

Fecha de presentación: enero, 2015 Fecha de aceptación: febrero 2015 Fecha de publicación: marzo, 2015

ARTÍCULO 14

LA MATERIALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

THE MATERIALITY OF SOCIAL RIGHTS IN ECUADOR STATE CONSTITUTIONAL

MSc. Germania Bertila Vivanco Vargas¹

E-mail: gvivanco@umet.edu.ec

¹Universidad Metropolitana del Ecuador. Sede Machala. República del Ecuador.

¿Cómo referenciar este artículo?

Vivanco Vargas, G. B. (2014). La materialidad de los derechos sociales en el estado constitucional ecuatoriano. Universidad y Sociedad [seriada en línea], 7 (1). pp. 117-123. Recuperado de <http://rus.ucf.edu.cu/>

RESUMEN

En el Estado Constitucional vigente en el Ecuador a partir de 2008, se incorporó un nuevo paradigma de validez normativa vinculado a la protección de los derechos. Este se expresa fundamentalmente en dos principios constitucionales convergentes: el de directa aplicación de la norma constitucional y convencional de derechos humanos, y el de eficacia material. Estos principios sujetan la conducta del poder público y privado hacia el respeto inexorable a los derechos constitucionales. Los derechos de libertad poseen garantías específicas para su protección ampliamente desarrolladas a nivel legal y constitucional, por ende, su contenido esencial se puede aplicar directa e inmediatamente, en razón de la simple intangibilidad que requieren. Pero, en los derechos sociales la cuestión no resulta tan simple, porque requieren de una aplicación progresiva y proporcional de recursos y acciones específicas para su materialización. Luego de un examen normativo-conceptual, se observa que la Constitución de la República del Ecuador, de 2008 (CRE), no concibe diferencia entre unos y otros derechos, lo que provoca que los derechos sociales, en algunos casos, puedan ser justiciables, y genera una controversia dogmático-interpretativa que supera las fronteras del derecho nacional.

Palabras clave:

Derechos sociales, garantismo, dignidad humana, proporcionalidad, progresividad

ABSTRACT

In the current Ecuador from 2008 Constitutional State, a new paradigm of normative validity linked to the protection of the rights incorporated. This is mainly expressed in two converging constitutional principles: the direct application of constitutional and human rights treaty rule, and material efficiency. These principles hold the conduct of public and private power to the inexorable respect constitutional rights. The rights to freedom have specific guarantees for their protection widely developed legal and constitutional, therefore, its substance can be applied directly and immediately, because of the simple intangibility they require. But social rights the issue is not so simple, because they require a progressive and proportional application of resources and specific actions for their realization. After a normative-conceptual examination, it appears that the Constitution of the Republic of Ecuador, 2008 (CRE), inconceivable difference between them and other rights, which causes social rights, in some cases, can have a justice sense, and generates a dogmatic interpretation dispute exceeds the boundaries of national law.

Keywords:

Social, guarantees, human dignity, proportionality, progressiveness.

INTRODUCCIÓN

Las dimensiones libertarias e igualitarias de la dignidad humana, que se expresan positivamente a través de los derechos subjetivos reconocidos en las cartas constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos, son un producto histórico, que con la Declaración de los Derechos Humanos evolucionó desde el reconocimiento, hacia la idea de la garantía de los derechos. Cuando se observa el devenir histórico de la tutela a la intangibilidad del ser humano, es evidente que el respeto a los derechos de libertad ha evolucionado legalmente en forma constante a través del desarrollo del pensamiento jurídico. Sin embargo, es con la idea del Estado de Bienestar que la dimensión igualitaria de la dignidad humana ha encontrado un grave problema en su materialización: la aparente ausencia de garantías específicas para su exigibilidad, dada la demanda de recursos materiales que suelen entrañar.

Los derechos subjetivos reconocidos en los ordenamientos jurídicos, son políticamente un discurso legitimador del poder público imperante y constituyen el manifiesto ideológico de una población históricamente cohesionada. No obstante, el reto de la materialidad del Estado de Derecho no se halla en el reconocimiento simbólico, sino en el respeto a la dignidad humana en todas sus dimensiones. Dicha cualidad, es asegurada por los mecanismos procesales de tutela o garantías, que en el caso de los denominados derechos sociales requieren de la acción y los recursos administrados por el Estado, a diferencia de los derechos de libertad, que requieren mera intangibilidad. Obviamente, en la realidad material estos derechos sociales, en forma más profunda que los derechos de libertad, tienden a realizarse de manera insuficiente, y a veces peligrosamente opresiva, por los intereses políticos y económicos que rodean su aplicación eficiente y eficaz.

