígida":

En el Estado Constitucional de Derecho, la irrupción del nuevo constitucionalismo, rompe con la imagen en la que prevalece la voluntad del legislador, pues la afirmación de la rigidez constitucional y de los órganos de la justicia constitucional significa un redimensionamiento sustancial del poder legislativo, al cual, para decirlo mediante una fórmula simplificadora, se le sustrae su

carácter de omnipotencia en cuanto a la producción jurídica. (Rentería, 2006).

2. La instauración de una Constitución de alto contenido normativo que incluye el catálogo de derechos fundamentales y los principios organizativos del Estado, que otorga a la Constitución una fuerza normativa vinculante con los poderes del Estado como normas de aplicación de directa, sin intermediación legislativa;
3. Consideración de los derechos fundamentales como “valores” que determinan todas las decisiones jurisdiccionales y no sólo las de rango constitucional;
4. La inclusión del principio de ponderación para la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales (en general, proposición de la ponderación como forma de solucionar la colisión entre valores).
5. La garantía de la rectoría de los derechos fundamentales no sólo frente a lo público, sino también su extensión a las relaciones entre particulares.

Para Aguilera Portales: “El neoconstitucionalismo en cuanto a sus orígenes, puede ser ubicado desde dos perspectivas; la material y la conceptual”. (Aguilera, 2010, p. 4). La perspectiva material, considera las normas y los Tribunales Constitucionales en los que se materializa: en Alemania, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en el Tribunal Federal Constitucional Alemán (1951); en Italia en la Constitución de 1947 y en la Corte Constitucional de 1956, principalmente.

La perspectiva conceptual -fines del siglo anterior e inicios del presente-, ha sido elaborada por la Escuela Genovesa, a través de los iusjuristas Paolo Comanducci, Riccardo Guastinni, Susana Pozzolo, quienes comenzaron con

los intentos de sistematización de éste nuevo paradigma. De hecho, “[se atribuye el uso del término Neoconstitucionalismo a Susana Pozzolo durante el desarrollo del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, celebrado en 1997”. (Aguilera, 2010, p. 4).

De otro lado, no hay una definición acabada de neoconstitucionalismo, lo que lleva a considerar distintos neoconstitucionalismo(s), como lo señala Miguel Carbonell en su obra “Neoconstitucionalismo(s)”, donde expone el pensamiento de Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Paolo Comanducci, Riccardo Guastinni, Susana Pozzolo, Luis Prieto Sanchís y otros, cuya pormenorización no es objeto de estudio de esta investigación, en líneas gruesas señalamos: Luigi Ferrajoli, sugiere posibles vías de solución del Estado Constitucional e introduce el garantismo; Robert Alexy, expone la relación entre la jurisdicción constitucional alemana y las ideas neoconstitucionalistas en materia de derechos fundamentales; Ricardo Guastini, describe las condiciones de la constitucionalización del ordenamiento del derecho; Luis Prieto Sanchís propone la ponderación judicial; Juan Moreso y los conflictos entre principios constitucionales; Paolo Comanducci, analiza los tipos de neoconstitucionalismo; Susanna Pozzolo la relación entre derecho y moral. No necesariamente existe acuerdo entre ellos, como tampoco existe consenso, en cuanto a su denominación, hay quienes lo denominan constitucionalismo, otros neoconstitucionalismo, o, constitucionalismo contemporáneo y hay quienes como M. Carbonell, usan indistintamente constitucionalismo o neoconstitucionalismo, términos éstos utilizados en los medios jurídicos ecuatorianos.

En nuestro país, la alineación de la Constitución en el neoconstitucionalismo, fue señalado desde la primera publicación de los libros de la “Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad”, realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, como lo declaran tanto el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Gustavo Jalkh Röhens,, como Patricio

Pazmiño Freire, Presidente del Tribunal Constitucional, en la presentación del libro "Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008".

2 CAPÍTULO II. EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIO DE VINCULACIÓN

2.1.1 Teoría de la Vinculación de los Derechos Fundamentales

El constitucionalismo en general y la constitución en particular, surgieron clásicamente con la finalidad de evitar que el poder fuera ejercido de modo tal que interfiriese en la esfera de la autodeterminación individual de las personas. Se habló entonces de la Constitución como límite al poder del Estado; actualmente, esta postura ha sido entendida como reduccionista, pues existe consenso que los derechos fundamentales se irradian también al tráfico jurídico privado.

Sin embargo, este último tema genera discusión académica, especialmente, desde el punto de vista del derecho privado, como señala José Juan Anzures: “arguyendo que si estos nacieron como límites al poder del Estado, concebirlos como vinculantes en las relaciones entre particulares, es desvirtuar por completo su naturaleza jurídica” (Anzures, 2010, p. 5).

Efectivamente, los derechos fundamentales surgieron históricamente como límite al poder público de los Estados nacientes; y no secundariamente, para regular y proteger los derechos de los hombres (ciudadanos), que se insertaba en el Estado Social; pero a consecuencia de la evolución histórica, el poder - económico y social- no sólo lo detenta el Estado, por lo que la eficacia de los derechos fundamentales, se expande entre particulares.

Se ha aceptado a nivel doctrinario, la posición alemana, que rescata el hecho de que las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo

un orden valorativo objetivo; este espíritu recoge la jurisprudencia alemana que reconoce la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, “[...]en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico” (BVerfGE, 39,1, p. 10).

Por tanto, si los derechos fundamentales son límites al poder y, si el poder ha dejado de ser visualizado únicamente como poder público, para ser entendido también como poder privado, es necesario expandir la vigencia de los derechos fundamentales frente al poder privado, es legítimo hablar no sólo de límites de poder sino de límites de poderes; para ello es necesario entender que en el Estado Constitucional de Derecho, la clave constitucional sustantiva, es que los preceptos constitucionales vinculan a todos los poderes públicos de manera general y, con distintos matices, a los particulares. Todos los preceptos constitucionales vinculan a los ciudadanos con los poderes públicos, aunque el grado de vinculación positiva o negativa, sea sustancialmente distinta.

2.1.2 Principio de Vinculación

Es un principio constitucional inspirado en la tradición jurídica alemana (*Verfassungsmäßigkeit*) por el cual todos los poderes públicos y los particulares están sujetos a la Constitución.

Con el fin de apuntalar la eficacia de los derechos fundamentales, el principio de vinculación se encuentra contenido de la siguiente forma en nuestra Constitución:

Art. 426.- “[...] Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”. (Constitución de la República del Ecuador, p. 191).

Esta norma avala el carácter vinculatorio no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos y determina que debe existir ninguna reserva para admitir su eficacia a las relaciones entre particulares.

Respecto al principio de vinculación, Pérez Luño, señala: la Constitución prevé un dispositivo normativo encaminado a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales; a evitar su modificación; así como a velar por la integridad de su sentido y función.” (Pérez, 1978, p. 277)

2.1.3 Vinculación Negativa a los Derechos Fundamentales

Establece el deber constitucional de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, incluidos eventualmente los derechos fundamentales, que afecta tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos.

En consecuencia, se debe destacar que las personas privadas están vinculadas y deben ejercer como destinatarios de los derechos fundamentales de un modo directo en el primero de los sentidos, es decir, solo se les puede exigir una vinculación negativa, de forma que se deben abstener de realizar actos que perjudiquen el contenido y ámbito de protección de los derechos fundamentales.

2.1.4 Vinculación Positiva a los Derechos Fundamentales

Establece una vinculación a los derechos fundamentales que afecta exclusivamente a los poderes públicos y se traduce en un deber general de realizar las funciones de acuerdo con la Constitución y un mandato de desplegar la eficacia de los derechos fundamentales en el sentido de establecer su realización plena. En la Constitución española esta vinculación se establece en el art. 53.1:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos (Constitución Española, 1978)

La vinculación positiva se estructura a partir de un doble análisis:

- **De carácter subjetivo.** A fin de determinar los sujetos afectados, es decir, los poderes públicos y las consecuencias para sus funciones en el ámbito de los derechos fundamentales
- **De carácter objetivo.** Para determinar los efectos que produce materialmente en los derechos fundamentales a partir de la distinción entre derechos de defensa y derechos de prestación y las repercusiones para los sujetos privados afectados por las acciones positivas de protección y dotación de eficacia desarrollada y adoptada por el poder público.

En este tema, Luigi Ferrajoli, habla de la “esfera de lo indecible” para designar “el conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías” (Ferrajoli, L 2007): esta esfera es diseñada por las constituciones rígidas, las cuales sustraen, justamente, a las decisiones de la mayoría la violación de los principios que las componen: estableciendo una indecibilidad absoluta, cuando excluyan la reforma constitucional, o una indecibilidad relativa, cuando prevean, para su modificación, procedimientos más o menos agravados.

Por tanto, la esfera de la indecibilidad se constituye como un componente estructural, de las actuales democracias constitucionales, determinada por los límites y por los vínculos normativos impuestos a todos los poderes públicos, incluso al poder legislativo, por normas positivas de rango constitucional. Esos límites y esos vínculos, son principios jurídicos que están en su interior y han sido elaborados hasta la actualidad y, sobre los que la ciencia jurídica seguirá identificando posteriores límites y vínculos para tutelar nuevos derechos.

2.2 EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN RELACIÓN CON LOS PODERES PÚBLICOS

2.2.1 En Relación con el legislador

El legislador en el Estado Constitucional de Derecho, ya no es omnipotente sino que constituye un poder limitado, no sólo encuentra límites sino que encuentra también vínculos, traduciéndose en dos aspectos, uno negativo relacionado con los límites que el legislador reencuentra en la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria (para proteger los principios y valores inscritos en la Constitución como aspiraciones colectivas); y otro, positivo, relativo a los vínculos que la misma Constitución, en sus principios y valores fundacionales, impone al legislador como tareas a cumplir tales como: delimitar, el legislador desarrolla los derechos, el legislador concreta los derechos fundamentales (pero no los ejecuta). La libertad del legislador es variable, en unos casos queda más cerrada y en otros casos queda más abierta, lo que si debe es respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Por otra parte no hay que olvidar que el legislador debe atender al derecho internacional que para el legislador actúa como estándar mismo. El legislador no sólo debe respetar la Constitución cuando regula derechos fundamentales sino que además debe adaptar su actuación como poder al respeto de los derechos fundamentales.

2.2.2 En Relación con el Poder Judicial

El neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del poder judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales, este nuevo rol que se asigna a los jueces es, una realidad muy positiva, ellos han sido protagonistas y artífices de una

creciente concientización y protección de los derechos humanos en nuestras democracias constitucionales, su rol ha sido fundamental tanto por lo que ellos han hecho a través de sus fallos, como por el estímulo que su actuación significó para los demás poderes de gobierno. En relación con el Poder Judicial: los jueces son los garantes por excelencia de los derechos fundamentales, ellos reconocen, declaran, preservan, restablecen los derechos, establecen medidas cautelares.

Las principales expresiones de la vinculación del juez para manifestar la eficacia de los derechos fundamentales son: interpretar la ley conforme la Constitución y a la doctrina del Tribunal Constitucional aplicándola de forma que maximice la eficacia de los derechos fundamentales.

2.2.3 Relacionado con la Función Ejecutiva

El ejecutivo es el encargado de hacer cumplir los derechos fundamentales, de fomentarlos, y de cumplir las funciones prestacionales que requieren la eficacia y efectividad de los derechos fundamentales, pues se debe descartar que el ejecutivo es el (sujeto pasivo natural) de los derechos fundamentales. El ejecutivo como destinatario natural de los derechos fundamentales está vinculado al respeto a estos derechos, traduciendo este respecto a actuaciones obligatorias de no hacer y en otros casos a hacer.

Esta vinculación tiene consecuencias en la actuación de los poderes públicos, tales como: que los órganos ejecutivos deben adecuar su actuación al respeto de los derechos fundamentales, no existen inmunidades ni privilegios favorables a los poderes públicos, ni existen actos gubernamentales o administrativos libres de control judicial. La vinculación a los derechos fundamentales limita la discrecionalidad de la actuación gubernamental y administrativa, pues, al tener a los derechos fundamentales como directriz, los órganos ejecutivos están condicionados a optar por las decisiones más beneficiosas para la eficacia de los derechos fundamentales y rechazar

aquellas que impongan gravámenes injustificados para los derechos de los ciudadanos.

2.3 EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN RELACIÓN CON LOS PARTICULARES

2.3.1 Antecedentes Históricos

La tesis de la Eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, conocida doctrinariamente como *Drittwirkung*, fue propuesta por Carl Nipperdey y aceptada por el Tribunal Federal de Trabajo de la República Federal Alemana en 1964 e incorporada a la Teoría Constitucional, como propuesta para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad, y para la elaboración del marco teórico que permita alimentar jurídicamente las bases del Estado Social de posguerra, referidas al estudio de casos de discriminación en las relaciones interprivatos, lo que permitió un análisis creciente sobre casuísticas del derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público.

La función con la que surgieron los derechos fundamentales en las declaraciones de derechos y Constituciones de finales del siglo XVIII, obedeció, no sólo a limitar el poder de los Estados nacientes, sino también y principalmente a regular la vida del hombre que ingresaba en el estado de sociedad, la doctrina liberal nació con una doble virtualidad: movida por una desconfianza insuperable hacia el Estado, que lo empuja a una abstención generalizada respecto al ámbito de las relaciones privadas, y otra, que convierte al Estado democrático en el garante y regulador de esas mismas libertades.

2.3.2 Doctrinas de la Eficacia Horizontal en las Relaciones con los Particulares

2.3.2.1 Eficacia Directa o Inmediata

Permite a los individuos, invocar ante los órganos jurisdiccionales encargados de su garantía, la acción directa ante la lesión por parte de otro particular, de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, haciéndolos valer como auténticos derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales sin necesidad de la mediación del legislador en la provisión de una posición jurídico-subjetiva. En este caso, la eficacia directa, es la característica que acompaña a una norma y la vuelve capaz de generar los efectos pretendidos en el mandato. En la eficacia directa, subyace una norma óptima, autosuficiente, completa. En este caso, la norma constitucional es vinculante y eficaz, cuando establece el titular, el contenido y los destinatarios; por lo que no requiere operaciones de concreción normativa por parte de los poderes públicos.

En este tipo de eficacia, la regulación de las relaciones privadas están automáticamente sujetas a las disposiciones constitucionales enfocadas en los derechos fundamentales, por tal razón, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan derechos subjetivos de los ciudadanos oponible tanto a los poderes públicos como a los particulares.

La argumentación de esta posición se encuentran fundamentalmente en el carácter normativo de la Constitución, siendo este instrumento el que articula la forma básica en que se ordena toda la sociedad, y por ende es aplicable por igual a todas las relaciones jurídicas, privadas o públicas; los derechos constitucionales colocan como centro de las relaciones sociales el valor supremo de la dignidad del ser humano siendo este punto en torno al cual gira toda la vida jurídica, y a cuyo respecto están obligados, no sólo los poderes públicos, sino también las personas En definitiva, los derechos constitucionales

serían directamente invocables por su titular como derechos subjetivos, no admitiendo más limitaciones que las que pudieran seguirse de la protección de un derecho constitucional de la otra parte del conflicto, es decir que los derechos de un individuo terminan, cuando comienzan los del otro.

La forma que han encontrado para solucionar los “complejos conflictos de derechos e intereses” que ello supone, es a través de la proposición de criterios sustantivos. A nivel de los derechos fundamentales en la esfera privada, la doctrina señala que el límite a dicha aplicación debe encontrarse en la dignidad humana, posición que es correcta pero a la vez insuficiente para justificar la eficacia directa de derechos constitucionales, este argumento señala que en la necesidad de dar protección y vigencia a la dignidad humana, no prejuzga acerca de cómo establecer esa vigencia, sino que sólo la vuelve necesaria. En conclusión, si bien la teoría de la eficacia directa ha sido convincente al refutar los argumentos esgrimidos para negar eficacia horizontal (directa o indirecta) a los derechos fundamentales, no lo ha sido igualmente en la proposición de razones para una eficacia necesariamente directa. Si bien esta doctrina advierte la necesidad de diferenciar la aplicación vertical y horizontal en atención a la diferente *naturaleza* de la relación, no encuentra otra salida que dejar todo ello entregado a la decisión del juez que conozca del asunto.

2.3.2.2 Eficacia Indirecta, Mediata o Diferida

En este tipo de eficacia, los particulares sólo obtendrían su tutela indirectamente a través de las posiciones jurídico-subjetivas que el legislador les haya atribuido al regular las relaciones privadas, esto como consecuencia del desarrollo por parte de los poderes públicos de la dimensión objetiva de los derechos.

Alternativamente a la eficacia directa y su confianza, se ha optado por entregar la forma de articular la interrelación entre los derechos básicos contenidos en la Constitución y el derecho privado, a los arreglos institucionales que se adopten en un sistema jurídico dado.

Es esa la conclusión que al parecer deriva de la práctica experimentada por la jurisprudencia tanto de los tribunales supremos como de los constitucionales, que han debido pronunciarse en casos en que aparecía la pretensión de horizontalidad de un derecho constitucional, el camino que han seguido la mayoría de estos tribunales para hacer factible la diferencia de posiciones que muestran los derechos fundamentales frente a actos estatales y entre particulares, ha sido reconocer a los derechos fundamentales un valor como principios aplicables en los litigios puramente privados, antes que como derechos subjetivos directamente oponibles. El conflicto sigue siendo una disputa de derecho privado, pero las reglas aplicables a la solución del caso deben ser interpretadas a la luz de las normas iusfundamentales. De algún modo, la posición que favorece la horizontalidad mediata es un híbrido: por un lado, exige intervención o acción estatal para que los derechos fundamentales se apliquen directamente, de otro, permite un grado de horizontalidad debido a la exigencia de construcción del derecho privado conforme a la Constitución, aun cuando sea una disputa puramente entre individuos particulares.

2.3.2.3 Eficacia Directa vs. Eficacia Indirecta

Los distintos partícipes de la discusión acerca de los tipos de eficacia concuerdan en que los resultados prácticos que se siguen de adoptar una u otra posición (horizontalidad directa o indirecta) son menores., también se determino que es una consecuencia de los amplios consensos que se aprecian entre unos y otros. Los horizontalistas indirectos: reconocen que los derechos constitucionales influyen en las disputas privadas penetrando en ellas con rango de principios que tienen consecuencias jurídicas determinantes para la solución al caso.

Por su parte, los que abogan por un efecto horizontal directo, se apresuran a llamar la atención sobre los límites de ese mismo efecto. Así, sostienen, éste solo se aplicará respecto de algunos derechos constitucionales; el grado con que deben actuar variará dependiendo del derecho y del tipo de relación

privada que se trate, pero en todo caso será distinto a la forma en que operan contra las acciones estatales; y por cierto, la naturaleza del conflicto, esto es que se trata de un conflicto de intereses privados en el que ambas se presentan como titulares recíprocos de derechos fundamentales. En otros términos, lo que señalan es que no todos los derechos constitucionales confieren derechos subjetivos cuando se trata de relaciones entre privados y que el contenido de ese derecho (en aquellas hipótesis que se le reconoce como derecho subjetivo) debe determinarse particularmente.

Los motivos que usualmente se invocan para inclinar la balanza a favor de la horizontalidad indirecta o alguna de sus variantes, consiste principalmente en el hecho que la eficacia mediata concilia de mejor modo las inevitables dificultades que cualquier vigencia horizontal de los derechos constitucionales trae consigo. Las razones de la preferencia, entonces, se encuentran en las consecuencias negativas que una aplicación directa de las normas iusfundamentales podrían representar para el derecho privado, su identidad y racionalidades propias y, consecuentemente, para la autonomía privada en tanto principio sustentador de este derecho.

3 CAPÍTULO III. PRINCIPIO DE IGUALDAD

3.1 ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La igualdad es un concepto dinámico, complejo y polémico. Francisco Laporta, señala que la igualdad, “no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y sus límites. Suele ser, más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes” (Laporta, 1985, p. 3). El mismo Laporta se refiere al concepto de igualdad señalando, su “vaguedad innata” (Laporta, F. 1985, Pág. 65), ello unido a las constantes variaciones que ha sufrido en cuanto “ a su acepción, contenido y relevancia social a lo largo de la historia, la multiplicidad de contextos en los que incide, hace que esta labor de concreción se encuentre como inacabada” (Pérez, 1981 pp. 257 y ss).

