

Conference Paper

Derechos Sociales En Ecuador: Hacia Una Nueva Concepción En Su Tutela

Social Rights In Ecuador: New Concepción In Protección

P Mancero

Escuela de Ingeniería en Marketing, Facultad de Administración de Empresas, Escuela Superior Politécnica de Chimborazo EC060155

Resumen

La evolución de los derechos humanos y una característica importante de aquellos, en el sentido de que se encuentran en constante dinámica y movimiento, inacabados y en progresivo apareamiento son elementos fundamentales para entender el planteamiento de una nueva visión de tutela de los denominados derechos sociales. Efectivamente los primeros derechos que fueron reconocidos como intrínsecos del ser humanos fueron los llamados Civiles y Políticos, que irrumpieron con la denominación de derechos de primera generación especialmente en la concepción europea, a los cuales en una primera fase de la evolución se los considero como las libertades públicas propiamente dichas, a ser protegidas y garantizadas por el Estado inclusive mediante acciones ante la Función Judicial. Posteriormente la realidad de la vida de los individuos en la sociedad, sus profundas injusticias materiales en cuando al goce y disfrute del trabajo, la educación, la salud, vivienda, alimentación, etc, ocasionaron que no solo la vida, libertad física, de pensamiento, opinión y otros deben ser garantizados, sino también otro aspectos de la vida material del ser humano de cuya realización depende en gran parte la dignidad de sus existencia. En este contexto es necesario plantear una nueva visión para la tutela de los denominados derechos sociales, para que sean considerados justiciables y de igual jerarquía en la práctica que los civiles y políticos, otorgándole los mismos mecanismos judiciales de protección.

Abstract: The evolution of human rights and an important characteristic of those, in the sense that they are in constant movement and dynamics, unfinished and in progressive appearance are fundamental elements to understand the approach of a new vision of protection of the so-called social rights. Indeed, the first rights that were recognized as intrinsic to human beings were the so-called Civil and Political, which broke with the denomination of first generation rights especially in the European conception, which in a first phase of evolution are considered as public liberties themselves, to be protected and guaranteed by the State, including through actions before the Judicial Branch. Subsequently the reality of the life of individuals in society, their profound material injustices in the enjoyment and enjoyment of work, education, health, housing, food, etc, caused that not only life, physical freedom, thinking, opinion and others must be guaranteed but also other aspects of the material life of the human being on whose realization the dignity of their existence depends to a large extent. In this context it is necessary to propose a new vision for the protection of the so-called social rights, so

Corresponding Author:

P Mancero

paul.mancero@esPOCH.edu.ec

Received: 10 January 2020

Accepted: 17 January 2020

Published: 26 January 2020

Publishing services provided by
Knowledge E

© P Mancero. This article is distributed under the terms of the [Creative Commons Attribution License](#), which permits unrestricted use and redistribution provided that the original author and source are credited.

Selection and Peer-review under the responsibility of the VI Congreso Internacional Sectei 2019 Conference Committee.

 OPEN ACCESS

that they are considered justiciable and of equal hierarchy in practice than civil and political ones, granting them the same judicial protection mechanisms.

Palabras clave: Tutela, Derechos Sociales, eficacia, rompimiento.

Keywords: guardianship, Human rights, effectiveness, breach.

1. Introducción

El presente trabajo, en el marco de los principios de los derechos fundamentales, realiza un breve análisis sobre la naturaleza de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, en cuanto a su origen, a la obligación de garantía por parte del Estado pero conforme las obligaciones positivas o negativas que tiene que desarrollar para su realización. Sus características en cuanto a su protección y la denominada progresividad en su cumplimiento. Finalmente en función del principio de igualdad jerárquica de los derechos, se hace una propuesta de protección judicial de los derechos sociales en los mismos términos que se los realiza para los derechos civiles y políticos, llegando a la conclusión de la debilidad de la garantía judicial de los derechos sociales, fundamentado en varios datos estadísticos sobre la materia y, de ahí la necesidad de plantear una concepción más amplia y eficaz sobre su tutela.

2. Metodología

El presente trabajo tiene básicamente fuentes doctrinales de autores nacionales e internacionales de reconocida trayectoria académica sobre la materia, cuyas tesis se complementan con instrumentos internacionales de derechos humanos y la normativa Constitucional y legal histórica y vigente. Se realiza un análisis sistemático de estos elementos para llegar a concluir que en necesario romper con la tradición jurídica nacional de debilitamiento de la tutela de los derechos sociales y en función de aquello se plantea una nueva concepción de protección de aquellos conforme a la doctrina, normas internacionales y nacionales.