En el Derecho Constitucional actual, estos derechos han evolucionado desde declaraciones políticas insertadas en la Constitución, para reflejar el espíritu ideológico mayoritario de una comunidad humana determinada, hasta la formulación de normas téticas objetivas con una doble función: ser objeto de aplicación directa e inmediata en la solución de conflictos socio-jurídicos y servir de norma de reconocimiento para establecer la validez material de las expresiones de poder público. En el Estado Constitucional vigente en Ecuador, no existe una distinción normativa que afecte la aplicabilidad directa e inmediata de los denominados derechos sociales, ora para la solución de conflictos, ora para validar las expresiones del poder público. Sin embargo, en atención al principio de interpretación integral del texto constitucional, se pueden colegir algunas consideraciones y limitaciones a la aplicabilidad de los derechos sociales, relacionadas a la convergencia de varios principios constitucionales, tales como la

proporcionalidad interpretativa, progresividad, equidad jerárquica y no-regresividad.

En el contexto ecuatoriano es necesario abordar esta temática, por cuanto el deber ser del derecho es una aspiración social reconocida normativamente y que se materializa en consecuencias jurídicas que son objeto de garantías, es decir, la justicia que se realiza históricamente no se debe a las declaraciones jurídicas, sino en el ejercicio transformador de las garantías de los derechos. Entonces, la cuestión de fondo, en la construcción de un Estado Constitucional en base al Buen Vivir radica en la existencia de mecanismos judiciales de tutela sobre el contenido de los derechos sociales. Este estudio tiene como objetivo determinar la naturaleza de la aplicabilidad de los denominados derechos sociales en el Estado Constitucional ecuatoriano actual, a partir del análisis de su estructura normativa en la Constitución de la República de Ecuador, de 2008 y de la controversia sobre las formas, métodos y procedimientos para la aplicación de los mismos.

DESARROLLO

El Estado Constitucional actual constituyó, en términos conceptuales, una transformación de la dinámica jurídica de la Constitución y las normas legales y administrativas, consecuentemente, implicó la modificación del paradigma de validez normativa, de las relaciones de poder político, y de los valores sociales que inspiran la actividad pública. En tal sentido, sus normas dejaron de poseer la característica de norma programática para su realización legislativa, sino que poseen un carácter primario de aplicación directa e inmediata en todo proceso jurídico, desde la producción normativa, pasando por la ejecución administrativa, hasta la interpretación y administración judicial.

Al respecto la Constitución de 2008 refiere:

Art. 11 numeral 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”.*

Art. 426.- *“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.*

A fin de tener un punto histórico de referencia para el entendimiento de la transformación de la interacción normativa, debe recordarse que, a diferencia del Estado Constitucional actual, las normas constitucionales dentro del sistema legislativo de Derecho anterior, *“terminaron siendo meras cartas políticas y los derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la*

medida en que la ley los reconociera y con el alcance que les diera" (Zavala, 2010). Por ello, el principio de aplicación directa e inmediata de la norma constitucional y convencional, produce que los derechos constitucionales tengan una doble función: ser objeto de aplicación directa e inmediata en la solución de conflictos socio-jurídicos y servir como norma de reconocimiento para establecer la validez material de las expresiones de poder público. Entonces, las dimensiones libertarias e igualitarias de la dignidad humana, expresadas positivamente a través de los derechos subjetivos reconocidos constitucional y convencionalmente deben ser materializadas, y ante el incumplimiento de los portadores del poder público, deben existir las correspondientes garantías.

Históricamente, las garantías de los derechos de libertad han evolucionado en forma constante en el pensamiento jurídico, muestra de ello es el desarrollo del *habeas corpus* en el derecho anglosajón o las garantías personales y patrimoniales sobre el crédito en la Roma clásica. Sin embargo, es con la idea del Estado de Bienestar, que la dimensión igualitaria de la dignidad humana, desarrollada a través de varias generaciones de derechos económicos, sociales, culturales y comunitarios, ha encontrado un grave problema en su materialización: la falta de recursos suficientes para la satisfacción de derechos sociales y la ausencia de garantías específicas para su exigibilidad, causado esencialmente por su novedad en el escenario jurídico.