Desde el nacimiento del Estado constitucional ha figurado como cimiento de dicho modelo de Estado, así lo afirma la Constitución estadounidense de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que tienen como objeto de su ordenamiento jurídico, declarar el principio de igualdad: Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común,

3.1.1 Dimensiones del Principio Constitucional de Igualdad

El principio Constitucional de igualdad se estructura sistemáticamente en torno a tres dimensiones:

- a) **Dimensión liberal**, conlleva la idea de igualdad en la aplicación y en la creación del Derecho. Se ha vuelto clásica en la teoría el criterio de Alexi, al señalar que el Tribunal Constitucional Federal:

Interpretó el principio de igualdad no sólo como mandato de igualdad en la aplicación del derecho sino también de la igualdad en la formulación del derecho. La primera exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y en ningún caso que no caiga bajo él. La segunda, exige que todos sean tratados igual por el legislador. (Alexi, 1993, p. 382).

Por tanto, las leyes deben ser aplicadas sin mirar a las personas, en el entendido que toda diferenciación normativa de trato no puede carecer de una justificación razonable apoyada en criterios objetivos y constitucionalmente relevantes;

b) Dimensión democrática, rescata el derecho de todos los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en el ejercicio del poder político y el acceso a las funciones y cargos públicos;

c) Dimensión social, cumple la función de eliminar las desigualdades de hecho (políticas, económicas, culturales, sociales) para conseguir la igualdad real y efectiva de individuos y de grupos (Rey, F. 1995, p. 42).

En estas dimensiones de la igualdad subyace la prohibición de discriminación: en la liberal, porque propicia la creación razonable y la aplicación no arbitraria del derecho; en la democrática, porque impide a ciertas minorías o grupos sociales desventajados quedar aislados y sin voz; en la social, porque exige la adopción de ciertas medidas positivas.

3.1.2 Presupuestos del Principio de Igualdad

Para el tratadista Bidart Campos (Bidart, 1998, p. 530), la igualdad elemental, es aquella que asegura a todos los hombres los mismos derechos requiere tres presupuestos de base:

- a) Que el Estado remueva los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico, que limitan la libertad y la igualdad de todos los hombres.
- b) Que mediante esa remoción advenga un orden social y económico justo, que iguale las posibilidades de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad.
- c) Que a consecuencia de ello, se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones por parte de todos los hombres y sectores sociales.

3.1.3 Modalidades Jurídicas del Principio de Igualdad

El ordenamiento jurídico contemporáneo -a nivel nacional e internacional-, recoge de diferente forma el principio de igualdad y aunque muchas de esas modalidades constaban en los primeros textos del constitucionalismo moderno y se han mantenido hasta la actualidad, otras han sido recientemente incorporadas. Entre los principales tipos de normas jurídicas que contienen mandatos de la igualdad encontramos:

- a. Principio de igualdad en sentido estricto, ya sea como valor o como principio.-** Como valor la igualdad, tiene una historicidad que arranca del constitucionalismo clásico que postulaba como principios fundamentales la libertad y la igualdad, conforme a la ideología liberal que le dio origen y sistemáticamente, lo ha consagrado bajo la influencia de la democracia. Actualmente, constituciones como la española, lo declara en su normativa: artículo 1:

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. (Constitución Española, 1978)

Como se sabe la Constitución de España, forma parte de las constituciones europeas, de corte constitucionalista.

Como principio, la igualdad, es una metanorma, un principio cuyo sentido y función es metanormativo respecto de las normas de la sociedad, por lo que se lo concibe como un mensaje prescriptivo dirigido a todas las normas, como una exigencia genérica frente a la estructura, contenido y efectos de esas normas sociales. Por tanto, la igualdad es un principio, no la descripción de una realidad; es un concepto normativo, no descriptivo, que no se ocupa de "cómo son las cosas, sino cómo "deberían ser".

b. Mandato de no discriminación.- Es una variable del principio general de igualdad, que recoge una lista de criterios considerados sospechosos de violar ese principio cuando son utilizados por algún mecanismo jurídico, como una ley, una sentencia o un contrato. Estas normas de alcance internacional, lo encontramos en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. (Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1948)

Nuestra Constitución lo establece en forma extensiva, como veremos posteriormente en el capítulo IV. Artículo 11.

c. Igualdad entre el hombre y la mujer.- Desde las primeras décadas el siglo XX ha sido el escenario público de reivindicaciones por la igualdad entre el hombre y la mujer. Señala Teresa Pérez: “el de igualdad es un derecho complementario de todos los demás calificables como fundamentales que deben ser ejercitables por todos los ciudadanos en condiciones de igualdad” (Pérez, 2004, p. 2).

El principio de igualdad formal, consta en nuestra Constitución, en el artículo 11.2:

Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. (Constitución de la República del Ecuador, p. 27).

Y en su acepción esencial o real en el artículo 11.3

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. (Constitución de la República del Ecuador, pp. 27-28).

La evolución jurídica del principio de igualdad, es el paso de la igualdad formal al de igualdad sustancial, la que enriquece el Derecho, al incluir conceptos jurídicos fundamentales como los de discriminación indirecta y

el de acción positiva, este último incluido con rango constitucional, Como lo establece el Artículo 66.4

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. (Constitución de la República del Ecuador, p. 90).

Si bien el Ecuador, reconoce y garantizará a las personas, el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, en la práctica, la discriminación entre el hombre y la mujer subsiste; la discriminación racial constituye una brecha todavía profunda; entre otras, de ahí que la lucha por la igualdad motive la introducción de políticas públicas.

3.1.4 Igualdad ante la Ley

“La igualdad ante la ley” es el principio más antiguo del constitucionalismo moderno, lo encontramos ya inserto en la Constitución francesa de 1791, como también a su equivalente: “La ley es igual para todos”. La lectura crítica de este principio refleja la indiferenciación legal clasificatoria entre las personas, porque “la igualdad” se dirigía específicamente a los ciudadanos franceses y no a la población en general; sin embargo, este principio tuvo una trascendencia histórica de ruptura con la sociedad estamental, e instauró la ausencia de privilegios, la eficacia erga omnes y la generalidad de la ley en su aplicación, convirtiéndose en el inicio formal de someter al conjunto de ciudadanos a un mismo e igual ordenamiento jurídico. En este contexto para Karla Pérez, la igualdad ante la ley constituyó, “La implantación de un sistema regulador de carácter igualitario que marca así el paso del privilegio al derecho.”(Pérez, 2005, p. 48).

Retrospectivamente, dos materializaciones históricas trajo este principio: 1). La igualdad de la capacidad jurídica de todos los ciudadanos, al abolirse los privilegios de nacimiento; y, 2). La generalidad de la ley.

3.1.5 Igualdad en la Aplicación de la Ley

El principio de igualdad se formaliza con la aplicación de la ley, acto en el que se proyecta no sólo el contenido de la norma, sino también la configuración normativa, por lo que debe aplicarse por igual a quienes se encuentran en la misma situación, independientemente de las particulares condiciones personales o sociales de sus destinatarios. El principio de igualdad en la aplicación de la ley, determina que el juzgador o el operador del derecho interprete y aplique la ley de manera efectivamente semejante.

Para Bilbao Ubillos y Rey Martínez “No caben las decisiones *ad personam* (sólo pueden tenerse en cuenta los criterios de diferenciación entre personas o situaciones contenidos en la propia norma)”. (Bilbao, et.al., 2003, p. 114); y, Kelsen, afirma: “[...] lo que se denomina igualdad ante la ley no significa otra cosa sino la aplicación correcta cualquiera que sea el contenido de esa ley, incluso si la ley prescribe no un trato igual sino diferente.” (Kelsen, 1966, p. 88).

3.2 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

3.2.1 Los Mandatos Derivados del Principio de Igualdad

Señala John Rawls, que: “El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada” (Rawls, J. 1995, p.80) y por tanto, de todo Estado Constitucional. Este principio, atribuye al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos.

A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos:

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas;

2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común;
3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y,
4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).

Estos cuatro mandatos tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se define el principio de igualdad.

Aplicar estos mandatos exigen definir si las similitudes de las situaciones de los individuos afectados deben prevalecer frente a las diferencias, y justifican un trato paritario, o si ocurre lo contrario.

3.3 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

3.3.1 Antecedentes Contextuales de la Proporcionalidad

Señala Luis Prieto Sanchis, que el Derecho actual, puede sintetizarse en dos palabras: Constitucionalismo de principios. La referencia alude a la caracterización del constitucionalismo: valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario, omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución.

Al desarrollar el principio de proporcionalidad, es conveniente ubicar la naturaleza de los derechos fundamentales como principios, puesto que actúa

sobre ellos; desde la teoría constitucionalista, los principios superan la concepción de las reglas propias del positivismo. Para Alexy: “Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con sus posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy, 1993, p. 14). El antecedente, permite comprender los principios como “mandatos de optimización”, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y, porque la medida ordenadora de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

La vinculación entre los derechos como “mandatos de optimización” y como “normas”, determina la relación entre derecho y moral. Alexy advierte esta clara relación en los principios constitucionales: dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de derecho y Estado social. Pese a sus divergencias, los neoconstitucionalistas, guardan en común la identificación entre principios y valores; ello se torna evidente en Peces Barba, quien se refiere a los “valores superiores” para referirse, al conjunto de principios que fueron colectados en la Constitución española de 1978; “el significado jurídico de los valores superiores supone necesariamente su incorporación a normas” (Peces Barba, 1984, p. 36).

3.3.2 Criterios de Distinción entre Reglas y Principios

- a) La cualidad “todo o nada” que se predica de las reglas, frente al “peso” o importancia relativa de los principios: si una regla es aplicable, resuelve el caso y, si no resuelve el caso, es que no resulta en modo alguno aplicable; en cambio, los principios nos ofrecen pautas u orientaciones no concluyentes, que deben conjugarse con otras normas o principios.
- b) El carácter cerrado de las reglas y abierto de los principios: en las reglas podemos conocer *a priori* los casos en que procede su aplicación y, por

tanto, también sus excepciones, lo que resulta imposible en presencia de un principio.

- c) La idea de que las reglas sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible: “mientras que el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, toda-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa desde lo menos a los más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno...”.
- d) Finalmente, la tesis según la cual el conflicto entre reglas se resuelve o bien mediante la declaración de invalidez de una de ellas, o bien concibiendo a una como excepción de la otra, mientras que un conflicto entre principios requiere ponderación, esto es, supone el triunfo de uno de ellos, pero sólo para el caso concreto.

3.4 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La Constitución del Ecuador, con el fin de garantizar los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacional de derechos humanos y de la naturaleza y para garantizar la eficacia de la supremacía constitucional, ha determinado la interpretación de las normas constitucionales, a través de métodos y de reglas, entre las cuales se hallan, el principio de proporcionalidad y la ponderación, entre otros.

3.4.1 Sobre las Antinomias

La antinomia es una contradicción normativa, que se encuentra dentro de un sistema jurídico determinado cuando se atribuyen consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, “Cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente.” (Prieto, 2008, p. 85). Se

presentan concretamente, cuando una norma prohíbe lo que otra manda, o cuando permite no hacer lo que otra ordena, etc.; en este caso el destinatario del derecho, no puede cumplir al mismo tiempo lo establecido en dos normas: si cumple la obligación vulnera una prohibición o, si ejerce un derecho o un permiso incurre en un ilícito.

En el Ecuador las antinomias constan en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art. 3.1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.2009, p. 4)

De hecho, las antinomias se encuentran en todas las constituciones, debido a que las normas contenidas en el derecho positivo se construyen a lo largo del tiempo, con intereses e ideologías diversas. De acuerdo a la doctrina, los criterios utilizados para resolver las antinomias son: el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial. Atendiendo a su generalidad, Prieto Sanchís lo grafica de la siguiente forma:

- La antinomia entre N1 y N2 siempre habrá de resolverse del mismo modo a la luz de cada criterio:
- Si N1 es superior a N2, deberá siempre preferirse N1;
- Si N2 es posterior, será N2 la que deba imponerse.

Este procedimiento se aplica al tratar de resolver conflictos entre normas, eliminando así la indeterminación que supondría no saber cuál debe aplicarse en un caso particular.

3.4.2 Antinomias en Abstracto, Internas o Propias del Discurso de Validez

Se presentan en las normas cuyos presupuestos de hecho se contraponen conceptualmente, ocasionando una incompatibilidad segura en cualquier caso de concurrencia. Ejemplo, en Ecuador la presencia de una norma que legitima el derecho a la huelga y otra que prohíbe la paralización de los servicios públicos. Este tipo de conflictos antinómicos, llamadas en abstracto, no necesitan que se presente un caso concreto, para tener la certeza anticipada de que una de las leyes contradictorias o es inválida o constituye una regla general “que siempre debe ceder ante la presentación de la circunstancia de excepción”. (Baquerizo, 2009, p. 23): en el ejemplo señalado, la autorización legal para paralizar el trabajo mediante la huelga tendría siempre como excepción o regla especial, la prestación de un servicio público. La doctrina señala que este tipo de antinomias se presentan preferentemente en las normas jurídicas conocidas como reglas, debido a la configuración cerrada y completa de los supuestos de hecho que las caracteriza.

3.4.3 Antinomias Contingentes o en Concreto o, Antinomias Externas o Propias del Discurso de Aplicación

Son las que no reflejan abstractamente ninguna incompatibilidad, por lo que no permiten conocer por adelantado los presupuestos de aplicación, impidiendo por tanto detectar una regla segura para la solución de la antinomia. Por ejemplo, la coexistencia entre una ley que imponga la obligación de cumplir con las promesas y de otra que prescriba ayudar al prójimo en caso de necesidad. Las dos normas son válidas y en principio, coherentes, pero eventualmente puedan entrar en conflicto, porque: “ni es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión, ni tampoco establecer criterios firmes para otorgar el triunfo a una u otra” (Prieto, L. 2005, p. 144). En consecuencia, sólo cuando en un caso particular y concreto, concurren dichas normas se podrá advertir la contradicción; conforme a las circunstancias; en estos casos, se aplicará una

de las normas, previa una justificación razonable y proporcional. La solución no siempre será igual en un caso distinto.

3.4.4 Antecedentes del Principio de Proporcionalidad

La proporcionalidad se reconoce ya en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, que señalaba que la ley no debía establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias. Posteriormente el penalista italiano Beccaria, se refirió a la proporcionalidad en el orden punitivo en su obra de los “Delitos y de las Penas”, en el que mencionaba que la “pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil”.

Actualmente, el principio de proporcionalidad es un instrumento de control al poder discrecional de la administración pública. Tiene su origen en Alemania, adquiriendo estatus de principio constitucional, a partir de las primeras sentencias del Tribunal Alemán. Por ello, la proporcionalidad, desde mediados del siglo pasado, es la herramienta cada vez más utilizada en diversas áreas del derecho para solucionar los conflictos que se presentan en casos concretos que vinculan derechos constitucionalmente protegidos, sobre los cuales concurren varias soluciones posibles, aunque naturalmente, sólo puede elegirse una por la estructura misma de los principios.

En el Ecuador el principio de proporcionalidad consta en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 3.2 Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la

restricción constitucional. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, p. 4)

3.4.5 Concepto de Proporcionalidad

La proporcionalidad es el principio constitucional mediante el cual la intervención pública ha de ser la apropiada para alcanzar la finalidad perseguida, debido a que la proporcionalidad, es el principio menos restrictivo en la esfera de libertad de los ciudadanos y la menos intervencionista; por ello, proporcional en sentido estricto, significa la medida más equilibrada, o beneficiosa para el interés general cuando existe conflictos sobre los derechos y libertades. De acuerdo a la doctrina constitucional el principio de proporcionalidad, cumple una función interpretativa determinante del contenido de los derechos fundamentales.

3.4.6 Significado y Contenido de la Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad suele estudiarse desde dos vertientes, el amplio y el estricto, aunque generalmente el sentido estricto pero este último se encuentra recogido dentro del primero. Por tanto, la proporcionalidad en sentido amplio engloba tres exigencias:

1. La exigencia de adecuación a fin: implica que bien el juez o el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena optima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.
2. La exigencia de necesidad de pena: si se impone una pena innecesaria se comete una injusticia grave, para que la pena sea necesaria tiene que darse tres requisitos: (los últimos dos dirigidas sobre todo al legislador, al juez solo en la medida en que tiene que individualizar)

- a. La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima: es decir, la sanción que se imponga ha de ser la menos grave posible de las que tengamos a disposición.
 - b. La exigencia de fragmentariedad: lo que significa que al legislador penal no le compete castigar todos los delitos sino sólo aquellos que vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección penal y que solo se recurre al Derecho Penal frente a los ataques más graves e intolerables.
 - c. La exigencia de subsidiariedad: quiere decir que el Derecho Penal solo ha de intervenir de manera residual, cuando se demuestre que el resto de mecanismos del orden jurídico han fracasado en la tutela de un bien jurídico agredido. En primera instancia nunca debe intervenir el Derecho Penal, sólo en última ratio.
3. La proporcionalidad en sentido estricto: exige al juez la realización del juicio de ponderación o valoración para juzgar la carga o gravedad de la pena (la que tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger, etc.) y el fin que se persigue con esa pena.

3.4.7 Subprincipios de la Proporcionalidad

3.4.7.1 Idoneidad

El subprincipio de idoneidad o de adecuación, señala que la intervención que se realice sobre los derechos fundamentales, para obtener un fin constitucional legítimo, debe ser adecuada. Por tanto, para que exista la restricción de un derecho fundamental, debe haber un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que la limitación del derecho debe ser adecuada al fin que lo justifica. Este principio es una adecuación medio-fin, en donde un medio es adecuado cuando con su implementación favorece el resultado que se persigue.

Respecto a la legitimidad del fin que fundamenta la intervención en un derecho fundamental, Bernal Pulido señala:

El primer aspecto del análisis de idoneidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales consiste en verificar si el fin que el parlamento pretende favorecer, puede ser considerado legítimo desde el punto de vista constitucional. Este primer elemento es un presupuesto del segundo. Únicamente si se ha establecido de antemano que la finalidad persigue la intervención legislativa, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde la perspectiva de la Constitución, podrá enjuiciarse si la medida adoptada por el legislador resulta idónea para contribuir a su realización. (Bernal, 2007, p. 19).

Para comprobar la utilidad o idoneidad de una medida restrictiva de un derecho, habrá que verificar, si ésta es apta para la consecución del fin que se persigue; por tanto, lo primero que se comprobará es si la medida enjuiciada supera el oportuno juicio de adecuación, en otras palabras si la relación medio-fin resulta adecuada e idónea.

3.4.7.2 Necesidad

El subprincipio de necesidad o de indispensabilidad, exige que no exista otra medida limitadora que sea de igual efectividad pero de menor incidencia en el derecho fundamental afectado. Verificada la adecuada existencia de relación medio-fin este análisis deberá recaer sobre la necesidad de la medida enjuiciada, para lo cual se debe examinar si la intervención pública es indispensable, por no existir un instrumento más moderno para su consecución. Siempre se debe optar por el medio que implique una menor restricción en la esfera jurídica de los afectados, esto es, que no se imponga un perjuicio innecesario al existir otra alternativa menos grave para satisfacer igual objetivo. Este subprincipio exige que la medida legislativa que limite un derecho fundamental, sea indispensable para satisfacer el fin al que se intenta oponer,

y, tiene que ser: “1.- La menos grave para el derecho que afecta entre las muchas opciones idóneas para alcanzar el fin; 2.- Que no existan opciones que satisfagan el fin perseguido; o. que las opciones que existen afecten en menor grado el derecho intervenido” (Sánchez, 2005, p. 45). Respecto al poder judicial, la función del juez es proteger y optimizar la eficacia de los derechos fundamentales y analizar si la medida que los limita los afecta de manera innecesaria debido a la existencia de otra alternativa menos grave y más favorable.