3. Desarrollo y Discusión

Nuestra Carta Constitucional vigente recoge o representa mucho de lo que ha dado por llamarse doctrinalmente como Neoconstitucionalismo, el que *propugna que las*

Constituciones no se limiten a establecer competencias o separar a los poderes públicos, sino que contengan altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionen la acción del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.(1)

Los derechos sociales hay que entenderlos en su contenido como es su garantía en el contexto de las Cartas Constitucionales de 1998 y 2008. Para comprender el contenido, denominación y alcance teórico de los derechos sociales establecidos en la Constitución de 1998, es necesario y pertinente ubicar los mismos dentro del contexto general de forma de Estado que estableció dicha Carta Constitucional (2). Al acoger la fórmula Estado Social de Derecho ESD, en nuestro país introducía teóricamente tanto en su estructura constitucional, en su actividad política, económica y social, los fundamentos y concepciones del Estado Social, debiendo considerarse este no como una simple enunciación semántica sino como su sustento, en el cual se debió construir la institucionalidad así como la actividad pública y privada del Ecuador.

Al instituir esta forma de organización estatal, nuestra organización pública quedaba obligada a adoptar una serie de medidas tendientes y necesarias a realizar la justicia social, la dignidad humana, el respeto a los derechos y libertades, la sujeción de la autoridad a una serie de deberes y derechos recíprocos establecidos constitucionalmente. Es decir el Estado no sólo tenía una obligación abstencionista, no intervenir en las libertades de las personas, si no que por el contrario exigía una actuación con la finalidad de eliminar o por lo menos disminuir las condiciones de desigualdad material. También el establecimiento de un amplio catálogo de los denominados derechos sociales se constituía en un elemento fundamental previo para la materialización de los mismos, es decir su reconocimiento constitucional era fundamental aunque no definitivo a fin de lograr en la vida cotidiana el ideal del Estado Social y su conjunto de principios, valores y elementos que deben regir la vida de la comunidad.

En cambio, el análisis de los derechos sociales en la Constitución vigente, se tiene que dar dentro del contexto general establecido en aquella respecto a la forma o modelo de Estado que hemos adoptado. (3) Cuando se expresa *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, se está adoptando una determinada categoría que va a configurar una específica forma jurídica política de organización, y en función de esta se debe entender y aplicar tanto derechos y garantías como los elementos orgánicos de la Constitución. En este sentido sobre la nueva forma estatal *a unos y otros, nos inicia en el análisis y la comprensión de lo que hemos de entender por Estado constitucional de derechos y justicia, no precisamente como realidades existentes ahora, en el hoy del*

Ecuador, sino como proyecto que debemos construir con nuestro esfuerzo cotidiano (4).

Es importante señalar que si bien es cierto que esta nueva fórmula parece reemplazar o sustituir a la de ESD no es menos cierto que la categoría de *social* permanece en el esquema de elementos constitutivos del Estado, lo que implica que el Ecuador no abandona la concepción del Estado Social, aunque el mismo deberá entenderse bajo esta nueva realidad constitucional.

En cuanto al catálogo de derechos sociales, la Carta Constitucional de 1998, incluye los denominados derechos sociales, propios del ESD, en el capítulo IV, Arts. 30 al 82, bajo la denominación "**derechos económicos, sociales y culturales**", acogiendo el apelativo que a nivel internacional se ha otorgado a este tipo de derechos. Bajo este capítulo se estructuró un conjunto de derechos: a.-De la propiedad, b.-Del trabajo, c.-De la familia, d.-De la salud, e.-De los grupos vulnerables, f.-De la seguridad social, g.-De la cultura y educación, h.-De la ciencia y tecnología, i.-De los deportes.

El Estado con sus principios fundamentales e instituciones, trata de cumplir precisamente sus deberes primordiales, entre ellos aseguran la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social; la protección del medio ambiente, preservar el crecimiento sostenible de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo; erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes. (5). Por experiencia, la trayectoria del accionar estatal nos demuestra lo sinuoso del terreno que ha debido recorrer y la inexistencia -hasta nuestros días- de parabién por parte de las masas. (6)

Por otro lado, cuando regía la Constitución de 1998, eran ya parte del denominado bloque de constitucionalidad ecuatoriano (7). los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por nuestro país, y sobre la materia el principal es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el mismo que establece la obligación de los Estados parte de implementar mediante medidas eficaces y con progresividad, los derechos allí reconocidos.