Pese a la ausencia de garantías específicas para los denominados derechos sociales, la irradiación vertical de los derechos constitucionales sobre el ordenamiento jurídico produce la idea de la validez material, que exige la identidad valorativa o coherencia entre el contenido obligacional de los actos de poder público con el contenido esencial de los derechos constitucionales, es decir, todo conflicto tiene una esencia constitucional. Al respecto Prieto Sanchis (2004), manifiesta: *"sin embargo, el que antes hemos descrito como efecto impregnación o irradiación hace inviable esa visión geográfica de las esferas separadas: no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado"*.

La entelequia de este nuevo paradigma es que la actividad pública o privada no supere los límites y vínculos impuestos por la dignidad humana manifestada a través de los derechos de las personas. Al efecto, este fenómeno genera la necesidad de un control constitucional, como mecanismo de protección frente a la vulneración de derechos constitucionales, producida por los actos que se apartan del paradigma de validez material mediante el menoscabo, disminución o anulación en el goce y ejercicio de los derechos. Y precisamente, para la tutela de los derechos, el juez constitucional asume la postura de garante.

En ese sentido, la Corte Constitucional del Ecuador refiere, que la nueva forma de Estado pretende el sometimiento de todo poder público a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad. En este orden de cosas, la jurisdicción constitucional se constituye en garante y última instancia de cualquier materia jurídica (Corte Constitucional: Importación de vehículos para discapacitados, 2009).

En esta misma línea de ideas, Castro Riera (2008), explica que *"en el Estado constitucional de derechos se parte de la distinción entre democracia formal y democracia sustancial, como dice Luigi Ferrajoli; se constituye todo un modelo garantista, para que el derecho y, por lo tanto, los derechos no solo tengan vigencia y validez formal, sino vigencia y validez material, de manera que la forma y la sustancia, los signos y significados, la legitimidad formal y la legitimidad sustancial se correspondan en la realidad, lo cual implica que los llamados derechos fundamentales tengan todo un sistema de garantías que atraviesa a todo el Estado en sus diversas funciones y en todo su actividad, de tal manera que el énfasis final supone el encuentro de la libertad y la igualdad, pero no solo en su forma sino en la materialidad"*.

Según esta nueva concepción de Estado, la dignidad humana, expresada en las normas, y particularmente los derechos constitucionales, es el centro de la legitimación jurídica. Dada esa circunstancia, el Estado solo tiene razón de existir y mandar en cuanto respete y garantice los derechos constitucionales de los individuos que deciden, en un ejercicio de libertad, otorgarle parte de su soberanía.

Empero, la dignidad no es un concepto invariable, sino que entraña en sí una bifurcación obligacional que define la existencia de dos clases de derechos en razón de su forma de exigibilidad. Esto, porque de una parte exige del poder público protección y respeto a ciertas dimensiones, mediante la intangibilidad o no-lesión a la libertad o integridad; y por otra parte, exige al poder público ejecute prestaciones sociales que requieren la inversión de recursos humanos y materiales para su satisfacción. Y existe precisamente aquí un conflicto entre los intereses materiales e ideológicos propios de un gobierno, y la exigencia jurídica de la Constitución cuya garantía, en último término, es ejercida por el juez constitucional.

El Derecho Constitucional moderno, luego de la segunda guerra mundial, ha sufrido una profunda transformación, comparable únicamente al nacimiento del Estado de Derecho o el surgimiento de la normatividad. Esta profunda transformación está ligada a la trascendencia de la dignidad humana como sustrato primero del ordenamiento jurídico, y en consecuencia, como vinculación y limitación del ejercicio del poder público. Sobre la dignidad humana, Polo (2013), refiere que *"la dignidad humana entraña no solo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que*

supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total disponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas”.

Si bien el Derecho, como instituto ideológico, supone la vigencia de los valores reconocidos por la clase dominante en un sistema social, no es menos cierto, que producto de la globalización, la comunidad humana tiende a la homogenización de las expresiones jurídicas. Parte de ese proceso es la concepción de la libertad e igualdad entre seres humanos como un delicado, pero necesario punto de equilibrio, particularmente, porque de ellas depende que cada persona pueda disfrutar de condiciones vitales de existencia mínimamente dignas. El pleno desarrollo de la personalidad, propio de la dignidad humana, exige no solo la intangibilidad de ciertos derechos, sino que además, requiere de la adopción de medidas positivas u órdenes de actuación, para asegurar la libre determinación del ser humano, al margen de las condiciones económicas o políticas que intervienen en la realidad social.