3.4.7.3 Proporcionalidad en Sentido Estricto

Superadas las fases de idoneidad y necesidad, corresponde determinar si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios generados por la limitación de un derecho para la protección de otro bien, o derecho constitucionalmente protegido, para lograrlo se debe valorar los intereses contrapuestos y las circunstancias de cada caso.

Estos subprincipios se aplican de forma conjunta y escalonada, estructurando un rumbo argumentativo que aplicadas lexicográficamente, orientan el control de constitucionalidad de las actuaciones del poder público que inciden en la órbita de los derechos fundamentales.

3.5 PONDERACIÓN

3.5.1 Concepto y Naturaleza de la Ponderación

Para Bernal, la ponderación consistente “En sopesar dos principios que entran en colisión en un caso en concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso” (Bernal, 2004, p. 19).

La ponderación representa el mecanismo para resolver una incompatibilidad entre normas prima facie, pero no garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos en razón de su jerarquía, como tampoco garantiza que resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos, ni las posibles incompatibilidades entre las normas prima facie en conflicto. Hay que advertir que ponderación debe entenderse como una estructura que no permite establecer una relación absoluta, sino una relación condicionada entre los principios, en este sentido, la ponderación orienta la decisión judicial, de acuerdo a las circunstancias del caso. “Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.” (Prieto, 2005, p. 99.) como método actúa para resolver problemas entre principios del mismo valor o jerarquía, señala Alexy que la ponderación se afianza en la siguiente regla constitutiva: “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 de otro” (Alexy, 1993, p. 161).

En la misma línea se pronuncia Pietro Sanchís: “A mi juicio, la virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos”. (Prieto, 2000, pp.157 ss.)

La ponderación actúa, “cuando se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás” (Ollero, 2000, pp. 157 ss.).

En el Ecuador la ponderación consta en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 3.3 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. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2009, p. 4)

3.5.2 Estructura de la Ponderación

Señala la teoría que la ponderación, es la estructura jurídica que permite establecer una “relación condicionada” entre los principios, de acuerdo a las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial; se trata de establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, observando los tres elementos que conforman su estructura, a saber: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación.

3.5.3 Elementos de la Ponderación

3.5.3.1 Ley de la Ponderación

Enunciado. “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” (Alexy, 1993, p. 161). Esta ley exige tres pasos en su aplicación:

Primer paso.- Es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.

Segundo paso.- Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

Tercer paso.- Debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Hay que observar, que el primero y el segundo paso son análogos, en ellos se establece la importancia de los principios en colisión. Alexy sostiene que en ambos puede alcanzarse la conmensurabilidad mediante la referencia a una escala tríadica, en la que las intensidades “leve”, “moderada” y “grave” especifican el grado de importancia de los principios en colisión.

El establecimiento de la escala tríadica, impone la presencia de tres variables:

1. La importancia de los principios en colisión.
2. El “peso abstracto” de los principios, representada por una fórmula matemática usada por los operadores judiciales, puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos.

Los Tribunales Constitucionales y/o Cortes Constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana.

3. La variable *S*, se refiere a la certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. La variable *S* se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada

principio en la ponderación. Ahora bien, le pregunta es: ¿cómo puede articularse la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios, a fin de obtener un resultado concreto en la ponderación? De acuerdo con Alexy, “la fórmula del peso es la respuesta.”

3.5.3.2 La Fórmula del Peso

Contiene el peso concreto de los principios que se va a ponderar, mediante la matematización de los principios.

3.5.3.3 La Carga de la Argumentación

Esta carga opera cuando el resultado de la aplicación de la fórmula del peso es un empate, es decir, cuando el peso concreto de los principios en colisión es idéntico. Robert Alexy propone argumentos que fundamentan una carga de argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica. Por ejemplo, considera que el principio “in dubio pro libertate”, expresaría el significado de esta carga de argumentación. (Alexy, 1993, p. 549).

De acuerdo con este principio, ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer, sin que se invoquen a su favor “razones más fuertes”. En otras palabras, los empates deben favorecer a la libertad y a la igualdad jurídica. En todo caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la ley debe considerarse como “no desproporcionada”, y por tanto debe ser declarada constitucional, porque los empates no juegan a favor de la libertad y de la igualdad jurídica, sino a favor de la democracia. (Alexy R. 1993, Pág. 161). Desde el punto de vista del principio democrático, esta segunda carga de argumentación parece más apropiada que la primera.

3.6 JUICIO DE IGUALDAD

La investigación realizada en la Corte Nacional para el período de transición, determinó que en nuestro país, no existen fallos en los que se aplique el juicio de igualdad.

Sin embargo, la doctrina recoge las consideraciones a seguir para la aplicación del juicio de igualdad.

Una de las reglas de derecho que se deduce del texto del tratamiento de supuestos iguales; determina que situaciones diferentes requieren un tratamiento diverso. Esto puede parecer simple, pero la práctica demuestra que no es así.

Si solo es posible establecer una diferenciación ante supuestos de hecho diferentes, el primer paso es determinar cuándo se presenta esta diversidad en los supuestos, lo cual de hecho ofrece un amplio rango de posibilidades dadas las características tanto de los seres humanos, como de sus fenómenos sociales. La diferencia debe tener el carácter de relevante y, esta se determina en razón de las consecuencias jurídicas que se generan: un beneficio para unos y un perjuicio para otros. Esta modificación en el disfrute de los derechos que en condiciones normales (no existencia de diferenciación) correspondería a todos por igual debe ir dirigida a cumplir un objetivo que revista un carácter superior, acorde con la Carta Política.

El establecimiento de una diferencia jurídicamente relevante debe ir dirigido hacia un propósito y este debe ser valorado desde dos perspectivas:

1. Es tal que pueda oponerse a otros propósitos igualmente presentes en la Constitución Política (o que por lo menos se pueden extraer de ella).
2. Los mecanismos escogidos están directamente encaminados a cumplir con el propósito, es decir son idóneos.

Finalmente debemos detenernos sobre su resultado: el tratamiento diferenciado supone una modificación en el universo jurídico del cual se derivan unos efectos favorables para unos y desfavorables para otros. Ello exige que aquellos se produzcan con el menor efecto sobre estos, porque resultaría contrario a la justicia que sea mayor el perjuicio causado por una decisión que el beneficio que con ella se pretende alcanzar, a pesar de no ser injusta la decisión en si misma considerada.

Es este el proceso que debe seguir el juez de constitucionalidad para establecer si una norma jurídica o acto determinados que acoge una diferenciación y le otorga una consecuencia jurídica, se ajusta o no a la Constitución.

3.6.1 Aproximaciones al Test de Razonabilidad

En sentencias de igualdad se efectúa el siguiente proceso: se deja sentada la regla de la igualdad en el trato, cuando existan unos mismos supuestos de hecho; sin embargo, se puede diferenciar en el trato sobre la base de los diversos supuestos de hecho, siempre y cuando el tratamiento diferente este “razonablemente justificado”; acto seguido se establece la existencia o no de esa razonable justificación para el caso estudiado, sin dar pautas que precisas (aplicables a otros casos) para saber cuándo se presenta aquella, y mucho menos determinando un método para la realización de esta tarea.

En una primera parte se refiere a la norma constitucional que recoge el principio de igualdad para concretarla en unas reglas derecho que le permitan decidir el caso y finalmente presenta una solución sobre la base de la existencia de razones concretas, pero sin seguir unos pasos que conduzcan a esa solución:

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así

el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente formación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado”

3.6.2 Requisitos que debe Cumplir la Diferenciación para que sea Razonable y Justificada

- La **primera** condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible es la desigualdad de los supuestos de hecho. La comparación de las situaciones de hecho, y la determinación de si son o no idénticas, se convierte, así, en el criterio hermenéutico básico para concluir si el trato diferente es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación admisible”.
- La **segunda** condición es la finalidad. Debe existir conformidad con la normativa de igualdad Constitucional, es decir, una justificación objetiva y razonable si el trato diferenciador que se otorga es completamente gratuito y no persigue una finalidad que ha de ser concreta y no abstracta”.
- La **tercera** condición es que la diferenciación debe reunir el requisito de la razonabilidad. No basta con que se persiga una finalidad cualquiera: ha de ser una finalidad constitucionalmente admisible o, dicho con otras palabras, razonable. Ello implica que la diferenciación deba ser determinada no desde la perspectiva de la óptima realización de los valores constitucionales –decisión política de oportunidad-, sino de la perspectiva de lo constitucionalmente legítimo o admisible”.
- La **cuarta** condición es que la diferenciación constitucionalmente admisible y no atentatoria al derecho a la igualdad goce de racionalidad.

Esta calidad, muy distinta de la razonabilidad, consiste en la adecuación del medio a los fines perseguidos, esto es, consiste en que exista una conexión efectiva entre el trato diferente que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue.”

Se han señalado los cuatro pasos que sigue el Test de Razonabilidad en el Juicio de Igualdad, en el que paso corresponde a un requisito que debe cumplir la norma o la actuación, según se juzgue una u otra, para no ser constitutiva de discriminación; si alguno de ellos falla se produce la declaratoria de inexecutable. Este test sí planteado puede ser aplicado a cualquier juicio de igualdad, facilitando la tarea del juez constitucional.

3.6.3 El Test de Razonabilidad

1. La vinculación entre los supuestos de hecho diferentes y el "patrón de la igualdad", debe ser tal, que el trato diferenciado se encuentre justificado. Para lograr este propósito la doctrina internacional ha señalado los siguientes aspectos constitutivos de la justificación.

1. Diferencia de los supuestos de hecho.
2. Presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia de trato.
3. Validez constitucional del sentido (fin) propuesto
4. Eficacia de la relación entre hechos, norma y fin.
5. Proporcionalidad de la relación de eficacia.

3.6.4 Naturaleza del Test de Razonabilidad

1. Este test tiene la ventaja de mostrar la complejidad del juicio hermenéutico, al separar elementos que usualmente quedan confundidos en una perspectiva general. Sin embargo, esta perspectiva es víctima del defecto contrario al que desea evitar: la falta de unidad. En efecto, al considerar que cada uno de los cinco pasos representa una variable

autónoma, se tiene la impresión de un análisis puramente lógico y mecánico que desconoce el verdadero problema de ponderación que está en juego y que no es otro que el de la interpretación razonable.”

2. De los pasos previstos en el "test", el primero, referido a los hechos distintos, más que un elemento de análisis es un dato, comprobable empíricamente (desigualdad de los supuestos de hecho). Los dos siguientes puntos pueden ser reunidos en un sólo estudio normativo referido al fin (finalidad) válido (razonabilidad) como justificación de la decisión que introduce la diferencia. La eficacia de la relación entre el medio normativo y el fin o valor constitucional (racionalidad), así como la adecuación (proporcionalidad) pueden unirse en un solo momento, que es sin duda, el punto decisivo y de mayor complejidad.
3. De acuerdo con esto, la lógica predominante en el examen de la igualdad es la de la razonabilidad, fundada en la ponderación y el peso de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos.
4. El carácter normativo de todos los enunciados constitucionales y el principio de la efectividad de los derechos, imponen, hoy más que nunca, este tipo de razonamiento. Si la Carta de derechos demanda del juez constitucional decisiones en derecho que sean a la vez justas, en las cuales los valores y principios esenciales del ordenamiento encuentren realización, forzoso es entonces concluir que los procedimientos formales de validez no siempre serán el camino para el descubrimiento de la solución ideal. Dicho en otros términos, la primacía constitucional de los postulados axiológicos fundamentales, condiciona el seguimiento de los criterios positivos de validez normativa al respeto de los valores y principios”.

3.7 JUICIO DE PONDERACIÓN

Corte Constitucional para el período de transición. Caso No.005-2008-AN

Detalle de la Demanda

Identificación de la Norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe cuyo cumplimiento se demanda.

Los hechos

Esta demanda es interpuesta por supuesta violación a los derechos de los discapacitados, en la cual se vulneran los artículos 35, 47.4 y 47.10 de la Constitución de la República, sobre los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; y, el artículo 11.2 del mismo cuerpo legal, sobre el principio de igualdad y no discriminación, por el presunto incumplimiento a la afectación de otros instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Los demandados son el Procurador General del Estado, a Corporación Aduanera Ecuatoriana.

Consideraciones de la Corte Constitucional

Activada la acción por incumplimiento, la Corte revisa varios instrumentos jurídicos, entre ellos, el dictamen emitido por el Procurador General del Estado y la Ley orgánica de Aduanas. Analizado el presunto incumplimiento, en que incurre el Procurador, se determina que la pretensión de los accionantes, se relaciona a la inconstitucionalidad del dictamen del Procurador y no al incumplimiento de norma alguna. De acuerdo al principio de interpretación sistemática de la Constitución, dicho acto no pudo ser objeto de revisión por vía acción por incumplimiento; por lo tanto se señala, que ha quedado en esta sentencia que a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, como en

efecto es la acción por incumplimiento, el juez constitucional está facultado para revisar el fondo del asunto. Finalmente se señala que en virtud a la regla de interpretación constitucional *iura novit curia*, el juez constitucional puede sustentar su fallo en alegaciones no esgrimidas o fundamentadas por las partes.

Por tal razón en base al análisis de fondo de la controversia y por atribución contenida en el numeral 3 del artículo 436 de la Constitución, la Corte no puede dejar de referirse al dictamen emitido por el Procurador General del Estado y otras normas inmersas en el caso.

“El señor Procurador, mediante una interpretación jerárquica, restringió el ejercicio de los derechos inherentes a los grupos vulnerables, hoy de atención prioritaria, reconocidos en los artículos 11 numeral 2, y 47 numeral 4 de la Constitución de la República, y desarrollados en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades.”

En este contexto:

Compete al Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición, a partir de la ponderación de los derechos, sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específica y, por tanto cuál de ellos determina la solución para el caso concreto.“(Caso No. 0005-2008-AN) Y continúa: El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera:

Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2008, p. 15)

Para ello, es necesario, en primer término definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Posteriormente, en un segundo momento, se definirá 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. De las variables contenidas en la fórmula de Alexy,

La segunda variable es el llamado llamada *peso abstracto de los principios relevantes*, que presupone una jerarquización de los derechos, no obstante el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República, señala expresamente, (...) El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y e igual jerarquía. Por consiguiente la variable del peso abstracto no es aplicable al caso ecuatoriano y debe ser suprimida de la fórmula del peso.

La sentencia

1. Negar la acción por incumplimiento en contra del señor Procurador General del Estado.
2. Conceder la acción por incumplimiento contra el señor Gerente General de la Corporación Aduanera.
3. En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República, se declara la inconstitucionalidad por el fondo del dictamen emitido por el señor Procurador General del Estado, declarando su expulsión del ordenamiento jurídico.
4. En ejercicio de la atribución prevista en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República, se resuelve mediante inconstitucionalidad reductora, la expulsión del ordenamiento jurídico de la palabra

constitucionales, que consta en el artículo 3 literal e) y artículo 13 de la Ley orgánica de la Procuraduría General del Estado.

4 CAPÍTULO IV. ACCIONES AFIRMATIVAS

4.1 ANTECEDENTES DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Desde la vertiente histórica-jurídica, el antecedente genético de la acción afirmativa, se sitúa en la constitución del Estado liberal moderno anclado en el emblemático “*liberté, égalité, fraternité*”, que a la luz del principio de legalidad, consagró en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el derecho a la igualdad. Posteriormente la estructura jurídica-política, del Estado liberal se extendió como modelo de Estado casi universal, en el que el principio de igualdad, constituyó un instrumento jurídico para eliminar las inequidades existentes.

Parecería de esta manera, que el derecho de igualdad se consagraba como norma constitucional de obligada aplicación para todas las naciones democráticas, sin embargo, aún en el siglo XXI, y pese a la existencia de la discriminación de jure, ésta subsiste de facto con efectos deshumanizantes. Subyaciendo en el principio de igualdad se encuentra el de no discriminación, también con rango constitucional, por ser elemento constitutivo de éste principio. En consecuencia, el derecho a la igualdad y el de prohibición de discriminación constituyen derechos fundamentales consagrados desde las primeras cartas de los derechos del siglo XVIII, con creciente expansión a nivel internacional.

4.2 DISCRIMINACIÓN

4.2.1 Antecedentes de la Discriminación

La adopción de paradigmas constitucionales cada vez más innovadores y propositivos, ha obligado a revisar los fundamentos del derecho, para replantear los saberes y las prácticas clásicas; en esta línea, la concepción integrada de las normas ha permitido que los sistemas jurídicos, rebasen las

reglas y se apalanquen en los principios, que al ser incluidos en las Constituciones contemporáneas, actúan como derechos fundamentales.

En el tema que nos ocupa, es imprescindible insertar un breve marco que ubique la acción afirmativa o positiva en sus antecedentes jurídicos constitutivos, a la luz del objetivo que persigue: superar el fenómeno de la discriminación.

Clásicamente, la igualdad se establece como un sistema de justicia: justicia es igualdad. Este criterio de igualdad, como principio de justicia, se ha enseñoreado constitucionalmente: “Todos somos iguales a la ley”.

La igualdad necesariamente implica una relación comparativa e impone un patrón de comparación, en este caso, resulta oportuno rescatar el criterio de Barrere Unzueta: “quién es igual a quién y en qué.” (Barrère, 1997); la cita alude al criterio de la autora, “todo juicio de igualdad de trato requiere de un acto de decisión, en el que se seleccione quiénes y qué datos van a considerarse relevantes en orden a la emisión del juicio comparativo de igualdad”.

Como gráficamente señala L Ferrajoli: “Igualdad, es término normativo: no quiere decir que los diferentes, deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla, sino que es necesario observarla y sancionarla”. (Ferrajoli, 2010, p. 79); como complemento a este aserto, Ferrajoli acota: “[...] Diferencia, es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas hay diferencia, que la identidad de cada persona está dada, precisamente por sus diferencias, y que son sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”. (Ferrajoli, 2010, p. 79).

4.2.2 Qué es Discriminación

Para su correcta comprensión, es necesario delimitarla a efecto de evitar confusiones usuales: se califica un acto como discriminatorio, cuando se produce una acción que lesiona o rompe la igualdad, tanto si se produce en el trato de individuos pertenecientes a un mismo grupo de estatus o poder (intragrupal), como si se produce en el trato de individuos pertenecientes a grupos en los cuales las diferencias son visibles (intergrupal). Como se observa al utilizar el término discriminación se debe observar las diferencias cualitativas; esta diferencia permitirá al Derecho construir nuevas modalidades en el amplio espectro de la discriminación y a enfocar asertivamente la llamada discriminación positiva o inversa que actualmente se aplica a individuos que no pertenecen a un grupo subordinado; hasta el momento la falta de discriminación entre fenómenos diversos, provocan equívocos y/o inconsistencias flagrantes.

En la misma línea, la palabra discriminación se usa indistintamente, para calificar una simple diferenciación (entre), o, para calificar una diferenciación injusta y arbitraria (contra). No es igual si se discrimina “entre” que si se discrimina “contra”. La falta de distinción, afecta al sistema jurídico –político, debido a la falta de precisión de significados; cuando se discrimina en “contra” se trata de eliminar no sólo situaciones injustas, sino desigualdades estructurales. Es necesario discriminar en la aplicación de la discriminación positiva o discriminación inversa.

Con el fin de superar este problema real, relevante y pertinente, Victoria Iturralde, propone “Hacer de la discriminación un término técnico jurídico” (Iturralde V. 1989, Pág. 13), la propuesta apunta a replantear el significado neutral o de simple diferenciación que comporta la discriminación, para convertirse en un significado peyorativo que represente a la de diferenciación injusta. Romper paradigmas y usos lingüísticos propios de la cultura jurídica hegemónica, constituye una responsabilidad y un reto.

4.3 ACCIÓN AFIRMATIVA

4.3.1 En el Derecho Americano

La Affirmative Action o “acción positiva” -como se ha traducido al español, pertenece al sistema jurídico norteamericano, país ligado a la discriminación racial desde su constitución como nación. Nace a mediados del siglo pasado y consiste en la adopción de medidas especiales de carácter temporal para enfrentar la discriminación.

