



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRIA EN DERECHO

PRESENTA:
AURORA MOLINA SÁNCHEZ

TUTOR:
DR. OSCAR CORREAS VÁZQUEZ
CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS EN CIENCIAS Y
HUMANIDADES-UNAM

MÉXICO, D.F., SEPTIEMBRE DE 2015.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Índice.

Presentación

Introducción 1

Capítulo I. LOS DERECHOS EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

1.1	Los derechos en la dogmática tradicional	7
1.1.1	Los derechos como facultad. Derecho subjetivo	7
1.1.2	Tamayo y Salmerón	8
1.1.3	Hans Kelsen	11
1.2	Los derechos subjetivos en el <i>iusnaturalismo</i>	15
1.2.1	Michel Villey	15
1.3	Los derechos en la crítica jurídica	19
1.3.1	Oscar Correas	19
1.4	Los derechos en la dogmática constitucional	22
1.4.1	Los derechos individuales, interpretación <i>tradicional</i>	22
1.4.1.1	Ignacio Burgoa	22
1.4.1.2	Derecho subjetivo	23
1.4.1.3	Garantías individuales	24
1.4.2	El garantismo, interpretación <i>intermedia</i>	25
1.4.2.1	Luigi Ferrajoli	25
1.4.2.2	Derechos fundamentales	26
1.4.2.3	Garantías	33
1.5	Los derechos fundamentales son derechos subjetivos	34

CAPITULO II. DERECHOS SOCIALES

2.1	Derechos sociales. Intentos de definición por la nueva dogmática	39
2.1.1	Hacia una definición de derechos sociales	43

2.2	Derechos del <i>buen vivir</i>	46
2.2.1	El origen y principios del <i>sumak kawsay</i>	50
2.3	La problemática de los derechos sociales	51
2.4	Derechos en sede procesal	54
2.4.1	Albert Noguera	55
2.4.2	Christian Courtis	56

CAPITULO III. NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHOS. ECUADOR

3.1	El contexto de cambios jurídicos	59
3.1.1	Antecedente. Proceso social	59
3.1.2	Antecedente Constitucional 1998	61
3.1.3	Proceso Constituyente que dio origen a la Constitución de 2008	61
3.2	Describir los derechos sociales en la Constitución ecuatoriana de 2008	68
3.2.1	Parte dogmática de la Constitución	69
3.2.2	Parte orgánica de la Constitución	73
3.3	Cómo se protegen los derechos sociales en la nueva Constitución del Ecuador	75
3.4	Medios de defensa de los derechos sociales	82
3.5	La necesidad de una ley secundaria para el cumplimiento de los derechos sociales	90
	Conclusiones	94
	Bibliografía	100
	Otras fuentes	104
	Leyes	
	Entrevistas	

Presentación

La presente tesis se desarrolló en el Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica, PAPIITIN308108, PAPIITIN301711 y PAPIITIN300414, del *Programa de Derecho y Sociedad*, en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM, con la Coordinación del Dr. Oscar Correas Vázquez y recientemente con la Dra. María Eugenia Alvarado. El trabajo de campo permitió recopilar materiales de audio sobre los temas de estudio, realizar entrevistas, la presentación en diferentes ponencias nacionales, regionales e internacionales, hacer algunas publicaciones, así como desempeñar la estancia de Investigadora Asociada en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Todo esto fue posible gracias a los diversos recursos aportados por la Universidad Nacional Autónoma de México, tanto en PAPIIT como de la Unidad de Posgrado. En atención a la formación e impulso de la investigación académica mi agradecimiento.

También quiero agradecer a los profesores tutores en el transcurso de la presente investigación, al Dr. Marco Navas Alvear, como Tutor de Estancia, al Dr. Oscar Correas como Tutor principal, en especial a la Dra. María Eugenia Alvarado, al Dr. Jorge Robles Vázquez, que en este proceso de aprendizaje nos dieron su apoyo y al compañero Manuel de Jesús Jiménez que amablemente recomendó algunas correcciones a la presente tesis.

Ciudad Universitaria; Septiembre 2015.

Introducción

En el trabajo de tesis estudiamos los derechos sociales, porque son derechos desarrollados en el derecho moderno que carecen de una precisión teórica jurídica hacia su judicialización. Existen diferentes planteamientos e interpretaciones, por un lado autores como Albert Noguera considera que son derechos judiciales y que son garantizados en las constituciones; por otro lado, autores como Juventino Castro y Castro considera que son derechos que no implican una garantía porque no cuentan con los mecanismos jurídicos adecuados que permitan su judicialización.

En el material bibliográfico de consulta se observa que los derechos de primera generación cuentan con acciones procesales y mecanismos jurídicos de acción por la naturaleza de los problemas a resolver, como son los derechos individuales y civiles. Por su parte, los derechos sociales no cuentan con los suficientes mecanismos jurídicos hacia su judicialización, por su origen cronológico han sido clasificados como derechos de segunda generación, por lo tanto son derechos que aún están en estudio.