Sobre la relación entre dignidad humana y derechos subjetivos, Nogueira Alcalá (2003), explica: *“los derechos humanos se fundamentan en el derecho natural; sin embargo, se refiere a un derecho natural que, más que tratarse de un orden jurídico (distinto al derecho positivo), se trata, como expresa Castberg (1970), de “principios jurídicos suprapositivos y objetivamente válidos, de juicio de valor de validez general y postulados -normas generales- que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana, en la dignidad de la persona humana”.*

En esta línea de ideas, la dignidad humana, como valor jurídico absoluto, al ser por una parte intangibilidad, y por otra parte, autodeterminación, sirve por una parte para limitar la conducta del poder, y por otra, para vincular sus acciones, planes, políticas, desarrollo normativo y jurisprudencial al desarrollo de condiciones mínimas de existencia digna. Estas mismas dimensiones de la dignidad humana se reflejan en la estructura formal de los derechos fundamentales. Al respecto, Ferrajoli (2009), plantea *“son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.*

Los derechos subjetivos, como dimensiones normativas de la dignidad humana siguen su misma estructura conceptual, y separan de una parte a los derechos subjetivos dotados de expectativas jurídicas positivas (prestaciones), y a los dotados de expectativas jurídicas negativas (intangibilidad). Las formas dotadas de expectativas jurídicas positivas recogen mayoritariamente a los denominados derechos sociales, los cuales, esencialmente exigen prestaciones y/o conductas positivas por parte del Estado; mientras que, las formas dotadas de expectativas jurídicas negativas recogen mayoritariamente a los denominados derechos de libertad, que exigen fundamentalmente que permanezca intangible la capacidad de autodeterminación de la voluntad humana y su integridad. Frente a la desviación del poder y la infracción al ordenamiento jurídico, el positivismo propio de nuestro sistema jurídico hace necesaria la concurrencia de otro tipo de normas para la materialización de los derechos: la garantía.

Sobre la garantía de los derechos subjetivos constitucionales es donde se asienta la principal controversia entre derechos sociales y de libertad, en razón de la notable existencia de garantías específicas para la tutela de los derechos a la vida, los diferentes tipos de libertades, la integridad, la propiedad, etc.; a diferencia de las escasas o nulas garantías para la exigencia de los derechos sociales, máxime, cuando su controversia se traslada al plano de la justicia constitucional, donde la indeterminación de las obligaciones específicas, los beneficiarios y obligados al cumplimiento de los derechos sociales hace que estos sean vagamente garantizados desde la administración de justicia.

El principio de eficacia material (Art. 424 CRE) es la norma que establece positivamente el modelo de legitimación material en los actos de poder público. Dado aquel indisoluble efecto de validez material y eficacia práctica de las normas constitucionales sobre los actos del poder público hipotéticamente todos los actos producidos por la administración central y seccional son coherentes con el contenido de los derechos. Sin embargo, como la actividad institucional, comercial, laboral etc., es al fin del día una relación política, en la realidad histórica, los acuerdos o decisiones producidas por la actividad pública o puestas en conocimiento de la autoridad estatal, no son precisamente coherentes con los derechos de las personas. Por ejemplo, hemos permitido que en materia de defensa nacional los estados gasten mucho más de lo invertido en educación y salud; hemos aceptado la ociosidad de la tierra en la periferia urbana y rural, mientras aún existen personas sin una vivienda.

La justicia constitucional es precisamente la garantía institucional de los derechos constitucionales en última ratio, por ende, el juez constitucional tiene el papel de garante frente a los derechos de las personas que se hallan en estado de

vulneración por el poder público o privado. La administración de justicia porta en sí misma un poder público que le otorga funcionalidad y capacidad coercitiva, y que debe ser gestionado con la única finalidad de tutelar los derechos constitucionales frente al poder, provenga del Estado, o del mercado.