En esta perspectiva general se encuentran incluidos los *derechos sociales*, aunque ya no con esta denominación, en virtud de que nuestra Constitución vigente, realiza una clasificación atípica y poco tradicional de los derechos humanos y constitucionales, apartándose en este sentido de las denominaciones clásicas, y mucho más aún de la enunciación de las generaciones de derechos. Sin duda alguna la actual denominación y clasificación de los derechos en nuestra Carta Constitucional es bastante original. Los derechos sociales que constaban en la Constitución de 1998, están recogidos en su gran mayoría en el grupo denominado "*derechos del buen vivir*", y marginalmente en

el grupo "*derechos de las personas y grupos de atención prioritaria*", constantes en los artículos 12 al 55 (8). Aparte del catálogo de derechos se establecen varios sistemas relacionados con el "*buen vivir*", o "*sumak kawsay*" utilizando la expresión quechua de la Constitución. Así tenemos el Régimen del buen vivir constante en el Título VII, artículos 340 al 415 (9).; El régimen de desarrollo constante en el Título VI, artículos 319 al 337 (10), en lo que tiene que ver al trabajo propiedad social y comercio justo.

Sin embargo, la noción de *sumak kawsay* en el debate constitucional ecuatoriano, parecería que está todavía lejos para la gran mayoría, nos atreveríamos a decir que incluso para quienes lo aprobaron, lo que ha generado como es normal una serie de interpretaciones y cuestionamientos sobre su alcance y contenido en las normas constitucionales por lo que sería importante profundizar en su análisis.

El buen vivir en este contexto es una mezcla o combinación entre la concepción europea de la procura existencial y la concepción indigenista andina del *sumak kawsay*. (11)

Una corriente doctrinaria muy fuerte divide o separa los derechos constitucionales en los de *aplicación inmediata* y por consiguiente exigibles judicialmente en caso de vulneración y los *programáticos*, que si bien están reconocidos no tendrían protección judicial, lo que conllevaría implícitamente una jerarquización. También existe una posición doctrinal que considera que todos los derechos constitucionales, incluidos los derechos sociales son de aplicación inmediata, de igual jerarquía y por consiguiente susceptibles de protección judicial.

Respecto a la primera doctrina se argumenta que los Derechos Sociales como derechos fundamentales traería consigo más inconvenientes que ventajas, ya que los Derechos Sociales son estructuralmente distintos a los derechos de libertad clásicos en tanto que su garantía depende del legislador o de la disponibilidad presupuestaría estatal, de manera que no se podrá exigir su aplicación directa sin alterar los límites de la separación de poderes (12). En España sólo se concede amparo constitucional en defensa de los derechos denominados fundamentales y libertades públicas, preceptos que contemplan los derechos civiles y políticos de las personas. (13)

Esta doctrina se sustenta en que los DESC generan obligaciones positivas para el Estado, no resultando razonable que a través de la protección judicial se obligue al Estado a asumir determinadas políticas que alterarían la planificación y políticas públicas en su gestión. (14)

La tensión y pugna entre derechos de aplicación inmediata y programáticos se dio al momento de la interpretación de la Declaración Universal, misma que consagraba tanto derechos individuales como sociales; y que al momento de buscar su implementación

originó una serie de disputas sobre la preeminencia de ciertos derechos sobre otros, lo que se consolidó con unos pasos decisivos respecto a los derechos humanos, me refiero a la aprobación por una parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo (15), y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por otra. (16)

Esta separación de los derechos en distintos pactos, ocasionó que se dé a los derechos civiles y políticos una jerarquía superior en relación a los DESC, más aún cuando en el segundo artículo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece una norma que marcará trascendencia respecto a la interpretación de la exigibilidad de los derechos establecidos en aquel instrumento internacional, al determinar el nivel del compromiso que los Estados partes asumen al adscribirse a este pacto. Señala esta disposición que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, por separado o mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. (17)

El caso ecuatoriano y su discusión de la protección entre derechos constitucionales, y en especial sobre los DESC en nuestro país aparentemente fue zanjada normativamente. Ya que se señala que de acuerdo con el art.18 inciso primero de la Constitución de 1998, todos los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente son de aplicación directa e inmediata, no obstante no todos han podido ser exigibles de la misma manera y con los mismos medios o garantías.(18).