En el marco teórico estudiamos que el ejercicio judicial de los derechos sociales tienen que ver con el derecho subjetivo, ya que éstos surgen conforme a las necesidades de la sociedad actual.

Para conocer los avances en materia de derechos sociales estudiamos los derechos contenidos en la nueva Constitución ecuatoriana de 2008, porque se considera una de las constituciones más avanzadas en materia social que reconoce los derechos del *buen vivir* y los derechos de la naturaleza y todos los derechos son de igual jerarquía. La pregunta principal que planteamos en esta investigación, es la siguiente: ¿La técnica procesal del derecho subjetivo recoge los derechos sociales en la Constitución ecuatoriana?

El objetivo general consiste en conocer si la técnica procesal del derecho subjetivo recoge los derechos sociales. A partir de esto, analizamos la influencia jurídica del derecho subjetivo y su evolución en la época moderna para saber si contiene los elementos teóricos para judicializar los derechos sociales en el caso Ecuatoriano, en la búsqueda de soluciones a problemas jurídicos. La pregunta planteada en el marco teórico, en busca de una respuesta, nos remite al estudio de la dogmática tradicional y constitucional.

En el capítulo I, partimos de la pregunta inicial que cuestiona: ¿Los derechos en la dogmática tradicional desarrollan los derechos sociales? La dogmática tradicional nos remite al estudio del derecho subjetivo, como una referencia esencial en la comprensión del derecho moderno, por tal motivo estudiamos el derecho subjetivo como categoría de análisis para desarrollar la investigación.

En el marco teórico conceptual el derecho subjetivo es un eje central para estudiar el derecho como facultad. Adquiere forma a través del tiempo con la evolución del derecho moderno. Es una facultad de acción o de omisión en el ejercicio de legalidad que deriva de una norma. El derecho subjetivo se divide en público y privado, establece diferente contenido normativo. Los derechos subjetivos públicos, contienen derechos de acción, petición y políticos, así como libertades públicas de expresión, asociación y tránsito. Por otro lado, los derechos subjetivos privados constituyen los derechos reales, personales o de prestación.

Para el estudio del derecho subjetivo analizamos diferentes aportaciones en la dogmática jurídica, en el *iusnaturalismo*, en la tendencia crítica jurídica y en el sistema garantista constitucional.

Para la dogmática tradicional el constitucionalismo permite estudiar el desarrollo de los derechos subjetivos. Señala el autor Tamayo y Salmorán que una de las principales aportaciones de la Constitución es que otorga mecanismos jurídicos de defensa a los ciudadanos, por medio de los tribunales que administraran el sistema jurídico. Se instituyen principios generales de interpretación como la libertad, igualdad y seguridad jurídica, de acuerdo a las necesidades de la época. El derecho moderno contiene aportaciones de la época romana donde la Constitución adquirió el significado de una forma legislativa que impone derechos y obligaciones a los ciudadanos, tanto en el derecho público como en el derecho privado. Con la recopilación de las leyes para llenar los vacíos jurídicos los mecanismos jurídicos adquieren una interpretación teórica.

La dogmática jurídica en Hans Kelsen, considera al derecho una ciencia que debe estar apartada de toda interpretación de índole política. La razón asiste al derecho, por tal motivo no debe alejarse de su construcción científica.

El derecho positivo describe una relación entre una condición y una consecuencia, mediante un acto coactivo observado conforme al sistema normativo constituido en el derecho objetivo y subjetivo. La sanción es un elemento esencial del sistema normativo.

Por otro lado, la tendencia *iusnaturalista*, estudiada en Guillermo de Occam es considerada como una importante aportación al derecho subjetivo, porque él, como uno de los principales teóricos, contribuyó al desarrollo de los derechos como facultad de actuar o de no actuar, en los principios de la época moderna, concibe al derecho subjetivo como una categoría de estudio. Más tarde serían los filósofos quienes teorizarían al respecto hasta influir en los juristas.

Por su parte la tendencia de la crítica jurídica la estudiamos en las aportaciones teóricas que hace Oscar Correas en el estudio del derecho, para el autor los derechos humanos y todos los derechos susceptibles de ser positivizados son derechos subjetivos, entonces los derechos que no imponen sanción no son norma.

En cuanto a la dogmática constitucional en el estudio de las garantías individuales tradicionales, para el autor Ignacio Burgoa, los derechos humanos y garantías son derechos subjetivos garantizados en la Constitución. El autor parte de que los derechos son otorgados por el Estado, de tal manera, que se creó una estructura normativa que establece la relación entre gobernados y gobernantes.