Históricamente, la acción afirmativa es la respuesta instrumental a posturas reivindicativas concebidas para conseguir instaurar derechos civiles, como medios legales para enfrentar el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido los grupos minoritarios, entre otros, la comunidad negra y las mujeres, quienes exigen la intervención pública para acabar con esa situación y remediar sus efectos. En forma muy somera señalamos que el punto de partida de la formación de la Acción positiva en el ordenamiento jurídico norteamericano, a criterio de Ma. Ángeles Barrère, sitúa el fundamento doctrinal de la acción afirmativa en la teoría del *disparate impact*, de origen judicial. “[...]Las empresas, en orden a evitar el "impacto adverso", adoptaron programas de contratación destinados a lograr el equilibrio racial entre trabajadores y trabajadoras y adoptaron acciones afirmativas en forma de cuotas para subsanar situaciones de discriminación ilícita.” (Barrère, 1997, p. 13).

En este orden, la autora en mención, nos remite a los siguientes casos emblemáticos:

1. *United Papermakers and Paperworkers v. United States*. Se ponía en cuestión el sistema de ascenso por antigüedad y sus efectos sobre los trabajadores y trabajadoras de color. (397 U.S.919. 1970).

Fallo: Para mantenerse dentro de los parámetros marcados por la equidad, el Tribunal establece el abandono progresivo del sistema de antigüedad existente que tendía a perpetuar la desigualdad, y exige el compromiso por parte de la empresa de emplear criterios no discriminatorios en los futuros nombramientos.

2. *Regents of the University of California v. Bakke*, se resuelve la reclamación de un estudiante blanco que, habiendo superado las pruebas de acceso a la universidad, se le deniega la plaza en la Facultad de Medicina en beneficio de un miembro, con menor cualificación, de alguna minoría para los que se reservaba la cuota del 16%. (438 U.S. 265 1978).

Fallo: Se llega finalmente a una solución de compromiso: Bakke obtiene la plaza, pero los programas especiales se siguen considerando lícitos siempre que sean más flexibles, que estén basados en argumentos varios, y no impongan "cuotas raciales".

A principios de los 80, durante la Administración Reagan, se intenta reforzar la política anticuota del Título VII. Sin embargo, Tribunal Supremo adoptará después una serie de decisiones que contribuirán a la consolidación definitiva de la acción positiva, incluso en su modalidad de cuotas y trato preferente.

3. *Johnson v. Transportation Agency* por el que se cuestiona la promoción de una candidata mujer que, habiendo quedado en un puesto ligeramente inferior a un candidato hombre, es seleccionada al amparo de un plan de acción positiva (no de cuotas) que buscaba aumentar la representación de las mujeres en determinadas áreas. (480 U.S. 616 1987).

Señala Barrère Unzueta: "Es el primer y único caso en el que el Tribunal Supremo estadounidense se ha pronunciado acerca de un caso de acción afirmativa en favor de las mujeres." (Barrère, 1997, p.18). Este caso contempló, justificada la consideración del factor sexo, dado el profundo

desequilibrio existente entre ambos colectivos, y la necesidad de alentar a las mujeres a ocupar puestos no tradicionales.

El caso mencionado, influyó en la política de igualdad de Europa; sin embargo, en Estados Unidos, a partir de esta sentencia se produjo un proceso involutivo, en los programas gubernamentales de acción positiva que desembocó en su práctica desaparición.

Desde la perspectiva doctrinaria, el desenvolvimiento histórico de las acciones afirmativas, alude el fallo de la Suprema Corte Norteamericana, en el caso *Griggs vs. Duke Power Co.*(1971), que acogióse al Título VII de la Ley de Derechos Civiles, que prohibía no sólo las prácticas que tenían un motivo de discriminación sino también las prácticas que fueran adoptadas sin intención de discriminación pero que tenían un efecto de discriminación en las mujeres y en las minorías en general. Esta sentencia enriqueció la teoría “Por ser el inicio de una figura legal denominada “impacto dispar” o “efecto adverso” (González, 2005, p. 316); por el cual, si el demandante alega el impacto de una práctica aplicada a un grupo protegido, el demandado debe presentar como prueba que el uso de dicha práctica es justificado.

Las doctrinas norteamericanas “Disparate Treatment” y “Disparate Impact” fueron acogidas en la cultura jurídica europea, como “Discriminación Directa” y “Discriminación Indirecta”, respectivamente. Además es común atenerse a la clasificación de la discriminación en deliberada (discriminación directa) e inconsciente (discriminación indirecta), la diferencia se encuentra en la carga de la prueba sobre la intencionalidad o no de la discriminación.

4.3.2 La Acción Positiva en la Normativa Europea

Acción positiva es la expresión utilizada en Europa, para referirse a la acción afirmativa. “El origen de la acción positiva en los Estados Unidos está

vinculado a la discriminación racial debido a las particularidades sociopolíticas de aquel país, pero cuando el concepto se importa a Europa no será la minoría negra sino las mujeres el objeto fundamental de la misma". (Barrère, M, 1997, p. 18).

Las primeras normativas sobre acciones positivas que actúan en Europa, se producen en los años setenta, "por derivación de las normativas Nacionales y de su interpretación por la jurisprudencia constitucional" (De las Rosas, Verónica, s.a.)

4.3.2.1 La Sentencia Kalanke

La Sentencia Kalanke, de 17 de octubre de 1995 fue la primera Sentencia en la que el Tribunal de Justicia (TJCE) interpretó la Directiva 76/207 -sobre igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo-, concretamente el artículo 2 en sus apartados 1 y 4, en relación con un régimen de cuotas establecido en favor de las mujeres. El litigio tuvo lugar entre el Sr. Kalanke y la ciudad de Bremen (Alemania).

El Litigio.- En Bremen, la ley relativa a la igualdad de trato entre sexos en la función pública establecía que en la selección (para el ingreso y para promocionar en un determinado puesto) tendrían preferencia las mujeres con igual capacitación que los hombres, en el caso de que se encuentran infrarrepresentadas en dicho sector (puede decirse que las mujeres están infrarrepresentadas cuando no cubren al menos la mitad de los puestos).

Los Hechos.- En la ciudad de Bremen, se llevó a cabo una selección para cubrir un puesto de promoción de jefe de sección en el servicio de parques y jardines. En la ciudad de Bremen, se llevó a cabo una selección para cubrir un puesto de promoción de jefe de sección en el servicio de parques y jardines. En el proceso de selección se clasificaron dos candidatos que cumplían el perfil del puesto requerido: el Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann.

En un primer momento se propuso el ascenso del Sr. Kalanke pero el Comité de conciliación consideró que ambos candidatos tenían idéntica capacitación y que, por lo tanto, debía darse preferencia a la Sra. Glissmann. El Sr. Kalanke alegó que: 1. Poseía una capacitación superior (ingeniero superior de jardines y paisajes y ejercía las funciones de adjunto permanente de jefe de sección desde 1973). 2. El régimen de cuotas establecido por la Ley del Estado de Bremen era contrario a la Ley Fundamental que establece el principio de igualdad entre las personas- y al artículo 611 apartado a), del Código Civil Alemán que establece la prohibición de discriminación.

La demanda se desestimó. El órgano encargado de resolver el recurso de casación consideró que la legalidad de la resolución estaba en función de la aplicabilidad de aquella Ley del Estado de Bremen. Por ello, dando por probada la igualdad de méritos de ambos candidatos y el hecho de la infrarrepresentación de las mujeres en el sector, planteó prejudicialmente al TJCE que precisara el contenido del art. 2.4 de la Directiva 76/207, excepción al principio de la igualdad de trato. El Tribunal de Justicia entendió que el juez nacional preguntaba si las disposiciones de derecho comunitario se enfrentan a la normativa nacional de Bremen, normativa que, daba preferencia a las mujeres en los sectores en que se encontraban infrarrepresentadas en caso de igual capacitación.

Interpretación de la Comisión Europea

La Sentencia Kalanke ha sido muy controvertida. Después del impacto que produjo, la Comisión Europea se esforzó por presentarla de forma favorable a los programas de acción positiva que se estaban poniendo en práctica. De hecho, envió una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre cómo debía interpretarse la Sentencia: “El Tribunal sólo condena los regímenes de cuotas *de tipo rígido* que se aplican *automáticamente* (como el de Bremen) y no aquellos sistemas que permiten tomar en cuenta circunstancias particulares y que, por tanto, son compatibles con la Directiva.” (Rofes y Pujol, 1997, p. 53).

Para la doctrina de la Comunidad Europea, el Caso Kalanke, condena las medidas de acción afirmativa que conceden una prioridad absoluta e incondicionada a las mujeres, a través de las denominadas cuotas rígidas, aunque por la falta de claridad de la misma podía interpretarse también que no permitía ningún tipo de cuota.

Lo consignado aporta –por su contenido- una exposición gráfica de la acción afirmativa en el derecho y en la jurisprudencia europea. Recordando que la acción positiva, fue “importada” a Europa e implantada bajo una clara influencia del derecho antidiscriminatorio norteamericano; determinó a juicio de J. García Añón, -cuya cita se transcribe in extenso-:

1. La falta de elaboraciones conceptuales **precisas**. Un ejemplo de ello es la utilización de conceptos importados como los de "cuotas rígidas" y "cuotas flexibles".
2. La creación de conceptos y una terminología por parte de la doctrina y la jurisprudencia, sin conexión con las normas nacionales o europeas, ni con las decisiones jurisprudenciales nacionales o europeas. Por ejemplo, la denominada "cláusula de apertura".
3. Falta de elaboraciones conceptuales **fundadas** o que utilizan una fundamentación reductiva. Por ejemplo, que reducen su fundamentación a un modelo, el neoliberal.” (Añón, 1999).

En esta línea, Ma. Barrère recuerda: “La terminología norteamericana "*affirmative action*" es una apócope de "*affirmative action policy*". Por otra parte la expresión sinónima "acción positiva" procede de la británica "*positive action*". (Barrère, 1997, p. 44. ss). Es claro que la traducción usada, no corresponde literalmente al original. La misma autora advierte: “Si se quiere que el Derecho antidiscriminatorio sirva como instrumento de justicia grupal necesita una profunda revisión que ha de partir de su propia base o definición” (Barrère, p. 7).

4.4 EL CONCEPTO DE ACCIÓN AFIRMATIVA

No hay acuerdo en cuanto a su concepto, por ser una noción en proceso de construcción, todavía polémica en su contenido y en sus efectos. La falta de univocidad se debe a la proliferación de colectivos que reivindican situaciones sociales diversas. Sin fines definatorios, pero aclarativos, señalamos:

- 1 “[...] Acciones afirmativas son estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades, por medio de medidas que compensen o corrijan las discriminaciones resultantes de prácticas o sistemas sociales. Tienen carácter temporal, están justificadas por la existencia de la discriminación secular contra grupos de personas y resultan de la voluntad política de superarla” (Suplecy, 2002, p. 27).
- 2 “El establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios (Casa, p. A-5)

Esta definición contiene los elementos esenciales que caracterizan a la acción positiva: temporalidad; consecución de la igualdad en la práctica mediante la paridad de oportunidades, y corrección de prácticas histórico- sociales.

A criterio de Fernando Martínez Rey: “Una definición clara y concisa de los términos que se emplean en esta materia es una tarea indispensable debido a que no existe un acuerdo general sobre ellos”. (Rey, 1995, p. 17).

Sin embargo, al hilo conductor de la acción afirmativa, ésta se concibe como estrategia jurídica privilegiada de aplicación en casos de intolerancia extrema; como medida reivindicatoria de protección de las garantías individuales y, como vía para diseñar políticas de apoyo que beneficien a grupos desprotegidos o vulnerables.

La inclusión de políticas de protección preferencial concebidas desde la igualdad esencial, material o de hecho permite la identificación de grupos discriminados para la ejecución de medidas concretas encaminadas hacia la real igualdad de oportunidades, construidas diferenciadamente para generar igualdad con beneficio común.

Como se ha manifestado, en países con niveles crónicos de discriminación un trato igualitario a través del principio de igualdad resulta limitado porque no todas las personas han tenido las mismas posibilidades de desarrollo humano, especialmente a nivel de educación, adiestramiento o capacitación laboral, lo que los coloca de partida, en una posición de desigualdad laboral y de género.

La acción positiva va más allá de la prohibición de discriminación a la luz del principio de igualdad como garantía constitucional, porque formula una obligación por parte del Estado y del sector privado, de actuar, de proteger, de promover y compensar a los grupos vulnerables discriminados ancestralmente.

Sin embargo su desarrollo no ha seguido las perspectivas que la originó, así señala Nuria González: “Habría que decir que a pesar de los esfuerzos realizados hay un falta de regulación legal de la acción positiva a diferencia de la discriminación indirecta” (González, 2005, p. 307).

4.4.1 Fundamento Doctrinal de la Acción Afirmativa

Señalamos que la aplicación de la Affirmative Action en la jurisprudencia norteamericana dio inicio a dos teorías importantes: Disparate Treatment y Disparate Impact, las que Europa recogió como Discriminación Directa y Discriminación Indirecta respectivamente.

Discriminación Directa: Se basa en la concepción de igualdad como “igualdad de trato”. Como prohibición a la discriminación intencional.

Discriminación Indirecta: Se refiere a la igualdad como “igualdad de oportunidades”; se aplica en las consecuencias discriminatorias que determinadas prácticas pueden tener, en este caso, el demandante no tiene que probar la intención del demandado.

Discriminación Inversa

Se entiende por discriminación inversa el reconocimiento normativo, tanto estatal como internacional, de medidas que suponen un trato desigual favorable para aquellas personas que sufren una situación de discriminación por razones económicas o de nacionalidad; de raza, o de sexo o de insuficiencia física.

Son acciones que consisten en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados para acceder, en procesos selectivos, a bienes escasos de la sociedad, como puestos de trabajo, listas electorales, etc.

La garantía de la discriminación inversa pone de relieve la aspiración de lograr una igualdad real para individuos y grupos sociales, superando el concepto negativo, de igualdad formal. En la discriminación inversa hay que distinguir entre objetivos y cuotas:

Discriminación inversa por objetivos: consiste en fijarse metas flexibles no numéricas; por lo que la consideración de la pertenencia a un grupo estigmatizado representa un factor más en el proceso de selección, pero no el único factor a tener en cuenta.

Discriminación inversa por cuotas: Consiste en establecer un porcentaje determinado de cuotas para determinados grupos; cuotas que hay que cubrir sin reparar suficientemente en otros factores. Para Alfonso Ruiz: “La verdadera acción positiva se hace con cuotas porque los objetivos son indicativos y no obligan realmente a adoptar medidas de acción positiva” (Ruiz, 1994, p. 81).

4.5 ACCIONES POSITIVAS EN EL DERECHO ECUATORIANO

El análisis de la discriminación en la actual Constitución de Ecuador, Artículo 11.2 determina la inclusión de esta figura jurídica en forma extensa y altamente incluyente.

Art. 11.2 Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. (...) Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (Constitución de la República del Ecuador, p. 27)

El reconocimiento del principio de igualdad permite la exposición pomenorizada de las actuales causas de discriminación; siendo por su detallada exposición una de las Cartas Constitucionales más abarcativas e incluyentes del constitucionalismo actual.

Acciones Positivas

La inclusión de la “igualdad real”, llamada también sustancial, material o efectiva, señala el grado de evolución alcanzado en nuestra Constitución, misma que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden alcanzar la igualdad en los hechos, obligando el uso de medidas de acción positiva para obtenerla.

Art. 11.2 El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. (Constitución de la República del Ecuador, p. 27)

La Constitución ecuatoriana determina la adopción de medidas de acción positiva con enfoque de género, en el Artículo 65. por el cual el Estado utiliza la discriminación inversa para asegurar a las mujeres, cuotas participativas de naturaleza socio-política. En cuanto a la participación de “sectores discriminados”, éstos se incluyen en la misma normativa.

Art. 65 El Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respetará su participación alternada y secuencial. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados. (Constitución de la República del Ecuador, p. 49).

El derecho de “igualdad de oportunidades”, en el campo laboral, que ha sido la histórica punta de lanza de reivindicaciones de grupos sociales organizados con enfoque de género, la Constitución lo recoge en el artículo 331:

Art. 331 El Estado garantizara a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptaran todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo. (Constitución de la República del Ecuador, p. 154).

Las acciones afirmativas, para su ejecución necesitan de políticas públicas y de planes de acción, la Constitución las declara en el artículo 70.

Art. 70 El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público. (Constitución de la República del Ecuador, p. 54).

De conformidad con su carácter garantista del cumplimiento irrestricto de los derechos, la Constitución anuncia en el artículo 156, la creación de Consejos Nacionales de Igualdad.

Art. 156 Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno. (Constitución de la República del Ecuador. p. 92).

En la práctica los Consejos nacionales para la igualdad es la cristalización de la certeza experiencial que la igualdad formal o de jure no garantiza la igualdad real, por el freno que constituyen los condicionamientos culturales y las dinámicas históricas de exclusión que deben ser enfrentadas a través de programas y políticas de Estado.

No debemos perder de vista que la promoción de igualdad de oportunidades, así como la disposición legal de entrada de las mujeres y otras minorías al campo laboral no significa per se la superación de obstáculos y barreras discriminatorias, pues, la inclusión está en relación directa con las capacidades

formativas y profesionales que difícilmente pueden presentar quienes son víctimas de profundas desventajas sociales.

La Constitución de Ecuador, rechaza cualquier jerarquía entre los derechos, por lo cual abandona las dinámicas que han justificado la preeminencia de unos derechos sobre otros. Por lo que en caso de conflicto entre derechos, deberá procederse a una ponderación de los intereses en juego, ponderación que deberá atender al grado de afectación de tales intereses, “Valorando la posición de mayor o menor vulnerabilidad que ocupe cada sujeto y en función, también, de consideraciones de tipo objetivo, esto es, que trasciendan la dimensión meramente subjetiva de los derechos para atender a necesidades sociales y del sistema de derechos en su conjunto.” (Wilhelmi, 2008, p. 28)

Entre los instrumentos legales para determinar conflictos o colisiones entre derechos, encontramos el juicio de igualdad.

CONCLUSIONES

- A partir del mandato ciudadano de 2008, la Constitución que nos rige ha dado paso a un nuevo modelo de Estado, el que somete a todos los poderes públicos y privados a la Constitución.

La rectoría jurídica de los derechos fundamentales se encuentra positivada en un catálogo que contiene la conexión de nuestra Constitución con el derecho internacional, correspondiendo a los derechos la máxima jerarquía constitucional como garantía para juzgar la validez de las normas inferiores. De esta forma, los derechos fundamentales se han constituido en el fin del Estado.

El actual estatus jurídico de los derechos fundamentales, ha revolucionado el derecho a nivel mundial; en nuestro medio para la mayoría de los profesionales del derecho en sus distintos ámbitos, el cambio de paradigma constitucional constituyó un desfase con sus concepciones y prácticas cotidianas. Consideramos necesario impulsar el estudio de este tema, a través de actividades académicas en sus diferentes técnicas de exposición (debate, mesa redonda, panel, etc.), pues la presente investigación no cuenta con mayores referencias ecuatorianas, porque la producción nacional es escasa e incipiente.

- En el orden de los derechos, los poderes públicos deben propiciar y acatar las decisiones más beneficiosas para la eficacia de los derechos y rechazar aquellas que impongan gravámenes injustificados a las personas, esta vinculación impone al gobierno y a la administración pública, justificar los límites que imponen los derechos.

El control de la aplicación de los derechos de parte de los poderes públicos, debe ser objeto de vigilancia y control de parte de la sociedad

civil organizada, a objeto de lograr el funcionamiento del modelo constitucional vigente.

- Por mandato constitucional, el principio de proporcionalidad debe ser parte de la labor judicial que ejerce el juez constitucional, para evitar conflictos o colisiones entre derechos, pues la Constitución vigente es garantista y en ella los derechos actúan como normas, como principios y como límites al poder.

La Corte Constitucional para el período de transición, aplica el principio de proporcionalidad en sus fallos, adecuando la fórmula de ponderación a la Constitución, lo que determina la contextualización de la doctrina y los métodos jurídicos a nuestra realidad.