Es decir, se optó por la corriente que sostiene que los derechos sociales tienen fuerza jurídica y aplicación directa, pero el tratamiento jurisprudencial que debió llevar a la práctica estos principios y reglas, parece apartarse de esta concepción, ya que si bien es cierto que constitucionalmente en 1998, se consagró que los DESC son de aplicación directa e inmediata, no es menos cierto que especialmente vía judicial se elaboró una concepción distinta y contraria a los preceptos constitucionales, que se ubica más cerca de la corriente que señala que sólo los derechos de libertad son de aplicación directa y gozan de protección judicial, dejando fuera de esta categoría a los derechos sociales. Es decir habría un grupo de derechos exigibles y justiciables, que serían los derechos civiles y políticos; en cambio otro grupo de derechos de aplicación progresiva, programática y por consiguiente no exigible vía judicial que serían los derechos sociales.

En efecto, en aplicación de esta doctrina parecería ser que la justicia constitucional de nuestro país que estaba a cargo del Tribunal Constitucional, de manera arbitraria y

sin justificación normativa ni doctrinaria, restringió en la gran mayoría de casos puestos a su consideración y resolución la posibilidad de la protección judicial de los derechos sociales y colectivos, quedando protegidos únicamente los denominados derechos de libertad, individuales o subjetivos, también conocidos como civiles y políticos. Esto a pesar de que constitucional y legalmente no solo que existía la posibilidad adecuada y suficiente para proteger judicialmente los derechos sociales.

Es en los presupuestos de procedibilidad del acción de amparo, garantía constante en la Constitución de 1998, que teóricamente posibilitaba la protección de los derechos sociales, dónde queda evidenciada la introducción de la teoría del derecho subjetivo, cuando reiteradamente el Tribunal Constitucional desnaturalizó el ámbito de protección normativa establecido en el art. 95 de la Constitución de 1998 y del artículo 46 (19), disposiciones que clara y textualmente señalaban que es procedente el amparo cuando se viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente. La restricción arbitraria se denota cuando del ámbito de protección amplia y general de la garantía constitucional se reduce a lo que se denominan derechos subjetivos constitucionales, entendiéndose civiles y políticos lo que marca una diferencia trascendente en cuanto a la posibilidad de protección de otros derechos que no están dentro de la categoría anteriormente señalada y que no tienen otro mecanismo judicial específico de protección.

Otro aspecto importante de la aplicación de la teoría del derecho subjetivo en los derechos constitucionales en nuestro país, es la limitación respecto a la legitimación activa del amparo, ya que de igual manera la Constitución de 1998, reconocía la factibilidad de accionar la garantía del amparo, no solo el afectado o vulnerado por el acto u omisión ilegítima de autoridad pública sino que cualquier persona, convirtiéndose de una verdadera acción popular.

Es en este sentido el Tribunal Constitucional nuevamente contrariando la Constitución, exigió la acreditación de la vulneración de un derecho personal o individual para que una persona pueda presentar una acción de amparo, así también con la legitimación de actuar en representación de una colectividad, quedando sin analizar el fondo de las causas sobre la legitimidad de los actos u omisiones y la posibilidad de vulneración de derechos (20). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ecuatoriano recogió reiterativamente la teoría del derecho subjetivo de los derechos constitucionales, y no se evidencia una justificación argumentativa interna ni externa que sustente la adopción de la misma, lo que a mi entender refleja una arbitrariedad judicial que hace casi inexplicable comprender los motivos de haber optado por aquella línea jurisprudencial, a no ser la falta de voluntad por consolidar el ESD determinado en

el Art. 1 de la Constitución de 1998 y debilitar los controles al poder político a fin de darle oportunidad a que actúe fuera del marco conceptual y normativo de la Constitución en materia de derechos sociales y colectivos.

En este sentido, y como ya quedó expresado en el acápite respecto a los principios de aplicación e interpretación de los derechos fundamentales y sus garantías, la Constitución de 2008 trajo avances importantes y definitivos. Así se establecen los de aplicación directa e inmediata de todos los derechos (Art.11.3), de igualdad jerárquica e interdependencia (Art. 11.6), reforzado por el de justiciabilidad (Art. 11.3 inciso tercero).