Este poder público es la jurisdicción, que dentro del Estado Constitucional es un poder público para juzgar y ejecutar lo juzgado. Pero ese juzgamiento ya no es un acto arbitrario del juez, ni una ejecución ciega de reglas legislativas, ni depende del arbitrio del poder político o económico. El juzgamiento está circunscripto por los derechos de protección (Art. 75 a 82 CRE), y particularmente, por las garantías del debido proceso (Art. 76 CRE) que aseguran la dignidad, inocencia, tutela y libertad de la persona, mediante una serie de derechos procesales aplicables a todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones. La Justicia Constitucional, como el conjunto de instituciones jurídicas dedicadas a la tutela de los derechos constitucionales, mediante procedimientos de protección en sede constitucional, constituye la última línea de defensa frente a la ausencia de remedios administrativos y legales idóneos frente a la vulneración por anulación, disminución o menoscabo de los derechos constitucionales.

Si bien no se puede afirmar su infalibilidad, debe reconocerse su grave papel en la historia. Al respecto García De Enterría (1988), manifiesta: *"la cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante el cual la justicia constitucional no sólo ha sido absuelta de graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano (...) La justicia constitucional es el instrumento a través del cual el (...) el pacto social constitucional retiene y actualiza toda su virtualidad y eficacia (...) es el más eficaz de los instrumentos de integración política y social que las sociedades avanzadas conocen, según es, experiencia común"*.

Entonces, si el derecho, a través de la justicia constitucional tiene el papel histórico de realizar los derechos humanos para la adecuada integración de la sociedad, la cuestión radica en la protección actual de los derechos. Si bien el término derecho y garantía suelen ser asimilados, debe distinguirse que se trata de dos operaciones jurídicas que coexisten y convergen.

Para identificar el concepto garantía y el concepto derechos subjetivos, Ávila Santamaría (2008), afirma que "las garantías corrigen las anomalías cometidas por los agentes de estado o por las personas que tienen poder. A mayor respeto de los derechos, menor uso y menos necesidad de las garantías". Por su parte Wilhelmil (2008) refiere, que "el sistema de garantías se encarga de asegurar, el carácter inalienable, irrenunciable, indivisible, interdependiente y la igual jerarquía de todos los derechos".

De lo expuesto, resulta evidente que la garantía es una norma de protección de un derecho determinado, sin embargo, producto de la multiplicidad de procesos y fenómenos jurídicos que intervienen en la realización de una norma sustantiva, las garantías pueden ser procesales, administrativas, normativas, jurisdiccionales e institucionales. Vale recalcar que precisamente las garantías jurisdiccionales son las que tienen un papel más profundo y definitorio en la construcción de la materialidad del Estado Constitucional.

Bajo la idea de la divergencia entre normas garantistas y prácticas anti-garantistas, se está dentro de un proceso histórico en el que se trata de homogenizar el deber ser que protege la garantía de los derechos, frente a la profunda y arraigada experiencia jurídica, que en Ecuador se halla bajo tradiciones formalistas, inquisitivas, y escriturales. La eficacia actual de los derechos constitucionales, difiere gravemente según su carga obligacional o formas de exigibilidad. Los derechos de libertad o fundamentales, son protegidos a través de garantías jurisdiccionales y legales específicas. Por ejemplo, la libertad tiene recursos jurisdiccionales como el *habeas corpus*, y diversas garantías procesales en la norma sustantiva penal y la normativa orgánica especializada en niñez y adolescencia. En este mismo sentido pueden observarse los variados mecanismos de protección a la propiedad, a la inversión, a la vida, a la información personal, etc.

Empero, los derechos sociales como la salud, la educación y la vivienda no cuentan con garantías específicas sino que se someten al sistema general de garantías normativas, administrativas, jurisdiccionales e institucionales; esto, pese a que los derechos sociales, dentro de un inequitativo sistema de libre mercado, entrañan en sí, un profundo contenido de justicia y una notable convergencia con el derecho a la igualdad y acciones afirmativas (Art. 11.2 CRE). La cuestión entonces se reduce al establecimiento de la capacidad del juez constitucional, dentro del actual sistema de garantías para proteger el goce de los derechos sociales, aun cuando aparentemente carezcan de destinatario y formas obligacionales específicas.

Las normas jurídicas de cualquier país, en términos de Hart (1963), *"serán las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen a aquél"*. En tal sentido, las normas constitucionales, en cuanto derechos subjetivos, se expresan según su carga obligacional en los derechos de libertad o fundamentales y los derechos sociales o difusos. Los primeros son constituidos generalmente por los derechos civiles y políticos, y que como sabemos, dentro del paradigma de validez material se establecen como límites a los poderes públicos y los privados. Al efecto, tanto el Estado como el Mercado están imposibilitados de anular, menoscabar o reducir las expectativas jurídicas propias de la autodeterminación en libertad del ser humano. Los segundos

constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, que para su realización requieren de prestaciones, e inclusive acciones afirmativas específicas.