- Los derechos de igualdad constitucionalizados trascienden la igualdad formal para fundamentar la igualdad sustancial, por la cual los poderes públicos deben remover los obstáculos que impiden el logro de los derechos.

De acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional, no se han presentado casos de colisión de derechos de igualdad, por lo que no se ha aplicado el Juicio de Igualdad en nuestro medio.

- De conformidad con la nueva Constitución, se establecen medidas de acción positiva, para lograr la igualdad sustantiva y el acceso a la igualdad de oportunidades a favor de titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Las acciones positivas, se encuentran en proceso de refinamiento doctrinario a nivel mundial, debido a la falta de unidad conceptual sobre los diversos tipos de acciones positivas; nuestro país se incluye en esta realidad tornándose como problema emergente y pertinente a ser estudiado por las ciencias jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- AGUILERA, Enrique, Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales. Editorial Porrúa, México, 2010.
- ALEXY, Robert, Derecho y razón práctica. México, Fontamara, 1993.
- ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- AÑÓN, María, Derechos fundamentales y Estado constitucional, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 40. Valencia, España, 2002.
- ÁVILA, Ramiro, Retos de una nueva institucionalidad estatal, en Neoconstitucionalismo y Sociedad. V&M Gráficas, Quito, 2008.
- BARRERE, María, Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres. Madrid, Civitas, 1997.
- BARRERE, María, Igualdad y Discriminación positiva: Un esbozo de análisis teórico-conceptual. Universidad del País Vasco/EHU, España. 2000.
- BERNAL, Carlos, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2007.
- BERNAL, Carlos, La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. en Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho, Tecno. España, 2004.
- BIDART, Germán, Manual de la Constitución reformada, tomo I. Ediar Buenos Aires, 1998.
- BILBAO, Juan, El principio de Igualdad en la jurisprudencia española, Miguel Carbonell (Compilador). Primera edición, 2003 México.
- CASTRO, Erika, Historia, conceptos y estructura de los derechos sociales, económicos y culturales. Ariel, Colombia, 2007.
- FERNÁNDEZ, Antonio, Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural. Editorial Universitas, Madrid, 1999.

- FERRAJOLI, Luigi, Derechos fundamentales, en Los fundamentos de los derechos fundamentales. Trotta, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías, La Ley del más débil. Trotta, S.A. Madrid, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, Garantías”, Jueces para la democracia. Madrid, 2002.
- ITURRALDE, Victoria, Lenguaje Legal y sistema jurídico. Tecno, Madrid, 1989.
- JELLENICK, George, Declaración del Hombre y del Ciudadano, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- KELSEN, Hans, Justicia y derecho natural, Crítica del derecho natural. Taurus, Madrid, 1966.
- PÉREZ, Teresa, Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género. Universidad de Cádiz, España, 2004.
- PÉREZ, Antonio, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 9a ed. Tecnos, España, 2005.
- PÉREZ, Antonio, El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales. Anuario de derechos Humanos, 1981.
- PÉREZ, Antonio, El proceso de positivación de los derechos fundamentales. Tecnos, Madrid, 2010.
- PÉREZ, Antonio, La tercera generación de derechos humanos. Navarra: Aranzandi. 2006.
- PÉREZ, Antonio, Los derechos fundamentales. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ, Karla, Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas, Universidad Nacional Autónoma de México, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, México, 2005.
- PESCES, Gregorio, Los valores superiores. Tecnos, Madrid 1984.
- PRIETO, Luis, Constitucionalismo y positivismo. Fontamara, México, 1997.
- PRIETO, Luis, Apuntes de teoría del Derecho”, Editorial Trotta, primera edición, Madrid, 2005.
- RAWLS, John, Teoría de la justicia, Fondo de cultura económica. Madrid, 1995.

- REY, , Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Mac Graw Hill, Madrid, 1995.
- RUIZ, Alfonso, Discriminación Inversa e Igualdad. Editorial Pablo Iglesias.Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ, Rubén, El Principio de Proporcionalidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.
- DE LAS ROSAS, Verónica, El itinerario Jurídico de las acciones positivas a la luz del derecho comparad. Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, s.a.
- WIHELMI, Marco, Derechos: enunciación y principios de aplicación, en Desafíos Constitucionales, La Constitución del 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad. Imprenta: V&M Gráficas, Ecuador, 2008.

Revistas:

- ANZURES José, 2010, Núm. 22. enero-junio, La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales. En Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 112-118.
- BARRERE, M. 2001, N° 60. Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus Igualdad de Oportunidades, en Revista Vasca de Administración Pública. 47- 59.
- FERRAJOLI, Luigi. 2007, número 001, año/vol. 6), Ponencia presentada en el Fórum Universal de las Culturas, celebrado en la ciudad de Monterrey, México, el 31 de octubre de 2007. La Esfera de lo Indecible y la División de Poderes, Estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile.
- LAPORTA, F. 2005. (número 67), El principio de igualdad: introducción a su análisis” en Sistema, Madrid. 25-32.
- OLLERO, A. (2000, N° 3) “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, en Pensamiento y Cultura, Bogotá. 87-99.
- GARCÍA A. (1998, Año 18. Núm. 54. Septiembre-Diciembre). Constitucionalismo y Positivismos, Revista Española de Derecho Constitucional. 366-380.

- ROFES, I., Pujol, M. (1997, No. 21, enero-marzo.), El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y sus excepciones, en Revista Jurídica del Notariado, EMAKUNDE/Instituto Vasco de la Mujer España,
- CARBONELL, M. (1998, Nº 8, abril), Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luis Prieto Sanchis, 207-214.
- RENTERÍA. A. (número 006, año/vol.3, agosto-diciembre), Constitución y Democracia, ¿Vínculos y Límites?, en Confines, Instituto tecnológico de Estudios Superior de Monterrey, Monterrey, México, pp.11-26.

Cuerpos Normativos:

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, en Registro Oficial No. 449 de lunes, 20 de octubre (2008).
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978
- LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. 2009.

Documentos de Internet:

- ÁVILA, Ramiro. Constitucionalismo Ecuatoriano. Breve caracterización de la Constitución de 2008. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México
- CARBONELL, Miguel. (1998, Nº 8), Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luis Prieto Sanchis, en Isonomía, pp., 207-214. www.europeana.eu/portal/record/90901/4A91416276EA820FA11440A0268E2FFT6ED355C8.html.
- GARCÍA, José. El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. núm. 2-1999 en <http://www.uv.es/CEFD/2/garcia.html>.
- VALADÉZ, Diego El Estado Social de Derecho, www.bibliografíajurídica.org/libros/2/994/7.pdf

ANEXOS

ANEXO 1



Dra. Berenice Pólit

DERECHO DE IGUALDAD

Uno de los pilares principales de los derechos humanos es el principio de igualdad. Su desarrollo en la Doctrina es amplio y los trabajos que desean definirlo ambiciosos. A continuación expongo unas breves consideraciones sobre este derecho y dos de las principales herramientas sugeridas para su valoración: el test de razonabilidad y la fórmula del peso de Alexy, conceptos imprescindibles en el acervo intelectual del abogado contemporáneo.

2. Ideas básicas sobre la igualdad.

La igualdad es un principio fundamental del Derecho, que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene categoría de norma de *jus cogens*. La Doctrina sostiene que existen varios tipos de igualdad:

1. Igualdad ante la ley o igualdad formal, según la cual todos los ciudadanos deben recibir una aplicación directa de la Ley, sin distinción alguna, pues ella es una norma universal (igual para todas las personas, aplicable a todas ellas y no dirigida hacia una persona determinada) y abstracta (ya que no se dirige a una situación determinada, sino a todas las que encajen en el supuesto de hecho preestablecido en su texto).

Esta igualdad no sólo comprende un límite a la actuación del Poder Judicial sino también uno para el Legislativo y la Administración Pública, por lo cual, se habla que la igualdad ante la ley comprende: la igualdad en la ley y en la aplicación de la Ley. La primera se refiere al trato dado en la ley, es decir, que el legislador no puede establecer distinciones arbitrarias e irracionales

entre situaciones de hecho si estas no existen o si, existiendo, no son suficientemente relevantes para el Derecho desde el punto de vista de la razón; y, la igualdad en la aplicación de la ley considera que un mismo órgano no puede modificar el sentido de sus propios precedentes (irrazonablemente, sin dar una justificación racional y suficiente, sin fundamentarla), en casos iguales en los hechos;

2. *Igualdad en derechos*, que implica el goce igual de los derechos humanos;

3. *Igualdad de oportunidades*, que busca ubicar a los miembros de la sociedad en posiciones iguales para que compitan y conquisten los valores vitales más significativos; e,

4. *Igualdad social, económica, sustancial o material*, que parte del principio de que todos los individuos deben tener “iguales posibilidades de gozar de los mismos derechos y libertades”, por lo que ha de igualarse las “condiciones materiales de existencia” que impidan o dificulten la propiedad de esos derechos; las personas deben ser, por lo tanto, compensadas o igualadas por el Estado.

La idea de igualdad supone siempre tomar en cuenta dos conceptos relacionados con ella: la diferenciación y la discriminación. El primero debido a que, en muchos casos, el derecho a la igualdad sólo se logra mediante el trato diferente o desigual, por lo que, varios autores consideran pertinente hablar de la “*igualdad como diferenciación*” y el mismo Aristóteles la concebía como el “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”, ya que la pretendida igualación homogénea, propia de las ideas liberales, es una quimera. Es decir, muchas veces se debe establecer una diferencia jurídica para equilibrar una diferencia fáctica, ya que la igualdad no es un hecho de la realidad, pues no somos iguales por pertenecer a la especie humana, sino que precisamente eso nos hace diversos, por lo cual “la igualdad debe ser vista como un objetivo y no como un hecho real y concreto”.

Lo anterior no implica que para lograr la igualdad se pueda hacer todo tipo de diferenciaciones, porque ella no admite que se tomen diferenciaciones injustificadas y no razonables en su nombre, ya que, en tal supuesto, nos encontraríamos frente a una discriminación.

3.El deber del Estado frente al derecho a la igualdad y la diferenciación adecuada en pro de la igualdad.

Los "...Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales...", por lo que, "Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental".

Frente al derecho a la igualdad los Estados pueden optar por establecer jurídicamente ciertas distinciones entre las personas, ya que "Es sabido que la igualdad reconociendo la diversidad de los seres humanos acepta y propicia determinadas distinciones siempre que tiendan a fortalecer, no a impedir, el goce y el ejercicio de todos los derechos". Esto nos plantea un problema fundamental: ¿qué tipo de diferenciación es apta para suscitar la igualdad?

Sólo una diferenciación jurídicamente proporcionada, razonada y adecuada logrará el establecimiento del derecho a la igualdad. Es justo, por lo tanto, que los Estados "...coloquen a los individuos desiguales en capacidad de afectar igualmente a la sociedad. En otras palabras, la igualdad sólo puede medirse por el efecto igual a producir en una situación igual entre desiguales". El impacto de la diferenciación jurídica deberá dejar de tal manera a los individuos, que sus acciones en la sociedad tengan la misma calidad o fuerza, pues el fin de la igualdad es la armonía y el equilibrio entre los hombres.

Las desigualdades jurídicas que se tomen para equilibrar una desigualdad fáctica deben ser optadas y consideradas desde la idea de la justicia distributiva, es decir, tomando en cuenta las posibilidades y capacidades de cada individuo para dar a ciertas personas un estatus favorable o un privilegio que les permita tener la misma capacidad que sus desiguales en el acceso a un derecho o el goce del mismo. De esta forma, se debe dar un tratamiento desigual tomando como medida las características propias del individuo en relación con los demás, de tal manera que todos tengan un tratamiento justo (equilibrado y armonioso), que es el fin propio de toda desigualdad jurídica impuesta por el Estado; todo lo que sobrepasa ese fin o crea un tratamiento desequilibrado (no proporcional con esas consideraciones) provoca un privilegio para unos y un desmedro para otros.

Como ya quedó establecido, la igualdad no supone un trato idéntico frente a todas las circunstancias, sino que, en muchas ocasiones, exige una diferenciación que debe cumplir con ciertas características para no ser discriminatoria.

Sobre las características exigidas para que el trato desigual de una norma (diferencia jurídica) en pro de la igualdad no torne en discriminación y efectivamente equilibre una desigualdad entre las personas (diferencia fáctica), la Corte Interamericana ha considerado que éste debe perseguir un fin legítimo y basarse en diferencias objetivas relevantes, es decir, propender a la igualdad y fundarse en supuestos de hecho evidentes y no formales que justifiquen el trato distinto; expresar una fundamentada conexión entre esas diferencias fácticas que desea equilibrar y los objetivos de la norma, es decir relación de causa a efecto que se desea eliminar; ser necesaria y no simplemente conveniente y útil; ser proporcionada con respecto a la diferencia fáctica, es decir debe guardar la debida proporción entre el medio y su razón de ser: entre la diferencia fáctica y la diferencia jurídica que se opta, pues ello determinará que se logre un derecho vacío o un privilegio; ser idónea o adecuada en relación con el fin que persigue; y, razonable, hecho que además debe marcar el contenido y el alcance de los elementos anteriores.

Todos estos elementos han sido recogidos en la Doctrina en una herramienta metodológica que evalúa la justicia y la aptitud de una diferenciación frente al derecho a la igualdad: el test de razonabilidad. La Corte Constitucional colombiana magistralmente lo ha compendiado en varias sentencias de la siguiente manera:

1. ¿Cuál es el tratamiento desigual y sobre qué materia recae?
2. ¿Qué objetivo persigue el trato desigual?
3. ¿Ese objetivo es válido a la luz de la Constitución? ¿Es válido a la luz de los principios, valores y derechos consignados en ella?
4. ¿El trato desigual es razonable, es decir, es proporcional ese trato con el fin perseguido?

Para que el trato desigual sea razonable debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. *Adecuación*: ser adecuado en relación al fin perseguido;
- b. *Necesidad*: que no exista otro medio que pueda conducir al fin perseguido que sacrifique en menor medida principios constitucionales; y,
- c. *Proporcionalidad en sentido estricto*: que el trato diferente no sacrifique principios constitucionales más importantes que el principio que se quiere satisfacer con ese trato diferenciado. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

d. Sólo cuando un trato diferenciado cumpla con todos esos numerales no será discriminatorio. En el Ecuador, con la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la aplicación del test de razonabilidad se hace imperativa, toda vez que el Art. 3 de ese Cuerpo Normativo manda que en la interpretación jurídica constitucional se aplicará primero las reglas de solución de antinomias (es decir, entre dos normas contradictorias la más competente o la jerárquicamente superior o la especial o la posterior), y si no se las puede aplicar, el numeral 2 del artículo antes mencionado manda a resolver la contradicción con el test de razonabilidad recogido por la norma bajo el nombre de principio de proporcionalidad.

38. Ver Manuel Peña Freire, op. Cit., p. 132.

39. Ver teoría del bloque de constitucionalidad.

40. Manuel Peña Freire, op. Cit., p. 129. 41. Manuel Peña Freire, op. Cit. p. 131.

42. Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Fundamentales, Madrid, 1986, p447, citado por Manuel Peña, op. Cit., p. 157.

43. Diego Rodríguez Pinzón, "Jurisdicción y Competencia en las peticiones individuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Revista Argentina de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2000, p. 5.

44. Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 44. El Protocolo Opcional del Pacto de Derechos civiles y políticos y el sistema europeo de protección de derechos exigen que el peticionario sea una víctima.

45. Particular que presta servicios públicos sin concesión estatal, como servicios de transporte, salud o educación. Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución N. 0233-2002-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. 82.

46. "El Estado debe cumplir a cabalidad su finalidad última de servir a la persona humana, no sólo respetando los derechos fundamentales de las personas, sino protegiéndolos de cualquier violación, provenga ésta de la actividad administrativa así como de actos de los particulares como tales", Rafael Oyarte, op. Cit., p.85.

47. Claudia Escobar García, op. Cit. p. 17. Para sustentar su afirmación, se basa en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana C-543 (1992), T-193 (1993), T-321 (1994), SU-961 (1999), SU-014 (2001), T-1001 (2001), T-705 (2002), T-852 (2002), T-701 (2004).

48. Ver teoría del bloque de constitucionalidad.

49. Claudia Escobar García, op. Cit. p. 23.



Ramiro Avila Santamaría

¿Restringir o fortalecer las garantías constitucionales?

Por un lado, parecería que la práctica de los órganos estatales y los comentarios de los medios de comunicación resuelven el dilema por la restricción, como se demostrará más adelante.

Por otro lado, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y la doctrina tienden al fortalecimiento y a la expansión de las garantías constitucionales.

Para tener más elementos de juicio, sugerimos contextualizar histórica y teóricamente los argumentos que podrían sustentar la restricción o el fortalecimiento de la garantía.

En primer lugar, describiremos de forma esquemática el modelo liberal que sustenta el estado de derecho. En segundo lugar, describiremos el modelo social que propugna el estado social de derecho o estado constitucional democrático. En este punto concluiremos que la restricción es propia del modelo liberal y el fortalecimiento del modelo social. En tercer lugar, analizaremos la garantía en el sistema jurídico ecuatoriano, tanto desde su regulación como desde su funcionamiento a través de la jurisprudencia. Finalmente, sugeriremos algunas reformas jurídicas siempre que se mantenga la definición de estado social de derecho.

1. La garantía en el estado de derecho.-

El constitucionalista colombiano Carlos Gaviria ha sostenido que el primer paradigma de dignidad humana se desarrolló a partir de la Revolución Francesa. Si entendemos a la dignidad como el principio por el cual se trata a los seres humanos "de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control", sin duda alguna los protagonistas de la revolución francesa tenían muy clara la voluntad de un grupo de personas y tenían conciencia del control de otro grupo al que estaban sometidos.

El *establecimiento* de esa época estaba conformado por la aristocracia. La aristocracia, en Europa, acumulaba y concentraba el poder en una sola sede: el estado nacional soberano.

En el siglo XVIII, después de una evolución y pugna de poderes de varios años, otra clase social emergió: los burgueses.

El régimen feudal que se basaba en la tenencia de la tierra, perdió vigencia con el apareamiento del mercado. La tierra dejó de ser un elemento vinculado con la subsistencia y pasó a ser un bien que podía apropiarse y venderse. Así como la tierra, se podía vender la fuerza de trabajo. Aparece por primera vez el excedente, éste se intercambia, se vende a través del dinero (valorado en oro) y un grupo humano –los burgueses- lo acumula.

Dos poderes, entonces, chocan. Quienes detentan el poder político y quienes detentan el poder económico. El poder que sustenta el establecimiento de la época y el poder emergente.

La crisis de poder, para la burguesía, se solucionaría con un esquema político que implique limitar el poder aristócrata y la protección de los intereses gremiales de la nueva clase emergente. Este esquema político fue el estado de derecho.

El estado de derecho, entonces, fue la solución a la crisis política del siglo XVIII. Crisis política, como lo demostraría la historia, que no fue solucionada en la Revolución Francesa y tampoco fue pacífica por muchos años.

1.1. La limitación del poder:

¿Cómo limitar el poder aristócrata? Dividiéndolo. La *separación de poderes* será un principio básico del estado de derecho. Un poder se dedicaría a administrar el estado y otro poder a regularlo. En estricto sentido, no existirá en el modelo un poder judicial, que se limitará a ser "la boca de la ley".

El otro principio básico es el de *legalidad*.

Rousseau desarrolló la teoría de la voluntad general de la ley. Por esta teoría, que creó uno de los mitos más fuertes en el imaginario jurídico, la ley era la manifestación de la soberanía popular y debía primar sobre todo poder.

El administrador del estado se convierte en un ejecutor de la ley y el judicial en un intérprete de la voluntad del legislador. El legislador determina, pues, todo. Crea, dispone, moldea, suprime derechos. Todos los poderes y todas las personas están sometidas a la ley.

El principio de legalidad es hartamente atractivo, porque rompe el paradigma del rey que hace el derecho, al del derecho que hace al rey, del gobierno de la autoridad arbitraria, al gobierno de las leyes predeterminadas generales y abstractas. El principio de legalidad tenía repercusiones prácticas que efectivamente limitaban la arbitrariedad. Por ejemplo, por la reserva de ley, no podía crearse impuestos, no podía crearse leyes penales. El principio de legalidad lograba uno de los deseos más grandes de la clase burguesa: la seguridad jurídica, saber a qué atenerse.