La adopción de estos principios, evidencia con mayor fuerza doctrinaria y normativa la inadecuada e inmotivada aplicación jurisprudencial de la teoría del derecho subjetivo en los derechos fundamentales y su jerarquización, que tradicionalmente se ha venido dando en nuestro país en detrimento de la garantía judicial de los derechos sociales y colectivos. Nos corresponde precisamente analizar si estos principios de interdependencia e igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, consagrados en el texto constitucional vigente y en el Programa de acción de Viena (21), que es el instrumento internacional que consagra con claridad los mismos, se están aplicando jurisprudencialmente a los derechos sociales o de buen vivir, más aun cuando se cuenta con un principio adicional trascendental, cual es de justiciabilidad de todos los derechos. Este análisis evidenciará si efectivamente estamos dando avances en la protección judicial de los derechos sociales o si nuevamente la jurisprudencia constitucional se divorcia de la doctrina y norma constitucional en este tema.

En nuestro país, pese a que la Constitución establece el principio de igualdad jerárquica de los derechos y la justiciabilidad de todos sin distinción (9), el problema surgió en la práctica, a partir de una jurisprudencia constitucional alejada de los preceptos constitucionales y legales que regulaban la materia. Así por ejemplo, a pesar de contar con redacciones tan claras como las previstas en la Constitución de 1998 y Ley Orgánica de Control Constitucional, los jueces constitucionales, en la mayoría de casos, a partir del establecimiento de teorías respectivas como la del derecho subjetivo, que no hallaba reconocimiento constitucional, consolidaron jurisprudencialmente una categoría de derechos fundamentalísimos, objeto de protección a través de la acción de amparo, y otros, que a pesar de encontrar reconocimiento constitucional, como en efecto son los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fueron excluidos del ámbito de protección de la garantía, precisamente por sus dimensiones colectivas, por la dificultad de acreditar violaciones a derechos subjetivos.(22)

En relación a esta temática, se expresa que la igualdad jerárquica quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna, no

existen unos más importantes que otros. No por estar al final, en segundo o tercer lugar de una enumeración de derechos, significa que es menos importante (23). La interdependencia de los derechos consiste en que estos se relacionan entre sí, son como un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros. Los derechos tienen que ser leídos sistemáticamente. Los derechos son un instrumento para que los seres humanos puedan vivir cabalmente. Así como al ser humano no se le puede compartamentalizar a los derechos.

Bajo estas consideraciones y teniendo en cuenta que existe una base constitucional normativa y doctrinaria, es pertinente proponer una nueva concepción para la tutela de los derechos sociales, alejadas de la teoría del derecho subjetivo y de una inapropiada jerarquización de los derechos fundamentales. En esta propuesta tienen un papel central la visión judicial de la protección de los derechos sociales y el rol del juez en esta materia. Los fallos o decisiones judiciales son los que le dan sentido real y práctico a los derechos constitucionales, hacen realidad los valores, principios y reglas constitucionales, en definitiva los que permiten que el constitucionalismo no sea una quimera o utopía, sino el elemento trascendente en el convivir racional, equitativo y justo de las sociedades. La jurisprudencia constitucional es el elemento de garantía primordial del sistema, si esta falla todo lo demás es ficción o una falacia con ropaje de legitimidad constitucional. En este aspecto el presente expresa de manera sucinta cual es el rol del juez en el Estado Constitucional en atención a métodos propios de interpretación y estructura de las normas constitucionales; la tendencia respecto a la utilización de la acción de protección para tutelar derechos sociales, así como la respuesta que han obtenido de los jueces; y *especialmente*, a la luz de los elementos teóricos normativos de la Constitución del 2008.

La adopción de la forma de Estado Constitucional, implica necesariamente un papel distinto de parte de los jueces, en relación con el Estado legalista, esto debido a que por sus características, el primero confía a los jueces la eficacia y materialización de los derechos fundamentales, por aquello, una característica fundamental de este es la instauración de garantías judiciales de los derechos y del control de la constitucionalidad, lo que conlleva un robustecimiento de la jurisdicción constitucional. **¿Cuál es entonces el nuevo rol del juez constitucional?**, la respuesta a esta pregunta está ligada a los principios y métodos de interpretación constitucional, así como a la estructura propia de las normas constitucionales. La lógica de interpretación judicial sobre una ley no puede aplicarse a la Constitución, y esto explica el nuevo rol que tienen los jueces para aplicar principios y reglas constitucionales.