Estos derechos sociales, a diferencia de los derechos de libertad, se expresan dentro del modelo de validez material como vínculos para la actuación del Estado y el Mercado, de tal suerte que están constreñidos a otorgar ciertos bienes y servicios, y/o fomentar condiciones mínimas para una existencia decorosa. Al respecto, Rawls (2006), señala que *“las desigualdades sociales y económicas deben de resolverse de modo tal que: resulten en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad; y, los cargos y puestos deben de estar abiertos para todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades”*.

Este tipo de derechos ha ido aumentando significativamente desde la primera mitad del siglo XX, y actualmente se han desarrollado una amplísima variedad de derechos subjetivos difusos. Para desentrañar el contenido de los derechos sociales, debe establecerse si existen obligaciones deducibles de los derechos subjetivos, en ese sentido, Kelsen (1982), plantea que el derecho subjetivo es una formulación jurídica elemental que reúne dentro de sí, por una parte la pretensión beneficiaria, y por otra, una obligación jurídica dirigida a un destinatario determinado o deducible, a saber. *“Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación de otro o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando solo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. (...) Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor de otro, el contenido (objeto) de la obligación es la prestación que el otro ha de recibir; sólo se puede prestar (dar) a otro, lo que el otro reciba. Y si un individuo está obligado frente a otro, a consentir determinada conducta de este último, esa actitud pasiva es justamente el contenido de su obligación”*. En los términos de Kelsen, en el derecho subjetivo existe una carga obligacional imputable o deducible, que es indivisible a la existencia misma del derecho subjetivo, por cuanto le otorga identidad jurídica.

Sin embargo, Guastini (2001), sostiene que *“para atribuir un derecho es suficiente una norma formulada, precisamente, como norma que atribuye derechos (por ejemplo, todos tienen derecho de profesar su fe religiosa). Para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Puede ser establecida sólo por otra norma (secundaria) que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera (...) En los ordenamientos jurídicos modernos los derechos están*

garantizados -típicamente, aunque no exclusivamente- por mecanismos jurisdiccionales (no exclusivamente, porque los derechos pueden ser, y a menudo son, garantizados mediante otros sistemas; en general, funcionan como garantía de los derechos todas aquellas técnicas de organización constitucional que pueden ser reconducidas a la separación de poderes y, por ello, a la creación de contrapoderes) (...) Sobre esta base podemos distinguir entre verdaderos derechos y derechos sobre el papel. a) Son verdaderos derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. b) Son derechos sobre el papel -derechos ficticios- todos aquellos que no satisfacen alguna de estas condiciones”.

Si bien la postura de Guastini refleja el problema estructural de los derechos sociales, esto es, su indeterminación obligacional que dificulta la interpretación de su contenido esencial en la justicia constitucional, no es menos cierto que el sistema de garantías implantado en el Estado Constitucional ecuatoriano actual, introduce algunas herramientas normativas para la solución de conflictos por progresividad, no-regresividad y proporcionalidad.

Según la Constitución de 2008, los derechos constitucionales en el Ecuador son inalienables, imprescriptibles, intangibles y de igual jerarquía (Art. 11.6 CRE), por lo que se entiende a estos como una convergencia de principios jurídicos, que no pueden ser reducidos injustificadamente, y sobre todo: no existe diferencia alguna entre ellos. Los derechos subjetivos constitucionales reconocidos en la Constitución de 2008, no hacen referencia alguna a una jerarquización entre derechos de libertad y sociales, por el contrario, los derechos del buen vivir, derechos de libertad, derechos de protección, derechos de participación, derechos de la naturaleza, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, y los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria son de igual valor normativo, y aplicables directa e inmediatamente por su calidad de norma objetiva.