El impacto del principio de legalidad, que aún hoy lo vivimos y lo aprendemos sistemáticamente, afectó a la teoría política y a la teoría del derecho.

En términos políticos el parlamento o el congreso es el poder que tiene la representación soberana y que primará (con variaciones presidencialistas en algunos países como el nuestro) frente a otros poderes.

En términos jurídicos, la hermenéutica jurídica obligará que los abogados y abogadas interpreten, apliquen y discutan sobre la letra de la ley. La manifestación de esta forma de concebir el derecho se manifestará en el formalismo jurídico. La validez de una norma tendrá como límite la interpretación general y obligatoria del legislador. Mientras no se declara inválida, será obligatoria y tendrá que aplicarse.

La escuela jurídica que tendrá un papel protagónico será el positivismo jurídico, encabezado por Kelsen en el sistema continental europeo y Hart en el sistema anglosajón.

Finalmente, aunque sería motivo de discusión en otro espacio, el poder se concibe y se blindará hacia dentro de los Estados y hacia fuera. El concepto que inmuniza de la injerencia externa se denominará soberanía nacional y que garantizará el uso de la fuerza para el cumplimiento de las decisiones de los poderes en lo interno, a través de la policía, y en lo externo, a través de los ejércitos.

1.2. La protección de intereses:

El lema de la revolución francesa fue igualdad, libertad y fraternidad. Pero ese lema, para ser comprendido, debe ser contextualizado en esta fase de concepción del primer paradigma de dignidad.

La igualdad fue sustancial para los burgueses y formal para quienes no lo eran. Se crea el concepto de *ciudadanía*, tanto así que la primera declaración de derechos humanos, que se incorporaría formalmente a la Constitución francesa en 1791, se llamaría "Declaración de derechos del hombre y del ciudadano".

Dos restricciones evidentes en la concepción de igualdad. Una: el hombre y no la mujer. Dos: el ciudadano y no el no ciudadano. ¿Quiénes son ciudadanos? Basta recurrir al concepto de ciudadanía de las constituciones ecuatorianas del siglo XIX para determinar el concepto excluyente. Sólo pueden ser ciudadanos, y por tanto representar la soberanía, las personas que son hombres, mayores de edad, que tienen educación y propiedad. En suma, los burgueses.

La libertad sería concebida como la autonomía, que exigía del Estado abstención de actuar y respeto a la inmunidad de las personas (de los burgueses). Por esto, al estado se le conoció también como estado gendarme.

La fraternidad también debía ser concebida en términos burgueses.

Quizá el principio rector de toda la organización estatal será la propiedad privada. La propiedad fue concebida en la revolución francesa como un derecho natural que debía ser protegido, si era vulnerado, y que no debía estar sujeto a intromisiones indebidas (inmunidad).

El estado en general y las garantías en particular, estarán diseñadas para proteger estos principios.

La persona concebida y protegida por el estado es el individuo.

1.3. La garantía en el estado de derecho:

El concepto jurídico por excelencia que refleja el ideario liberal se llama el *derecho subjetivo*.

El derecho subjetivo es un concepto que tiene algunos elementos: (1) un titular, que tiene que ser un individuo con capacidad jurídica para obligarse; (2) el título debe ser demostrado a través de un documento o por disposición de la ley; (3) el obligado es una persona particular que tiene absolutamente determinada la obligación; (4) el juez es el garante de la obligación y es quien la determina en un caso concreto, pudiendo hacer uso de la fuerza pública.

Todas las hipótesis posibles sobre lo que le puede suceder a la propiedad están recogidas en dos códigos: el civil y el penal.

En el Código Civil, monumento por excelencia del estado y de la ideología liberal, encontramos algo parecido a lo que sería hoy en día la Constitución política de un estado. Tenemos un libro que contiene las formas de interpretación de la ley y restringe por completo las fuentes del derecho a una sola fuente válida: la ley. Normas, por otro lado, que dado el carácter de generalidad no serán reformadas con el tiempo (el título preliminar). Otro libro que determina quiénes son capaces (los burgueses. No serán capaces por mucho tiempo los niños, las mujeres, los indígenas y otros grupos) y cuándo una persona es realmente persona (libro primero). Un libro sobre los bienes y como se lo dispone, usa o goza (libro segundo). Un libro que resuelve el problema de los bienes después de la muerte (libro tercero). Y finalmente un libro que resolverá las formas de acordar la voluntad de las personas con respecto a los bienes (libro cuarto). En suma, una persona es considerada por el ordenamiento jurídico siempre que sea propietaria.

El Código Penal tendrá las sanciones más drásticas para quienes atenten contra la propiedad: les privará del bien por excelencia para disponer la propiedad, la libertad para disponer del tiempo: la cárcel.

El juez y sólo el juez, que no se meterá con los otros poderes por la separación de ellos, tendrá la función de aplicar la ley entre particulares. Esta es la principal garantía. La administración de justicia al servicio de la ley y, a través de ella, de los propietarios.

1.4. La crisis del estado de derecho:

La crisis del estado liberal, que según unos el modelo nunca se aplicó y según otros nunca ha dejado de aplicarse, puede abordarse histórica y conceptualmente desde muchas perspectivas.

Basta decir que en el siglo XX, siglo de profundos cambios, por un lado hay un desarrollo impresionante de la técnica al servicio de la guerra, que ocasiona la mayor cantidad de muertos de toda la historia de la humanidad; y, por otro lado, emergen nuevos actores excluidos del modelo liberal, en particular los obreros, los campesinos, las mujeres, los afrodescendientes y las poblaciones indígenas.

Gaviria llamaría a esta nueva crisis la lucha por el segundo paradigma de libertad.

El paradigma de estado de derecho no sólo que no atiende los intereses de las clases emergentes sino que puede hasta desconocerlos en absoluto. El principio de soberanía nacional y el principio de legalidad ocultan profundas injusticias. Luigi Ferrajoli ha afirmado que gran parte de las injusticias que se han cometido en la humanidad es por respetar la ley. Tras el mito del legislador infalible, se escondían intereses particulares.

Por todas estas razones, el poder legislativo tenía que tener límites y estar sometido a control de otro órgano. Esta será una de las características fundamentales del paradigma de la garantía en el estado social de derecho.

2. La garantía en el estado social de derecho.-

Norberto Bobbio, sostuvo que en medio de tanta oscuridad en la historia de la humanidad, la concreción de los derechos humanos es el avance civilizatorio más significativo del siglo XX.

En la primera mitad del siglo XX comienzan a introducirse los derechos sociales, con particular énfasis el derecho al trabajo, en los ordenamientos jurídicos, fruto de toda la ideología comunista que comienza a trascender tanto en las luchas sociales como en las reformas legales. Cuando en 1948 la Organización de Naciones Unidas expidió la Declaración Universal de Derechos Humanos, que años más tarde sería parte integrante de la Carta Internacional de Derechos Humanos y pasaría a formar parte del derecho consuetudinario, estableció los principios rectores que conducirían el quehacer de la comunidad internacional y de los estados nacionales.

Los derechos humanos se vincularán a las autoridades y limitarán los poderes públicos.

No es casual que nuestra Constitución recoja principios como aquel de "el máximo deber del estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos"

2.1. La limitación del poder:

Si en el modelo liberal existían, desde el análisis orgánico-político del estado, dos poderes, y éstos tendían a convertirse en un renovado absolutismo de estado (legislativo), la limitación del poder fue una necesidad histórica.

La función de administración de la justicia, que era una mera aplicadora de normas jurídicas, tenía que encontrar la justicia en la norma jurídica, sea esta una ley o un principio

constitucional. El legislador tendrá que dejar de ser el intérprete oficial, único y general de la ley.

El poder judicial controla no solo los conflictos entre particulares sino también los excesos de los otros poderes. Este poder judicial deberá tener atribuciones de control de constitucional a través de cada uno de sus jueces (control difuso).

El Tribunal Constitucional, en los modelos europeos continentales, de los que Ecuador es tributario, será el máximo organismo que controlará la adecuación de las actividades de todo poder público a la Constitución. El poder legislativo, en este modelo, debe estar sometido al Derecho y a este órgano novedoso pero de vital importancia. El poder administrativo, de igual modo, está sometido a control jurisdiccional. Así mismo, en esta secuencia, el tradicional poder judicial, que resuelve problemas entre pares, también es proclive de violar los derechos fundamentales.

2.2. La protección de intereses:

La propiedad, la libertad y la igualdad formal, dejarán de ser los únicos intereses protegidos. Los intereses que se protegen son los que se conocerá como derechos humanos o derechos fundamentales. La teoría caracterizará al conjunto de derechos como integrales e indivisibles.

Si antes los intereses considerados generales eran los de una clase que ostentaba el poder, ahora son los de todas las personas, con o sin poder, en igualdad de condiciones y sin discriminaciones. Los derechos humanos son, pues, universales.

2.3. La garantía en el estado social de derecho: El concepto de derecho subjetivo, que era restrictivo a demostrar la titularidad y que eran eminentemente individuales, se torna en una camisa de fuerza que no logra permitir que los otros derechos (los sociales, colectivos y difusos) puedan ser justiciables. La noción de derecho subjetivo evoluciona hacia la noción de derecho fundamental. De la protección civil y penal a la protección constitucional.

El concepto de derecho fundamental, a diferencia del derecho subjetivo, no tiene la estructura de una norma hipotética (hipótesis de hecho y una consecuencia que normalmente era una sanción, impuesta por un juez). Los derechos fundamentales son normas éticas. Las normas establecen un fin a realizarse. El obligado, el contenido de la obligación y la limitación del derecho y la forma de cumplir con la obligación, no están y no podrían estar contempladas en la norma. El juez es creador.

Las normas éticas, en forma de derechos fundamentales, las encontramos en la parte dogmáticas de las constituciones.

Con estos breves conceptos, podremos ubicar al amparo constitucional en el Ecuador y proponer algunas modificaciones.

3. La garantía judicial en el Ecuador: estado legislativo de derecho.-

La estructura del Estado actual responde al modelo liberal. Las garantías constitucionales actualmente reconocidas en la Constitución son un perfeccionamiento del Estado liberal de Derecho, que no son suficientes para avanzar al Estado constitucional o social de Derecho.

Demostremos esta afirmación.

3.1. El órgano que decide:

El poder judicial, en particular el órgano de control de Constitucionalidad, está sometido al poder legislativo.

El sometimiento se manifiesta de varias maneras: (1) la conformación, la duración, la cesación, en cuanto a lo institucional; (2) la limitación para controlar los actos de los otros poderes del Estado, en cuanto a sus competencias.

El control del legislativo y, por tanto, la sumisión del TC está configurada. En otras palabras, el modelo liberal pensado en que el juez debe ser "boca de la ley" (boca del legislativo) está presente. En otras palabras, este es "el modelo tradicional de la Función Judicial, que consiste meramente en aplicar reglas jurídicas pre-determinadas a los casos concretos –de constitucionalidad abstracta o de amparo-, y en cuya elaboración el propio juez no cumple ningún papel".

El poder judicial está exclusivamente reservado para resolver los conflictos entre particulares. Por la teoría de la división de poderes, el poder judicial no puede inmiscuirse en otros. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional tendrá limitados poderes frente a otros poderes, aún cuando en el ejercicio de estos poderes se pueda violar derechos humanos. Así, ante el Ejecutivo no podrá impugnar actos de gobierno, ante el legislativo no podrá interpretar con carácter general y obligatorio las normas constitucionales, ante el judicial "no serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso".

Finalmente, y para enfatizar en la debilidad de la figura del Tribunal Constitucional, "las Fuerzas Armadas tendrán como función fundamental (...) la garantía de su ordenamiento jurídico".

Por otro lado, en la primera instancia, los jueces que conocen la acción de amparo son los jueces que, como tarea principal, resuelven temas propios del modelo liberal: asuntos civiles, penales y administrativos.

La formación, experiencia y aplicación del derecho de un juez que aplica la ley como principal fuente del derecho, que interpreta las normas de acuerdo al Código Civil y Código Penal y que simplemente deduce la solución del caso de la hipótesis de la ley, no es suficiente para solucionar los conflictos jurídicos con relevancia constitucional. En otras palabras, el juez de primera instancia no tiene el tiempo ni el perfil profesional adecuado.

3.2. El diseño de la garantía

a. El objeto de la protección de la garantía: todos los tratadistas de derecho constitucional ecuatoriano coinciden que el objeto de la garantía constitucional es el derecho subjetivo del accionante.

La teoría del derecho subjetivo es propia del derecho positivo. Un derecho es subjetivo cuando existe un titular del derecho y puedo identificar al obligado. Debe existir "un respaldo jurídico a la realización por el obligado del deber correlativo al derecho". La obligación debe estar expresamente en la ley y la labor del juez es determinarla. Entonces, cuando alguien demuestra ser titular de un derecho y existir un destinatario de la obligación, la garantía surte efecto. La obligación, definida en la ley o los contratos, precede al derecho. Se podría decir, en términos lógicos, que si hay derecho, entonces hay obligación. Si no hay obligación, entonces no hay derecho.

Esta teoría aplicada al derecho civil o al derecho penal, no tiene inconveniente alguno, porque en los códigos están contemplados casi todas las hipótesis posibles y las formas tradicionales de interpretación resuelven los problemas (subsunción).

En la práctica, existen derechos que no se adecuan a la teoría clásica del derecho subjetivo y, por tanto, no podrían ser exigibles. Por ejemplo, los derechos sociales y los derechos colectivos; piénsese en un desabastecimiento de vacunas en una zona rural, donde nadie conoce sobre su titularidad de derechos, ni sobre las obligaciones del Estado y peor sobre el amparo. Mucho más, cuando los estándares del TC exigen vulneración directa a los derechos de los accionantes.

Competencia:

La competencia ordinaria la tienen los jueces civiles, las Cortes Superiores, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal. Territorialmente donde nazca o se consuma el acto u omisión violatorio de derechos. Extraordinariamente, pueden conocer, fuera de los días y horas hábiles, los juzgados y tribunales penales.

4. La garantía judicial en el estado social de derecho: Los estándares ideales e internacionales.-

El órgano que decide

El órgano que decide sobre los derechos fundamentales debe tener tres características, sin las cuales el modelo carecería de eficacia: independencia, imparcialidad y sujeción al Derecho.

La **independencia** judicial se define frente a los otros poderes (externa), como una manifestación del principio de división de poderes, y frente a otras instancias del mismo poder (interna). Esta independencia "no debe entenderse como separación de la sociedad, no como cuerpo separado de toda forma de control democrático".

La **imparcialidad** se define frente a dos o varios sujetos procesales que intervienen en la sustanciación de la causa.

La **sujeción al derecho** se refiere a un aspecto cualitativo del ejercicio de la administración de justicia. La actividad judicial, en particular sus manifestaciones a través de resoluciones y sentencias, tienen que estar sometidas al Derecho (no exclusivamente a la ley ni tampoco a la aplicación mecánica de las normas, sino racional y motivada).

En consecuencia, el máximo órgano constitucional está sobre los poderes del Estado, sobre las partes en conflicto y bajo los derechos fundamentales.

Si el órgano constitucional no tiene la facultad de interpretar con carácter general las normas del ordenamiento jurídico, entonces no es totalmente independiente, si los actores son políticos en funciones podrían incidir en sus resoluciones y estarían sujetos a la interpretación última del Congreso.

En cuanto a los jueces de primera instancia, una reforma seria y consistente con un estado social de derecho demanda precisamente lo contrario al modelo liberal: jueces a tiempo completo y con perfil especializado. Esto es, debería existir en cada cantón jueces constitucionales de primera instancia, dedicados a resolver todas las acciones que resuelvan violaciones a los derechos fundamentales: amparo, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y acción de protección judicial.

El diseño de la garantía

a. El objeto de la protección de la garantía: queda claro y sin lugar a dudas que el titular del derecho violado tiene acción para ser protegido judicialmente. Podría pensarse que el concepto de derecho subjetivo puede ser útil.

Sin embargo, dada las múltiples situaciones en las que pueden existir violaciones a los derechos humanos y la necesidad imperiosa que esas violaciones sean corregidas y para que a futuro no vuelva a suceder, se debe prever situaciones en las que otra persona que no sea el titular del derecho subjetivo, pueda plantear la acción.

En algunas legislaciones esto se llama interés -social, colectivo o difuso-. Algunos doctrinarios, para conciliar el concepto restringido del derecho subjetivo, y para ampliarlo a la relaciones entre el Estado y las personas, lo denominan derecho público subjetivo.

En un Estado social, no importa tanto quien es el titular del derecho (sino cuando se trate de repararlo) cuanto la existencia de una violación, que, en un estado social, resulta intolerable.

Todo derecho fundamental, positivo o natural, reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales y hasta en la ley secundaria, es objeto de protección judicial, no sólo los derechos subjetivos. "En el fondo, nos hallamos ante categorías jurídicas netamente diferentes (...) parece difícil que el derecho subjetivo pueda ser instrumento adecuado para asegurar las variadas exigencias que se deducen de los distintos valores expresivos de la centralidad de la persona". Conviene desechar el concepto de derecho subjetivo, que es restrictivo y con denotación individual, por el concepto amplio de derechos humanos o derechos fundamentales, que es extensivo y con denotación social y también individual.

El concepto que amplía la visión individualista del derecho subjetivo, es la idea de solidaridad. Cualquier violación de un derecho afecta a la efectividad no sólo del sistema jurídico sino también del sistema político, que se combinan en la concepción del Estado Social de Derecho.

En cuanto al modo si no hay obligación, no hay derecho; el ejercicio de la garantía podría ser el mecanismo para que, existiendo un derecho, el juez modele la obligación.

En el ejercicio y justiciabilidad de los derechos sociales se puede apreciar esta afirmación. ¿Cuál es la obligación del Ministerio de Salud en relación a brindarme terapias de quimioterapia cuando tengo un cáncer terminal? (ver resolución Corte Sudáfrica, Steiner)

La preponderancia de la inmunidad y de la autonomía, se relativizan en un Estado Social de Derecho. Se requiere intervención estatal. De acuerdo con la teoría de Alexy sobre el campo de acción, todos los derechos, para ser efectivos, están integrados por un conjunto de situaciones positivas y negativas, sin distinguir si son derechos civiles o sociales.

En el Estado liberal o legislativo, que define los derechos en la ley, nunca podría violar lo que no reconoce; en cambio, en el Estado Social, cuando los derechos son anteriores al Estado, el poder legislativo puede entrar en mora frente a las personas o los derechos reconocidos internacionalmente.

Este punto se aclarará más aún con el estudio de la legitimidad de personería.

b. Regulación.-

La legitimación activa

La violación de los derechos humanos no es una cuestión que sólo compete al titular de los derechos. Si el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, el conocimiento de las violaciones a los derechos, por consecuencia, le debe importar con carácter prioritario.

A través de quién conoce el Estado de una violación a los derechos, pues, es secundario. Luego, existe una especie de *actio populares*.

Por ello, tienen legitimación activa cualquier individuo, grupo de personas u organizaciones, sin necesidad de que sean víctimas de la supuesta violación. Así lo dispone la Convención Americana de Derechos Humanos.

El acceso a la protección nacional es crucial para cumplir la finalidad del Estado en la protección de derechos. Los formalismos, propios de la teoría del derecho subjetivo relacionado con la propiedad, pueden ser un obstáculo para la intervención del Estado.

La única salvedad a la regla sería el caso en que la persona explícitamente, y por razones relacionadas con los derechos (intimidación, por ejemplo), manifieste su voluntad de no solicitar la tutela efectiva de sus derechos.

Requisitos de la petición

Persona de la que emana el acto o incurre en omisión: cualquier funcionario del Estado, cualquier persona, delegataria o no -actos impropios- del Estado; cualquier persona particular, natural o jurídica, aún si actúa sin la aquiescencia del Estado.