Hay métodos tradicionales que provienen de Savigny, aquellos establecidos en el Código Civil, los más importantes de los cuales son el método sistemático y el teleológico, pero existen también métodos especiales de interpretación constitucional, debido a que interpretar la Constitución no es interpretar una ley, no es interpretar una norma común y corriente y, por lo tanto, no funcionan o no funciona en todos los casos, los métodos tradicionales, debido a la propia estructura de la Constitución porque la Constitución está configurada por normas y conceptos jurídicos indeterminados que requieren para su cabal aplicación, de la elaboración de reglas sub-constitucionales que los concrete. Necesitan concreción y esa concreción ¿Quién la hace?. Por supuesto el juez constitucional. Para hacer esa concreción, hay métodos especiales; el más importante de los cuales es la interpretación racional. Interpretación es este contexto sinónimo de creación del Derecho. La interpretación constitucional no es una operación de subsunción sino que es creación del Derecho a partir de una argumentación racional y la racionalidad es el principal parámetro de constitucionalidad- (24)

Entonces si en el Estado Constitucional de Derechos, la tarea del juez constitucional al interpretar la Constitución o el bloque de constitucionalidad, es la de crear derecho para solucionar un caso concreto, no es adecuado o suficiente que aquel aplique el método silogístico o subsunción, sino que es preciso la utilización de otros métodos más acordes con la función creadora que al juez le asigna el Estado Constitucional, así como con la estructura tética de las normas constitucionales. Sin perjuicio de otros métodos interpretativos, se estima que *la ponderación y la proporcionalidad* son apropiadas a esta realidad jurídica.

La ponderación surge ya que las Constituciones actuales establecen una importante cantidad de valores y principios, por lo que la contradicción y tensión entre aquellos es latente, pues pueden ser invocados a un caso concreto, colocando al juez en la obligación de decidir cuál principio considera para dicho caso; en definitiva cuando se presenta una suerte de colisión entre principios reconocidos por la Constitución la interrogante a ser resuelta es: ¿Qué principio se aplica?; en este tipo de contexto emerge el método de ponderación, que como su nombre lo significa, implica un balance entre los principios en colisión, por el hecho de la igualdad jerárquica de estos y la necesidad de precautelar la "unidad de la Constitución".

La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración a su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibles incompatibilidades entre las norma prima facie que fundamentan. (25)

La ponderación, es únicamente una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sino una relación de procedencia condicionada entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso. Por lo tanto la decisión en virtud de la cual se establece el principio que se debe aplicar no significa que un principio sea superior a otro, sino que en virtud de las características de un caso concreto, dicho principio es el pertinente y otro no, pudiendo suceder que en una futura controversia entre los mismos principios, se decida aplicar el otro, si las circunstancias del caso lo ameritan. (26)

Bajo esta realidad y frente a la insuficiencia del método silogístico para resolver este problema, colisión de principios, debido a sus limitaciones ya expresadas, la novel tarea de los jueces constitucionales será entonces solucionar la tensión justificando argumentadamente tanto formal como materialmente sus decisiones, validez que no la encontrará en norma jurídica alguna sino en otros elementos racionales, radicando justamente ahí su labor creadora de derecho para un caso concreto, utilizando las reglas del método ponderativo y dependiendo de la fuerza de su precedente puede servir de guía para otros casos análogos e inclusive de aplicación general y obligatoria cuando emana de la más alta instancia de justicia constitucional como en nuestro caso es la Corte Constitucional.

La proporcionalidad, tiene un grado de vinculación directo y dependiente de la ponderación, de tal manera que sin ponderación no puede existir proporcionalidad. Al respecto, cuando dos principios entran en colisión, como ya fue expresado anteriormente, la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación del otro, corresponde al juez constitucional determinar si dicha reducción es o no proporcionada, esto implica que la afectación de un principio no puede ser desmedida, sin unos parámetros. La proporcionalidad debe ser entendida en función de la denominada "ley de ponderación" y que se expresa 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".

La ley de ponderación en este sentido establece una relación directamente proporcional entre principio afectado y principio optimizado, por lo que la proporcionalidad pretende por una parte la máxima realización posible de un principio e impedir ciertas intervenciones o restricciones de los derechos fundamentales que sean evitables o desmedidas. Entonces el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. El ejercicio del método de proporcionalidad hace relación con: a.-Adecuación de los medios escogidos para lograr el fin buscado, b.- Necesidad del uso de dichos medios para alcanzar el fin propuesto,

verificando que no esté disponible otro mecanismo que permite lograr el objetivo con menor sacrificio de otros principios y, c.- Proporcionalidad directa entre medio y fin, restricción de uno y alcance proporcional de otro.