De otra parte, comparten la condición de normas objetivas, las cuales son aplicables en forma directa e inmediata (Art. 11.3 y 426 CRE) de este modo, una violación al contenido esencial de estos derechos puede ser protegida mediante mecanismos de control abstracto, como a través de garantías jurisdiccionales, como por ejemplo la medida cautelar constitucional Art. 87 (CRE) y Art. 26 y ss. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), la Acción Ordinaria de Protección (Art. 88 CRE y 39 y ss. LOGJCC), etc. Esto, además de la vigencia del principio de eficacia (Art. 424 CRE), que involucra en el proceso de construcción de la materialidad del Estado Constitucional a la garantía normativa (Art. 84 CRE) las

garantías administrativas (Art. 85 CRE) y las garantías institucionales establecidas en el texto constitucional, que producen en conjunto la proscripción de medidas regresivas al desarrollo actual de los derechos. Incluso, dentro de este marco de protección es posible que los deberes jurídicos y/o dimensiones de exigibilidad puedan ser desarrollados programáticamente a través de las normas, jurisprudencia y políticas públicas, (Art. 11.8 de la CRE).

Finalmente, conviene observar lo señalado por Silva Portero (2008), *“la imposibilidad de tutelar un derecho bajo la premisa de que no constan sujetos u obligaciones determinadas, no se traduce en la inexistencia del derecho sino en la necesidad de buscar formas de tutelararlo (...) La búsqueda de la forma en que un derecho puede ser garantizado se convierte entonces en un ejercicio de creatividad en el sentido de que nos obliga a llenar las lagunas, de las que habla Ferrajoli, para que el derecho sea efectivo en la práctica”*.

En efecto, el juez constitucional tiene la capacidad de interpretar los principios-derechos constitucionales enfrentados en un conflicto, a través del ejercicio argumentativo, que exige la garantía de motivación de los fallos (Art. 76.7.L CRE). Si un caso concreto no se puede resolver por solución de antinomias, los principios jurídicos en tensión deben interpretarse en contexto bajo el esquema de interpretación proporcional-ponderativo (Art. 3 numerales 2 y 3 LOGJCC), por ello, el juez constitucional debe realizar una argumentada delimitación de los contenidos en conflicto y deberá resolver la causa procurando el equilibrio de las pretensiones constitucionales, o cuando menos una justificada reducción de éstos con la finalidad de hallar un resultado justo.

CONCLUSIONES

La vigencia del principio de directa e inmediata aplicación de la norma constitucional y la ausencia de caracteres diferenciales entre los derechos de libertad y los denominados derechos sociales, genera que en la Justicia Constitucional ecuatoriana, se bifurquen los criterios sobre la aplicabilidad de los derechos difusos.

En el Estado Constitucional ecuatoriano los derechos sociales están dotados de contenido interpretable por el juez constitucional, a través de los principios de no-regresividad, proporcionalidad y progresividad, reconocidos en el propio texto constitucional.

En el Derecho ecuatoriano la indeterminación obligacional de los derechos sociales debe ser suplida argumentativamente por el juez constitucional, en caso de verificarse la existencia de reducciones desproporcionales a los derechos constitucionales, mediante el esquema de interpretación proporcional-ponderativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ávila Santamaría, R. (2008). Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008. Desafíos Constitucionales. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. pp. 89-110.
- Castberg, F. (1970). La philosophie du droit. Paris: Éditions A. Pedone.
- Castro Riera, C. (2008). Valoración jurídico-política de la Constitución de 2008. Desafíos Constitucionales. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. pp. 111-132.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Ferrajoli, L. (2009). Derechos y Garantías. (sexta edición). Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- García De Enterría, E. (1988). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas.
- Guastini, R. (2001). Estudios de Teoría Constitucional. México D.F.: Editorial Universidad Autónoma de México UNAM.
- Hart, H. (1963). El Concepto de Derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Kelsen, H. (1982). Teoría Pura del Derecho. México D.F.: Editorial Universidad Autónoma de México UNAM.
- Nogueira Alcalá, H. (2003) Teoría y Dogmática de los Derechos Humanos. México D. F.: Editorial Centro de Investigaciones unidad UNAM.
- Polo, L. F. (2013). Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos. (Tercera Edición). Lima: Edilex S.A.
- Prieto Sanchis, L. (2004). La Constitucionalización de los Derechos, Revista Española de Derecho Constitucional, 24(71), pp. 58-82.
- Rawls, J. (2006). Teoría de la Justicia. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Silva Portero, C. (2008). Neoconstitucionalismo y Sociedad: Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción? Quito: Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. pp. 51-84.
- Wilhelmi, M. A. (2008) Derechos: enunciación y principios de aplicación, Desafíos Constitucionales, Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. pp. 46-62
- Zavala Egas, J. (2010). Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Lima: Editorial Edilex S.A.