La demostración de la existencia del acto u omisión: este aspecto tiene relación directa con la naturaleza del recurso en cuanto a ser cautelar o de conocimiento. Parecería que, por ser cautelar y sumaria, no requiere de fase probatoria. Esto ha provocado que en la gran mayoría de los casos, el TC no tenga pleno conocimiento de los hechos que está resolviendo.

El amparo debe prever una fase probatoria y reglas sobre las pruebas, conforme a los estándares internacionales. Por ejemplo, si la prueba está bajo el control del Estado y éste no la suministra, debe admitirse la afirmación del peticionario.

El daño: para que exista protección judicial simplemente hay que demostrar que existe un derecho violado. Así como en los mecanismos internacionales de protección, deben existir dos procedimientos. Uno cautelar, en el cual se traten asuntos emergentes, sin el cual se podría ocasionar un daño irreparable; otro de conocimiento en el cual se determine la violación del derecho, el alcance del derecho, la responsabilidad del agente y la reparación. Las vías ordinarias no son suficientes y tampoco, desde una perspectiva histórica, estuvieron diseñadas para conocer y reparar derechos humanos.

Requisitos formales: cualquier requisito formal no puede obstaculizar el objetivo de la protección. No hay que olvidar que, en un estado garantista, las formas son una garantía más en beneficio de las personas. Si bien el juramento pretende no tener dos resoluciones diferentes sobre el mismo asunto, no puede ser una solemnidad sustancial y debe subsanarse (por ejemplo, pidiendo el juramento el momento de la audiencia o completando la petición).

En cuanto al patrocinio de un abogado, si el Estado debe proveer de uno. Pero tampoco podría no conocer una violación por falta u omisión del Estado, que convertiría a la acción una violación más a la tutela efectiva.

5. Reformas normativas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: sugerencias.-

a. El órgano que decide.-

- Reforma del Art. 284 sobre la interpretación generalmente obligatoria del Congreso sobre la Constitución. El único órgano que puede interpretar con fuerza vinculante sobre el alcance de la Constitución es el Tribunal Constitucional.
- Reforma del juicio político, Art. 130 (9) a magistrados del Tribunal Constitucional. Sólo pueden ser depuestos por un órgano disciplinario independiente e imparcial y después del debido proceso, que podría ser una comisión de disciplina, parecido a las funciones del Consejo de la Judicatura.
- Reforma sobre el garante del ordenamiento jurídico, Art. 183, desplazar a las Fuerzas Armadas por el Tribunal Constitucional.
- Deben crearse jueces especializados con competencia exclusiva para que conozcan todas las garantías constitucionales.

b. El diseño de la garantía.-

- Todo derecho fundamental, positivo o natural, reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales y hasta en la ley secundaria(48), es objeto de protección judicial, no sólo los derechos subjetivos.

c. Regulación.-

- **La legitimación activa: *actio popularis*:** tienen legitimación activa cualquier individuo, grupo de personas u organizaciones, sin necesidad de que sean víctimas de la supuesta violación.

- **Persona de la que emana el acto o incurre en omisión:** cualquier persona, pública, privada, natural o jurídica.
- **La demostración de la existencia del acto u omisión:** existirá una fase probatoria en la fase de conocimiento y, por la urgencia, no será necesaria en la fase cautelar.
- **El daño:** para que exista protección judicial simplemente hay que demostrar que existe un derecho violado, en los procesos de conocimiento. Si existe la posibilidad de un daño que requiera intervención urgente, el daño tendrá que ser grave e inminente.
- **Requisitos formales:** existirán requisitos formales para garantizar el debido proceso y la seguridad, pero no serán consideradas más importantes que la consecución de la justicia. La falta de abogado no es responsabilidad del peticionario sino del Estado garantista.
- **Procedencia del amparo:** siempre que exista una violación de derechos, no importa la forma del acto cabe el amparo.
- **Naturaleza del amparo:** cautelar y de conocimiento o fondo.
- **Competencia:** los jueces constitucionales de primera instancia y el Tribunal Constitucional de última instancia. Todos los jueces ordinarios tendrán competencia para aplicar, en procedimientos sumarios y preferentes, la violación de un derecho mientras sustancian las causas. Requisito previo para acudir a la competencia constitucional.
- **Trámite:** En el proceso cautelar, el trámite sería igual al establecido en la Constitución. En el proceso de conocimiento, existiría una audiencia oral en la que las partes, anticipando la prueba, presenten el respaldo para los hechos y las argumentaciones.
- **Reparación:** la reparación será integral y tendrá que ser eficaz. El juez tendrá un abanico de posibilidad para adecuar la reparación a cada caso en función de cada derecho y persona.
- **Cumplimiento:** los jueces constitucionales tendrán la obligación de establecer mecanismos de seguimiento del cumplimiento de sentencias y de coerción. Sólo podrá cerrarse un caso cuando se haya cumplido a cabalidad la sentencia.

- 1.- Carlos Gaviria, "El Estado social de derecho y la presión política para el cambio", conferencia dictada el 6 de marzo de 2007, en las Jornadas de debate nacional Los temas de la constituyente del enfrentamiento a la propuesta, Universidad Andina Simon Bolivar, 6 al 8 de marzo de 2007.
2. Carlos Santiago Nino, "El concepto de derechos humanos", en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, p. 46.
3. Ver para mayor referencia sobre estos procesos históricos y la relevancia para el Estado y el Derecho Juan Ramón Capella, *Fruta Prohibida*, Editorial Trotta, pp. 95 en adelante.
4. De hecho, pocos años más tarde, en 1805, Napoleón se corona emperador y, a pretexto de difundir los ideales de la Revolución Francesa, realizará una de las más grandes guerras de conquista en el siglo XIX. Se restauró la monarquía y en 1848,

en la revolución de las comunas, se intentará otra vez instaurar un régimen de estado de derecho.

5. Constitución Política del Ecuador, Art. 16.
6. Constitución Política del Ecuador, Art. 275.
7. Constitución Política del Ecuador, Art. 130 (9).
8. Claudia Escobar García, "Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial", en Revista Foro, Revista de Derecho, N. 6, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2006, p. 9
9. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Resolución de 27 de junio de 2001, R.O. N. 378 de 2 de julio de 2001, y Resolución de publicada el R.O. dN. 559 de 19 de abril de 2002.



Dr. José Xavier Garaicoa Ortiz. Ms C.

SUSTENTO FILOSÓFICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Es posible concebir al ser humano como un ente social, dueño y constructor de su propio destino? De esta o similar forma se ha presentado a lo largo de la historia y en variadas circunstancias socioeconómicas y culturales, aquella interrogante que hace referencia a las finalidades y a los métodos de la actividad humana. Por supuesto que los intentos de respuesta han sido variados, en dependencia no exclusivamente de la concepción que pudiera profesar el pensador individual, sino a la forma que adoptan los intereses reales que asumen y promueven en las perspectivas de las condiciones sociales en las que le ha tocado desenvolverse.

La superación de una etapa primigenia en la que se concibe espontáneamente a la naturaleza como organismo vivo sujeto a fuerzas conscientes y autónomas a las que se debe la actividad vital, tanto natural como social de los humanos; constituye un salto gigantesco que fue gestándose durante un prolongado periodo, con la liberación de los instrumentos de producción de su tosca forma natural hasta convertirse en fuerzas sociales, en un proceso de cooperación cada vez más extenso acompañado de un incremento de la riqueza, de la división del trabajo y de la estratificación social.

Los ritmos y modalidades que adopta tal proceso, son variados y múltiples. La configuración de la sociedad humana no sólo conforma etapas o formaciones sociales (comunidad primitiva, esclavismo, feudalismo, capitalismo y socialismo), sino que combina periodos e interacciones, entre los que juegan su papel elementos como el fondo geográfico-natural y los contactos entre civilizaciones.

Distintos hábitos y costumbres conformados y sancionados socialmente, valoraciones diversas y hasta contrapuestas: todo ello pareciera que nos enfrentase a un amasijo indescifrable y caótico, del que únicamente emerge como rasgo compartido, aunque a veces cuestionado y desechado, una naturaleza compartida que nos distancia de otras especies.

Si prestamos cuidadosa atención, tal naturaleza humana no tiene nada o muy poco de atributo natural originario. Incluso las características primarias como la anatomía, la morfología y la base genética son productos históricos. Han evolucionado no única ni principalmente a consecuencia de la influencia del medio natural, sino sobre todo por la socialización que incluye por supuesto, permanentes mestizaciones raciales, surgimiento de comunidades tribales, gentilicias, nacionales y clasistas así como conjuntos civilizatorios en un proceso ascendente e integrador. Claro que tal proceso es profundamente contradictorio, lo cual conlleva a que incluso se haya producido el exterminio o la desaparición de algunas de esas comunidades, o su sujeción y dominación por parte de otras. Ello, no obstante, ha ido produciéndose una cultura específicamente humana, conformada por valores más o menos incuestionables en torno a una concepción del sujeto y de su papel en la sociedad.

Si examinamos retrospectivamente hacia nuestro pasado, seguramente nos llamará la atención de que incluso en las más primitivas concepciones, en medio de las explicaciones mágicas de la naturaleza poblada de fuerzas animadas y de feroces divinidades a las que se les rendía culto, aparece una autopercepción del sujeto pugnando por alcanzar un sitio e imponer su señorío; aunque tal percepción se viese atada al fatalismo o predestinación, lo cual reflejaba indudablemente su todavía enorme dependencia con respecto a la naturaleza.

Numerosos testimonios y vestigios nos muestran ese momento de partida. Las pinturas en cavernas representando estilizadamente animales o deidades, estatuillas y vasijas con formas humanas o zoomorfas. En todas estas obras trasciende el autor anónimo de comunidades que vagabundeaban o se afincaban en un territorio interactuado con su medio y dejando su huella múltiple.

El proceso que condujo a la liberación creciente de la naturaleza, provocó una nueva opresión: La explotación del trabajo humano por parte de los propietarios de los medios de producción y la instauración de su dominio por medios coercitivos a través de un aparato absoluto, el Estado. La idea del sujeto se escinde: Los que poseen y detentan el poder de apropiarse de la producción y someter a otros, y los que se convierten en meros objetos e instrumentos para enriquecer a aquellos. Los hacedores de riqueza social pasan a ser subordinados: esclavos o sirvientes, y sus capacidades se potencian unilateralmente para convertirlas en medio de acumulación destinada a acrecentar el poder de sus propietarios o amos. La capacidad se torna así en privilegio para los dominantes y en sujeción para los dominados. Tal es la esencia de la normatividad impuesta y celosamente resguardada por sacerdotes, jefes militares, gobernantes y jueces de las sociedades clasistas.

Los integrantes de las comunidades en descomposición, han logrado sin embargo, preservar algunos de sus derechos tradicionales de la insaciable rapiña de la propiedad privada, o los ceden a cambio del reconocimiento de nuevas garantías y concesiones. Logran consagrar así un conjunto de derechos reconocidos como costumbres obligatorias y protegidos por mecanismos e instituciones especiales.

De esta situación ambivalente va a constituirse una visión de los derechos del sujeto como provenientes de la naturaleza propia del ser humano. Para las clases dominantes y para sus pensadores, tal naturaleza humana sustenta la división social y justifica su dominio basado en una supuesta superioridad como la existencia de sus privilegios. Para los dominados, la naturaleza humana si bien origina las diferencias en la sociedad, les provee de derechos fundamentales a la vida, al sustento, a la reproducción, los cuales deben ser respetados y garantizados por el poder. No pocas ocasiones en la historia, las clases dominadas se rebelaron y combatieron por esos derechos ante los intentos de arrebatárselos o de restringir su aplicación.

Pero únicamente cuando la expansión de las fuerzas productivas alcanzó su apogeo con el capitalismo y se hizo extensiva a todas las ramas de la producción, integrando mercados nacionales y universalizando la producción mercantil, se simplificaron además las relaciones sociales al desestructurar los vínculos feudales y estamentarios. La protección de los derechos como una estructura única, formalmente igualitaria, se convirtió en fundamento normativo de la sociedad. La abolición de toda forma de sujeción por otros motivos que no fuesen puramente económicos, aparentemente acordados de manera voluntaria, sin coacción, era el presupuesto filosófico y jurídico-político de una construcción minuciosa de normas elevadas a la categoría de leyes imperativas y obligatorias reguladoras de la convivencia social.

Los derechos naturales adquieren así una conceptualización nueva: pasan a convertirse en derechos humanos, es decir, ya no tienen sus referencias en un elemento reputado esencial tal como el origen gentilicio sancionador de costumbres establecidas, la pertenencia a un estamento con sus funciones y obligaciones fija; o la adscripción a una confesión que lo integraba a una feligresía; si no que se la remitió a una ciudadanía común, bajo un régimen considerado como el verdadero orden natural de libres intercambiadores de mercancías. Los nuevos sectores explotados bajo el capitalismo, acogieron el reto y emprendieron una larga una lucha por efectivizar los derechos declamados pomposamente por la burguesía, para ampliar su cobertura y hacerlo extensivo a los más amplios sectores, hasta alcanzar nuevos ámbitos de la vida social. A ello contribuyeron poderosamente los avances de la clase obrera y de otros sectores sociales, particularmente desde el triunfo de la revolución Rusa de 1917 y de la derrota del nazifascismo en 1945.

Los derechos humanos tal como los concebimos actualmente y como aspiramos a que imperen, están conformados por un conjunto de principios, declaraciones y mecanismos de vigencia y aplicación, cuyo objetivo es ampliar constantemente y de manera progresiva la esfera de la libertad individual y social, de la responsabilidad compartida por el desarrollo, de la solidaridad y la equidad sin restricciones ni discriminaciones, y del bienestar común; en un marco de paz, cooperación y aplicación de la democracia.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El conjunto integral que conforma el sistema de disposiciones y principios agrupados como derechos humanos, tiene su referencia en los cambios económicos, sociales, ideológicos y políticos que se operan en la sociedad, a lo largo de su historia. No surgen de improviso ni con una fisonomía acabada, o mucho menos son sancionados y aceptados benévolamente por parte de los sectores que detentan el poder.

Por el contrario, tienen un carácter histórico concreto, expresan intereses emergentes en la sociedad de aquellas clases y grupos que pugnan por ampliar su participación y presencia en los espacios estatales y sociales. Su peculiaridad radica entonces, en que van adquiriendo nuevos rangos en dependencia del momento y del carácter del período de su implantación, aunque progresivamente vayan expandiéndose con un contenido más abarcador y universalista, y alcanzando un nivel más específico en la medida en que se complejiza la vida social.

Desde un punto de vista metodológico es posible agruparlos cronológicamente por generaciones, es decir, por las características principales de la problemática que abarcan. Los estudiosos de ellos, nos mencionan cuatro generaciones básicas que no se sustituyen, sino que se complementan y se enlazan sistémicamente.

2.1. GENERACIÓN BÁSICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1.1 Primera Generación: Los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

El origen de este primer grupo de derechos, está íntimamente vinculado al surgimiento e implantación de las relaciones capitalistas de producción, en sustitución del decadente mundo feudal y de la sustitución de las monarquías absolutistas por la repúblicas modernas, así como por la formación de los Estados nacionales en una lucha de liberación que incluyó un primer movimiento anticolonial realizado en nuestro continente americano.

Tradicionalmente se considera como los hitos más trascendentales de este proceso, expresado en la constitución de nuevos Estados, a la revolución inglesa del siglo XVII, a la que proclamase la formación de los Estados Unidos de América como conclusión de la rebelión anticolonial en las posesiones inglesas del nuevo continente y a la revolución francesa de 1789.

Producto de una larga lucha entre el poder feudal de la aristocracia terrateniente y los altos funcionarios eclesiásticos y monárquicos, contra la pujante burguesía de comerciantes, banqueros, manufactureros y propietarios rurales, triunfa la "Revolución Gloriosa" de 1688 en Inglaterra. La conformación de un régimen monárquico constitucional, permite desplazar el centro del poder hacia el parlamento controlado por la burguesía. Este "Bill of Rights" (Declaración de Derechos) es en realidad un convenio político-administrativo suscrito por el príncipe holandés de la casa de Orange vinculado con el protestantismo continental, llamado a asumir el trono vacante por el parlamento reformado luego del predominio militar de Oliverio Cromwell, y este organismo,

representante de la unidad político-confesional de Inglaterra. En el mismo se encuentran contenidos los preceptos fundamentales del nuevo régimen político: la no suspensión de las leyes dictadas por el Parlamento por parte del rey; el no empleo de las prerrogativas reales para decidir inconsultamente sobre las cuestiones económicas; la ratificación de los jueces nominados por el Parlamento y la independencia de juzgamiento para éstos; la sujeción a la autorización parlamentaria para el mantenimiento del ejército y para la política externa, incluida la declaratoria de guerra, y la aprobación de alianzas con otros Estados. Este nuevo régimen estatal (la Commonwealth) instituye libertades políticas y económicas básicas: las de discusión y debate para el Parlamento; la de profesar cualquier culto con la única restricción del catolicismo; la de imprenta para garantizar la propaganda. Entre las segundas: la de libre comercio suprimiendo los monopolios reales y concesiones; la de industria suprimiendo el monopolio de los gremios y corporaciones artesanales; así como el libre acceso a la propiedad territorial al liquidar las cargas y prestaciones feudales sustituidas por el arriendo y la compraventa de los predios.

Las transformaciones que sacudieron a Inglaterra sentaron una sólida base para su posterior expansión, pero no eliminaron totalmente muchos de los privilegios que logró conservar la aristocracia como su papel preponderante en importantes aspectos a través de su control vitalicio y hereditario en la Cámara de los Loes. Por otra parte, los sectores poderosos de plantadores beneficiarios del tráfico y la explotación de esclavos, así como los grandes comerciantes y fabricantes, ampliaron su poderío con el brutal despojo perpetrado en las colonias asiáticas, africanas y americanas, en las cuales la población nativa se encontraba sujeta al despojo, la rapiña y la destrucción por parte de las empresas y de las administraciones coloniales. Así se muestra el carácter limitadamente clasista de los derechos, su alcance eurocéntrico exclusivista, que contrariaba las declaraciones y formulaciones de sus promotores.

La formación de los Estados Unidos, con su declaración de independencia, dio gran impulso a las nuevas concepciones, sobre todo por su carácter republicano al hacer desaparecer las consideraciones sobre el origen supuestamente nobiliario, como base para establecer diferencias perdurables entre los ciudadanos, proclamados desde entonces como formalmente iguales ante la ley y los soberanos, todos ellos en conjunto. Tal declaración sobre el origen libre no incluía a los esclavos, gracias a que los representantes de los grandes plantadores de los Estados del sureste y del centro impusieron tal restricción para suscribir la Constitución. En cuanto a las tribus aborígenes, simplemente se las omitió, en cuanto que, para la visión puritana que primaba entre la burguesía, eran salvajes incapaces de esforzarse por su salvación y realización, indignos de la atención divina y de la compasión humana.

La Revolución Francesa se caracteriza por su profundidad y trascendencia, ella se debe la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Su acento está en que el poder republicano representativo de la sociedad sin privilegios ni discriminaciones estamentales, es el garante de derechos propios de los hombres (nótese el claro tinte unigenérico excluyente de las mujeres), entre los que destaca como su principios constitutivo el de propiedad, el cual por su carácter absoluto, debe ser protegido no solo de las viejas disposiciones gremiales del feudalismo, si no también de toda regulación protectora de los salarios, cor proclamó la ley *Le Chapelier*.

En resumen, podemos decir que esta primera generación de derechos sienta las bases políticas para la igualdad restringida ante la ley de los integrantes individuales de la sociedad, particularmente de los propietarios, cuyos intereses son erigidos en objetivo del poder estatal y proclamados como normas generales imperantes.