Entonces tenemos que el método de proporcionalidad como complemento y vinculado necesariamente con la ponderación, es un elemento que permite la concreción de las pautas necesarias para ayudar en la tarea del juez constitucional de crear derecho a fin de resolver el complejo caso puesto a su conocimiento. En otros términos la proporcionalidad ofrece unas reglas concretas para la tarea judicial creadora del derecho, a fin de no caer en el subjetivismo o decisionismo, que es uno de los riesgos del equivocado entendimiento de estos métodos y fundamento de la crítica de sectores de la doctrina.

Un uso arbitrario o ilegítimo, o si se prefiere maquiavélico de la interpretación constitucional, parece implicar una desnaturalización del oficio de los jueces, no sólo porque se causa daño al orden jurídico establecido (o al orden habitual de las cosas jurídicas), sino además porque se hace con determinación. Esto ocurre cuando los jueces, por ejemplo, con la intención de hacer prevalecer sus propias ideologías o intereses privados, eligen premisas falsas e incorrectas, tergiversan la realidad de los casos o sus implicaciones, distinguen aspectos sin una razón suficiente, imponen exigencias no contempladas con anterioridad y sin un soporte justificativo para hacerlo, o tejen un conjunto de argumentos de tal forma que, lejos de ofrecer resultados consistentes con la justicia constitucional, obedecen a criterios injustificados (27)

Como lo señalamos, en el Estado Constitucional los jueces deben asumir el rol de guardianes de su contenido y de los derechos fundamentales, específicamente a través de la utilización de las denominadas garantías judiciales y la implementación de métodos propios de interpretación constitucional para resolver los casos puestos a su consideración, por lo que el grado de utilización de estas acciones y la respuesta judicial frente a estos requerimientos constituyen parámetros fundamentales para evidenciar la vivencia social de la nueva forma de Estado.

El planteamiento de una nueva concepción de tutela de los derechos sociales debe superar definitivamente teoría del derecho subjetivo instaurada y de tradición jurídica en nuestro país y mediante la garantía jurisdiccional correspondiente establecer mecanismos de protección para los mismos. Sin duda algún la acción de protección debe constituirse en esa herramienta eficaz.

La acción de protección tutela los derechos sociales y en función de los principios constitucionales vigentes enunciados anteriormente, todos los derechos deben ser susceptibles de protección judicial, sin que dependa de la titularidad individual o

colectiva y, rompiendo con la tesis tradicional de considerar sólo a unos derechos justiciables y otros no. Parecería ser que la clasificación atípica que nuestra carta constitucional hace de los derechos, busca consolidar esta posición, reforzada por los principios de interdependencia e igualdad jerárquica y por consiguiente establecer todo un campo de acción adecuado para la protección judicial de los derechos, de los cuales son parte los del buen vivir.

Nuestra normativa constitucional es coherente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que se declara que toda persona, sin ningún tipo de discriminación, tiene derecho a un recurso efectivo ante los jueces competentes que lo proteja contra actos que violen cualquiera de sus derechos fundamentales (28). El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, estableció que existen obligaciones inmediatas por parte de los Estados para proteger los derechos sociales, entre las cuales se encuentran la de establecer recursos administrativos o judiciales específicos creados para la protección de estos. (29)

Respecto a la efectividad del recurso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos ha establecido que un recurso es efectivo para proteger derechos sociales, a.-cuando es idóneo para determinar si hubo una violación a este tipo de derechos y, b.- a su vez permite dar una solución adecuada a este tipo de vulneraciones. (30). *El primer punto (a)*, está vinculado a que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y por consiguiente su violación exige mecanismos de reparación colectivos, ya que la titularidad del derecho corresponde a un sujeto plural. En función de esto se debe permitir invocar una afectación grupal y no únicamente individual, de modo que se pueda reclamar una remediación de carácter colectivo, rebasando el plano individual; *el segundo punto (b)*, esto es que el recurso permita dar una solución adecuada a la violación de derechos sociales, que está configurada básicamente con demandas de prestaciones estatales, está vinculado no sólo a la posibilidad sino a la obligación judicial de ordenar la reparación integral de los derechos.

Nuestra acción de protección cumple con estos estándares, ya que se establece que se puede ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, es decir, se establece la factibilidad de que los derechos sociales puedan ser exigidos de manera colectiva. En cuanto a la reparación integral el art. 88. 1 Constitucional, dispone que el juez no sólo deberá declarar la violación del derecho, sino también ordenar la *reparación integral, material e inmaterial*, y especificar e individualizar, las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deben cumplirse.

Por otra parte, la Constitución, en línea con las doctrinas que establecen que las políticas públicas son medios para hacer efectivos los derechos sociales, reconoce a estas políticas como garantía de los derechos y establece que éstas podrán ser demandadas judicialmente mediante la acción de protección, cuando vulneren derechos.(31)

A continuación presentamos una tabla con porcentajes sobre casos recopilados aleatoriamente de acciones de protección en la Función Judicial en los que se evidencia que solo dos de cada diez acciones de protección de refieren a derechos sociales por tutelar.

TABLE 1: Desglose porcentual de acciones de protección presentadas por grupos de derechos. Presentado a la Función Judicial 2018.

Derechos demandados por acción de protección	Protección	Buen vivir	Naturaleza	A,Prioritaria
	41.32%	18.77%	0.28%	0.70%
	Pueblos y Nac.	Participación	Civiles	Otros
	o.42%	1.12%	16.67%	20.73

4. Conclusiones

Una clara conclusión respecto a este trabajo es que la doctrina de derechos humanos se encuentra dividida entre la que cree que solo deben protegerse judicialmente los derechos civiles y políticos y otra área de la misma que considera que deben ser tutelados judicialmente todos sin excepción en virtud del principio de igualdad jerárquica. En nuestro país se a adoptado históricamente vía jurisprudencial la teoría del derecho subjetivo que implica que solo los derechos civiles y políticos sean protegidos con mayor eficacia, contrariando normas constitucionales y legales, y es en este punto que amparándome en las misma planteo una nueva visión de tutela de los derechos sociales en armonía en la Constitución y la doctrina de los derechos humanos que propugna la igualdad jerárquica, para lo cual la denominada acción de protección en nuestro país debe ser la herramienta eficaz con este propósito y fortaleciendo la tarea de creación del derechos de un juez constitucional y su rol de guardián de los derechos de las personas.

Agradecimientos

Mi agradecimiento de manera especial a la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, a través de su Facultad de Administración de Empresas, y de manera particular Escuela de Marketing, por la oportunidad de presentar esta ponencia para el VI CONGRESO INTERNACIONAL DE LA SEMANA DE LA CIENCIA, EMPRENDIMIENTO E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA.

References

- [1] Carbonell, M. El Neoconstitucionalismo en su laberinto, Madrid, Trota, 2007.
- [2] Constitución Política del Ecuador, 1998.
- [3] Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- [4] Trujillo, J. La Constitución del 2008 en el contexto Andino, Quito, Ministerio de Justicia, 2008.
- [5] *Constitución Política de 1998*.
- [6] Montaña, C. Reflexiones sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Ecuador, Quito, UASB, 2011.
- [7] Corte Constitucional Colombia, sentencia Nro. C-225/95.
- [8] Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- [9] Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- [10] Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- [11] Palacios, F. Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales, Quito, Ministerio de Justicia, 2008.
- [12] Stern, K. El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", Madrid, Revista Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- [13] Constitución española vigente.
- [14] Rivera, J. Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales en Bolivia, Segunda Edición, Kipus, Cochabamba, 2009.
- [15] Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General ONU, 1966-12-16.
- [16] Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Asamblea General ONU, 1966, 1966-12-16.
- [17] Instituto Interamericano de Derechos Humanos, La igualdad de los modernos. CEPL, San José, 1997.
- [18] Constitución de la República de Ecuador, 2008.

- [19] Ley de Control Constitucional de Ecuador (derogada).
- [20] Resolución Nro. 035-2004-RA, Tribunal Constitucional del Ecuador.
- [21] Programa de Acción de Viena, 1993, Viena -- Austria.
- [22] Alarcón, P. La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, Ministerio de Justicia, Quito, 2009.
- [23] Avila, R. Constitución del 2008 en el contexto andino,, Ministerio de Justicia, Quito, 2008.
- [24] Montaña, J. Supremacía de la Constitución y Constrol Constitucional, Corte Constitucional, Quito, 2008.
- [25] Bernal C. La racionalidad de la ponderación, Ministerio de Justicia, Quito, 2008.
- [26] Alexy R. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- [27] Mora G. Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- [28] Convención Americana de Derechos Humanos.
- [29] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General Nro. 3. 1990.
- [30] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Durand -- Ugarte/16-08-2000.
- [31] Silva C. Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección, Ministerio de Justicia, Quito, 2009.