Estas ideas medulares alcanzaron difusión también en América hispana, donde la declaración de independencia de Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano circularon profusamente, pese a las prohibiciones de las autoridades coloniales y eclesiásticas. Uno de sus difusores y propagandistas fue Vicente Rocafuerte. En uno de sus opúsculos, bajo el título *Ciencias Políticas y Morales*, al analizar las constituciones en los nuevos Estados en formación tras la independencia, con claridad extrema dice: "...En todas las constituciones de

España y América se señalan las siguientes (obligación de la Nación para con su individuo): primera, conservar y proteger la libertad civil; segunda, la propiedad y los demás derechos". Consecuentemente, con tal visión, las constituciones iniciales de nuestro país fundamentan la relación de representación en los ingresos y en la propiedad de quienes pueden ser clasificados, por tanto, como ciudadanos plenos. El artículo 12 de la Constitución de 1830, la que declara la

formación del Estado ecuatoriano ante la disolución de la Gran Colombia, pone como condición para entrar en goce de los derechos de ciudadanía el tener una propiedad raíz o bien inmueble libre (no hipotecado ni sujeto a vínculos) de 300 pesos, o ejercer alguna profesión o industria útil, sin sujeción a otro (peonaje o concertazgo) como sirviente, doméstico o jornalero.

Se consagra así una "República" oligárquica de hacendados y propietarios, organizada corporativamente en colegios de electores calificados, y estratificada en estamentos sobre la base de privilegios y discrimenes por motivos sociales, étnicos, confesionales (con religión única de Estado) y de género. Los derechos "universales" sólo son una declaración de intención para los representantes más esclarecidos como el propio Rocafuerte, quien no deja de plantear la necesidad de superar tan atrasada realidad, para lo cual propone una serie de medidas orientadas a conquistar un nuevo régimen, como lo hiciese en su mensaje a la Asamblea Constituyente de 1835.

2.1.2. Segunda Generación: Derechos Civiles y Políticos.

A pesar de que los derechos proclamados por la burguesía se rotulasen como del hombre y del ciudadano, indudablemente que en lo fundamental sus principios tenían un marcado carácter individualista: buscaban liberar de las trabas estamentarias a la personalidad concebida como basamento de la sociedad, para así favorecer los intereses de comerciantes, banqueros y empresarios manufactureros así como los de propietarios de talleres artesanales. De allí el acento puesto en el derecho a la propiedad como ya destacamos.

El afianzamiento de la burguesía en el poder requería la construcción de un nuevo régimen político, basado en la representatividad que garantizase un relativo equilibrio para las distintas fracciones de dicha clase social y estableciese su hegemonía sobre otras capas propietarias y su dominio sobre los trabajadores. Ello requería un sistema de conformación de la autoridad por medio de elección y de designación de distintos cargos.

La burguesía se garantiza su control real del poder a través de su capacidad económica para garantizar agrupaciones electorales, de su monopolio al acceso a la educación profesional y de restricciones al derecho de elección por motivos económicos que limitaban el acceso a los mecanismos de representación.

Pero los trabajadores y otros sectores populares se percataban que las promesas que les formulara la burguesía mientras aspiraba al poder, no se cumplirían si no lograban una mejor representación de sus intereses en el sistema político. De aquí que se iniciase una campaña por la universalización del sufragio, para que la capacidad de elección abarcase a toda la población capaz, sin distinciones ni exclusiones por razones económicas, sociales o de género. Simultáneamente, estos sectores elevaban sus demandas de legislar protegiendo a los trabajadores, particularmente a las mujeres y a los niños.

Los derechos políticos que incluyen el de elección universal y secreta de los órganos de poder, de representación abierta, de propaganda y opinión, de rendición de cuentas, van configurándose en este período hasta fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, facilitando la expansión de los derechos proclamados por la burguesía.

Además, desde el poder se consagran los derechos civiles: la igualdad ante la ley, el procedimiento judicial y la administración independiente de justicia, el derecho de defensa. Todos ellos concebidos como perfeccionamiento de la igualdad formal de sujetos que en la realidad social son distintos por su ubicación en la producción y por su relación con los medios e instrumentos de trabajo y con la propiedad de la producción.

2.1.3. Tercera Generación: Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

La consolidación de los movimientos sociales, especialmente del movimiento obrero que avanza independientemente, va a incidir en una extraordinaria difusión de principios sociales, para los cuales los derechos corresponden a situaciones concretas y deben, por tanto, proteger una condición, mejorar progresivamente sus expectativas y oportunidades y consagrar compensaciones.

El camino para la consecución de tal ampliación ha sido el de una prolongada y despiadada lucha. Hitos de la misma han sido la revolución rusa de 1917 y las fallidas revoluciones húngara y alemana luego de la primera guerra mundial, la cual provocase destrucciones y padecimientos

indecibles a causa de los intentos imperialistas de provocar un nuevo reparto del mundo entre las grandes potencias monopólicas.

La respuesta a estas demandas populares fue la instauración de regímenes terroristas autoritarios como el franquismo en España, el nacionalsocialismo hitleriano en Alemania y el fascismo mussoliniano en Italia, caracterizados por su abierto desplante agresivo contra los derechos y las conquistas democráticas. La segunda guerra mundial desatada por el fascismo, conoció una respuesta valerosa de los pueblos y la formación de una coalición aliada que posibilitó la victoria en 1945. Este factor, así como la actividad de los movimientos anticoloniales de liberación de África y Asia, permitieron la formación de un ambiente favorable para sancionar como normas universales estos derechos, ampliados a las relaciones interestatales en la declaración de las Naciones Unidas sobre la base de la condena al colonialismo, a la agresión, a la injerencia y a todo tipo de discrimen.

2.1.4. Cuarta Generación: Paz, Justicia, Medio Ambiente.

Algunos ensayistas nos hablan actualmente a una última generación de derechos, cuyo titular son los pueblos y la humanidad como conjunto, en medio de la globalización: Derechos como la paz y la cooperación "entre las naciones que conllevan al destierro de la agresión, el armamentismo y la intervención en los asuntos internos; el de unas relaciones justas y equitativas que presuponen no solo la igualdad formal de los Estados, sino además los esfuerzos conjuntos para erradicar el analfabetismo, el desempleo, la pobreza y la opresión; y, el derecho a un medio ambiente sano que garantice el desarrollo sustentable y salvaguarde los recursos y condiciones para las futuras generaciones.

BIBLIOGRAFÍA:

Hernán Salgado Pesantes, Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana, Fortalecimiento a la Justicia Constitucional en el Ecuador, Serie 5, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 77.

23. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0135-2004-RA. Rafael Oyarte, op. Cit., p. 73.

24. Tribunal Constitucional, Segunda Sala, Resolución N. 230-99-RA. Rafael Oyarte, op. Cit., p. 73.

25. Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución N. 333-RA-01-I.S., citado por Rafael Oyarte, op. Cit., 127.

26. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0463-2003-RA; Resolución N. 0487-2003-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 128.

27. Tribunal Constitucional, Resolución N. 020-RA-00-I.S., citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 127.

28. Hernán Salgado Pesantes, op. Cit., p. 81.

29. Tribunal Constitucional, Resolución N. 001-RA-99-I.S., citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 125.

30. Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución N. 438-2000-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit, p. 169.

31. Tribunal Constitucional, Pleno, Resolución N. 0363-2002-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 178.

32. Corte Suprema de Justicia, Resolución, Art. 2.

33. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0334-2003-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 51.

34. Corte Suprema de Justicia, Resolución N. 3 interpretativa de los artículos 55 y 58 de la Ley de Control Constitucional, R.O. N. 693 de 29 de octubre de 2002, citado por Rafael Oyarte, op. Cit., p. 220.

35. Código Penal, Art. 249 y Art. 251, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 219.

36. Ver Normas mínimas sobre la independencia judicial, aprobadas por la Asociación Internacional de Abogados en su 19ª Conferencia Bienal, celebrada en Nueva Delhi en octubre de 1982. Proyecto de declaración sobre la independencia e imparcialidad de la judicatura, los jurados y los asesores y la independencia de los abogados, conocida también como Declaración Singhvi (E/CN.4/Sub.2/1988/20/Add.1). Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura.

37. Bergalli R., Estado democrático y cuestión judicial, citado por Pécés Barba, op. Cit. p. 518



Hernández Cadenas,

LA FALTA DE OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU REPERCUSIÓN EN LOS GRUPOS VULNERABLES

En este trabajo queremos plantear la necesidad que existe en el mundo del reconocimiento de los derechos humanos y el combate a la marginación social que sufren los grupos vulnerables.

Manejamos como idea central de nuestro ensayo el concepto de Derechos humanos, por ser una categoría de análisis, que nos permitirá involucrar la vulnerabilidad como una forma de acercarnos al mecanismo de protección a los individuos que les son violados sus derechos.

Iniciamos con una semblanza de los Derechos Humanos, destacando sus características para de forma abierta introducimos al tema de la vulnerabilidad de los grupos étnicos que habitan en nuestra entidad.

Introducción

En la primera década del tercer milenio, en donde los avances tecnológicos trasciende la imaginación, y se cuenta con una gama de organismos no gubernamentales que defienden los derechos humanos de los integrantes de la sociedad, nos encontramos aun con abusos por parte de las instituciones encargadas de aplicar la ley y por grupos de personas que no respetan la integridad de los individuos.

El discurso oficial de los gobiernos que detentan el poder económico mundial manejan que con el avance tecnológico, el bienestar de los habitantes del planeta, se ha venido incrementado; las enfermedades ayer mortales dejan de serlo y la esperanza de vida crece día a día. Las vacunas y medicina en general han propiciado que las epidemias y grandes catástrofes que antaño diezaban a la humanidad, hayan quedado de lado.

Al escuchar estos comentarios, nos sorprendemos y algunos reflexionamos ¿De que estamos hablando?, Acaso no nos damos cuenta que cotidianamente muere

más gente por inanición y hambre o simplemente por conflictos bélicos, relacionados por ansías de poder, hegemonía étnica y expansión territorial.

Es evidente que las últimas confrontaciones bélicas, tanto en Europa, como en Asia, obedecen sustancialmente a posiciones fundamentalistas y/o problemas de tipo étnico - claro sin olvidar el factor económico-.

Con estas aseveraciones queremos incidir en un problema que no obstante estar legalmente reconocido, no se respeta, ya que día a día nos encontramos con acciones que nos demuestran que persiste un interés insano por bloquear y obstaculizar el respeto de los Derechos Humanos.

Manejaremos como idea central el concepto de Derechos humanos, por ser una categoría de análisis, que nos permitirá involucrar la vulnerabilidad como una forma de acercarnos al mecanismo de protección a los individuos que les son violados sus derechos.

El trabajo se estructuró en dos partes, la primera globaliza la definición, función, características y clasificación de los Derechos Humanos, El segundo apartado comprende los grupos vulnerables. Como parte final del trabajo realizamos una conclusión del mismo, en donde vertimos nuestra opinión, destacando la necesidad que tienen todos los habitantes del planeta de conocer e interpretar los derechos que poseemos como personas.

Justificación

Este trabajo se justifica por la incidencia y frecuencia al escuchar y ver a nuestro alrededor una serie de abusos que se cometen en contra de la sociedad por autoridades, personas o grupos sociales, que sin ninguna consideración violan los más elementales derechos de las personas. Efectivamente nos damos cuenta de esta situación y la mayor parte de las veces guardamos silencio, por temor a vernos involucrados en problemas de índole mayor. Ante esta verdad, nosotros- los profesores- queremos plantear en éste ensayo que, todo hombre por el simple hecho de ser humano, cuenta con una serie de prerrogativas que le protegen y garantizan todos sus derechos. Por tal motivo queremos dejar patente que la ignorancia de nuestros derechos nos hace cómplices de las injusticias, por lo cual trabajaremos este tema, como una forma de dar a conocer, que todos los individuos podemos ayudar a los demás miembros de la sociedad civil, si ponemos en práctica los postulados de la declaración universal de los derechos humanos.

Desarrollo.

Iniciamos afirmando que, no obstante contar con adelantos de primer nivel y con alianzas y organizaciones internacionales, aún persisten -en gran escala- los conflictos de discriminación y abandono de los grupos vulnerables, que desgraciadamente existen en todos y cada uno de los países.

Para contextualizar y explicar esta deficiente e inevitable situación que persiste entre los ciudadanos que conforman la nación mundial, retomaremos y

explicaremos las categorías sobre las cuales girará nuestra postura, las cuales son Derechos humanos y grupos vulnerables - grupos étnicos-.

Derechos humanos.-“Son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada”¹. Tienen como características:

La universalidad.- Indica que son para todas las personas, independientemente del sexo, edad, raza, lugar en la sociedad, preferencias.-sexuales, religiosas, políticas-

Incondicionalidad.- Apoyan únicamente los derechos de las personas sin transgredir los de los demás.

Inalienabilidad.- Fortalecen la dignidad humana.

Para la clasificación de los derechos humanos se han tomado en cuenta varios criterios, entre ellos tenemos los siguientes: su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refiere. A estas clasificaciones se les denomina generaciones, hasta la fecha se han sucedido tres generaciones:

1ª.-Surgió durante la revolución Francesa –siglo XVIII- , en la asamblea general y se refiere a los derechos civiles y políticos, también denominados libertades clásicas.

2ª.- La forman los derechos económicos, sociales y culturales, en los cuales los derechos pasan a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho en donde se demanda el bienestar en general para todas las personas.

3ª Su nacimiento se ubica en los años setenta y tiene como finalidad, el incentivar el progreso social, mediante la elevación del nivel de vida de los pueblos del orbe, basándose en el respeto y colaboración mutua.

Hablar de los derechos humanos es hacer una revisión retrospectiva de los derechos del hombre. Es importante destacar que no obstante toda su trayectoria, es hasta la fundación de las Naciones Unidas-ONU- que este asunto deja de ser privativo de cada país y se convierte en cuestión mundial y así tenemos que en la carta de las Naciones Unidas se especifica que se resuelve "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas",

Muchas son la quejas y sobretodo la falta de atención a los países pobres, por parte de la

ONU, no es cuestión de echarle la culpa a un organismo mundial, sino que es necesario delimitar sus funciones, en tal sentido consideramos de vital importancia mencionar que independientemente del número de países afiliados a este

organismo, -158- pocos son los que deciden finalmente los acuerdos que se van a ejecutar. Para clarificar esta situación, mencionaremos la estructura orgánica de la ONU, la cual está conformada por seis órganos principales:

1. Consejo de Seguridad
2. Asamblea General
3. Consejo Económico y Social (ECOSOC)
4. Secretaría General
5. Tribunal Internacional de Justicia
6. Consejo de Administración Fiduciaria.

De estos órganos el que nos interesa –dada su ingerencia en asuntos internacionales es el Consejo de seguridad. En tal sentido explicaremos brevemente su conformación y funciones. El Consejo de Seguridad, es un órgano intergubernamental; esto quiere decir que su actuación se restringe a unas cuantas personas –ignorando la opinión de los países que no están representados-. Se encuentra representado por 15 países, de los cuales cinco son permanentes, el resto se van cambiando cada dos años. Cabe hacer notar que los países que no cambian son los que determinan las acciones a seguir y por supuesto son los que tienen todo el poder. No es sorpresa que estos países sean Estados Unidos, Reino Unido, Francia, China y Rusia

Sus integrantes se encuentran de tiempo completo en su sede que se ubica en Nueva York y su función primordial es cuidar y mantener la seguridad y el orden mundial.

Grupos vulnerables

Cuando hablamos de grupos vulnerables nos estamos refiriendo a aquellos grupos de personas que por circunstancias sociales, biológicas o étnicas se encuentran en situaciones enfáticas de abandono que los obligan a depender directamente de otros. En éste rubro tenemos:

Gente en extrema pobreza -que en nuestro país asciende a más de 20 millones de habitantes-.

Personas con capacidades diferentes, las cuales por atrofiamiento de sus órganos o trastornos genéticos tienen alguna limitante para ser autosuficientes.

Grupos indígenas, que por su situación cultural observan una serie de conductas que les impiden integrarse de forma total a la sociedad.

Bajo estas circunstancias a los grupos vulnerables se les va dosificando el compromiso de respeto a sus garantías individuales y las dadas que el gobierno o las instituciones sociales ofrecen como apoyo, normalmente se presentan como ayuda extraordinaria, sin reconocer y mucho menos mencionar que es una obligación que la autoridad tiene de proteger los derechos humanos.

Esta situación se va haciendo cotidiana y al paso del tiempo va creando conformismo y fragilidad en los grupos sociales que se encuentran en esta situación.

La situación de fragilidad surge por:

- Falta de igualdad de oportunidades e incapacidad para satisfacer sus necesidades básicas.

- Desnutrición, enfermedad e Incapacidad de acceder a los servicios públicos.

La vulnerabilidad atenta contra la división de los derechos humanos, dado que éstos deben ser entendidos en forma integral. La ausencia de determinadas garantías anula sistemáticamente a las demás, por tanto afecta la dignidad y los derechos fundamentales de personas, grupos y comunidades.

Por lo anterior, el Estado debe encaminar sus esfuerzos a garantizar que todos sus integrantes, en particular los más vulnerables, cuenten con un nivel de vida digno. No es posible entender el crecimiento económico o el desarrollo de una nación si no está orientado hacia el mejoramiento constante del bienestar de la población, que es la razón de ser del Estado.

Después de fundamentar nuestras categorías de análisis, pasamos a establecer la relación que se da entre ellas.

¿Quiénes son vulnerables en la sociedad? Desgraciadamente existe un sinnúmero de personas que se ven afectadas directamente por su condición económica o sus características étnicas, o físicas.

Lo que nos interesa a nosotros es tratar fundamentalmente la discriminación racial y concretamente las consecuencias que origina la marginación de los grupos étnicos.

Uno de los problemas por los que atraviesa esta etnia, es la falta de identidad, situación que se puede explicar entre otras causas por la emigración, para ejemplificar esta situación a continuación exponemos un caso.

La pérdida de identidad Purhépechas, causada por la migración,

En los tres últimos lustros la migración la realizan principalmente los adolescentes; jóvenes que difícilmente han concluido sus estudios de secundaria y obedece entre otros al factor económico.

Esta circunstancia ha modificado de manera lenta pero inexorable la forma de pensar y actuar de sus habitantes. A tal grado que se puede hablar ya de una aculturación que está trastocando la cultura original, que desde siempre habían aceptado y puesto en práctica sus costumbres y tradiciones, en donde predominaban las leyendas, danzas y ritos cristiano-paganos referentes a los eventos trascendentales de la vida social y en donde existía como elemento fundamental de su idiosincrasia el respeto y atención hacia las personas mayores.

Si recordamos que los países altamente industrializados son los que conforman el Consejo de seguridad de la ONU, es comprensible, que para ellos el hecho de sobajar y discriminar a los grupos étnicos es parte de la estabilidad social y seguridad mundial.

La Mejor manera y quizás la única de evitar el abuso y la marginación de la procuración de la justicia, es mediante el conocimiento y la aplicación de todos los beneficios que la ley nos concede por el simple hecho de ser humanos.

Concluimos este trabajo dejando patente una vez más, que de nosotros depende que las autoridades solucionen la problemática de falta de empleos que se traduce en delincuencia, abandono de hogares –migración- y sobretodo violación de las leyes que cotidianamente se da en nuestro país. Por lo cual debemos exigir y organizarnos la sociedad civil para que no se vulneren y se haga un estricto respeto de los Derechos Humanos, como la mejor forma de vivir en armonía y confianza dentro de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA:

Constitución Política del Ecuador, Art. 284.

12. Constitución Política del Ecuador, Art. 95, inciso 2.

13. Constitución Política del Ecuador, Art. 183.

14. Ver Hernán Salgado Pesantes, Manual de justicia constitucional ecuatoriana, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 80; Rafael Oyarte, op. Cit. p. 114.

15. Manuel Peña Freire, op. Cit., p. 128.

16. Tribunal Constitucional, Pleno, Resolución 046-2001-TP, en Rafael Oyarte, op. Cit., p. 118.

17. En términos normativos, seguiré –en lo posible- el orden expuesto por Rafael Oyarte en su libro sobre la acción de amparo: Rafael Oyarte Martínez, La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina, Andrade y Asociados, Abya-Yala, Quito, 2006.

18. Tribunal Constitucional, Pleno, Resolución N. 0401-2004-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 32.

19. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N 809-2002-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 45.

20. Constitución Política del Ecuador, Art. 91; Ley de Control Constitucional, Art. 48. Ver también, Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0222-2004-RA, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 50.

21. Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución n. 0793-2003-RA; Primera Sala, Resolución N. 349-RA-01, citado por Rafael Oyarte, op. Cit. p. 72