En cuanto al garantismo en el positivismo constitucional estudiamos las aportaciones de Luigi Ferrajoli. Para quien los derechos humanos, derechos fundamentales y garantías constitucionales incumben al derecho como doctrina, tanto al poder legislativo como ejecutivo y judicial. Son los derechos subjetivos los que vinculan al sujeto con el Estado, según la disciplina y valores que estudien. El análisis que hace el autor, se caracteriza por ser *iusnaturalista* y *iuspositivista*. Ambas clasificaciones indican cuales son y cuáles deben ser los derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

La diferente tendencia teórica señalada en relación a los derechos como mecanismos de ejercicio judicial, como la dogmática jurídica, la crítica jurídica, la dogmática constitucional tradicional y el garantismo señalan la construcción

del derecho subjetivo y perfeccionamiento en los derechos individuales, que por razones históricas se desarrollaron de esa manera. El camino que estos estudios de la teoría jurídica siguen consiste en la identificación del derecho subjetivo como mecanismo jurídico de acción procesal que contiene una sanción, característica principal de las normas jurídicas.

En la investigación de la presente tesis, en el capítulo II, se desarrolla el planteamiento del problema en materia de derechos sociales en el ámbito jurídico. Estos derechos son reconocidos en las Constituciones en la parte dogmática, pero la falta de conceptos precisos y de una técnica jurídica adecuada al tipo de derechos conflictúa su cumplimiento. En esta parte de la tesis planteamos la pregunta específica que cuestiona: ¿Existen las herramientas jurídicas adecuadas para la judicialización de los derechos sociales? Con el reconocimiento de los derechos sociales el Estado adquiere la obligación para su cumplimiento.

El otorgamiento de las garantías jurídicas conciliará la separación entre el derecho formal y el derecho sustancial, pues no se puede apartar estos derechos. Originalmente al reconocimiento de los derechos sociales con el Estado de bienestar correspondía crear los mecanismos procesales para su cumplimiento, como mecanismos jurídicos y técnicas procesales que permitan ejercerlos.

Conforme al plan de trabajo de investigación,¹ se realizaron entrevistas abiertas a diferentes sectores sociales que conocen el caso ecuatoriano, las entrevistas realizadas a investigadores académicos, complementan el material bibliográfico de consulta. Del estudio del tema podemos incidir que la falta de mecanismos jurídicos precisos genera conflicto en la demanda de los derechos como educación, salud, vivienda, incluso seguridad jurídica. Se actualiza el análisis que hace Christian Courtis, cuando considera que la falta de

¹ La información de campo recopilada en la presente tesis, como material de audio, entrevistas y foros forma parte de los trabajos del Proyecto de investigación PAPIITIN308108, *Movimientos sociales y criminalización de la protesta social*, PAPIITIN301711, *Movimientos sociales y procesos constituyentes contemporáneos en México y América Latina* y PAPIITIN300414, *Movimientos sociales y procesos constituyentes*, DGAPA-UNAM. La estancia de Investigadora Asociada en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, con el impulso del Posgrado de Derecho de la UNAM, permitió desarrollar la investigación. Se solicitó autorización de publicación de nombre de las personas entrevistadas para otorgar los créditos a su aportación.

cumplimiento de los derechos genera que algunos ciudadanos opten por la demanda mediante la protesta.

Ahora bien, en el marco teórico, encontramos que los derechos sociales y los derechos colectivos constituyen una descripción de los mismos derechos. Para darles una interpretación autores como Albert Noguera, recurre a la interdisciplina al explicar la aportación de la ciencia política con herramientas para promover el cumplimiento de los derechos sociales, relativa a la administración pública que impulse programas y recursos que hagan efectivos los derechos. También la sociología ayudaría a estudiar el nivel de vulnerabilidad de los destinatarios de los derechos. Se recurre a la interdisciplina en la medida que estudia los procesos sociales integrales que indican la construcción del mundo moderno y estudia la explicación causal y racional.

Del estudio de material bibliográfico las definiciones de derechos colectivos son imprecisas, en consecuencia la materia jurídica tampoco cuenta con términos precisos que especifique su contenido. Teóricamente los autores difieren en sus interpretaciones. Por un lado, consideran los derechos sociales como derechos judiciales y ubican en problema en sede procesal; y por otro lado, existe otro análisis teórico que señala que los derechos sociales sin una sanción son meras enunciaciones sin suficientes garantías jurídicas.

La delimitación del objeto de estudio la centramos al caso ecuatoriano, porque la Constitución es considerada una de las más avanzadas en materia de derechos sociales. El reconocimiento de los derechos del *buen vivir* y los derechos de la naturaleza plantea categorías como principios y valores de interpretación jurídica que infiere en los derechos sociales.

En el estudio de la presente tesis se actualiza la hipótesis de que la Constitución Ecuatoriana, que recoge los llamados derechos sociales, deberá establecer una nueva técnica procesal del derecho subjetivo. Se plantea que los mecanismos jurídicos existentes son desarrollados para el ejercicio de los derechos individuales, que permiten un margen de judicialización de los derechos sociales; sin embargo son imprecisos y para lograr una garantía de judicialización de los derechos sociales se necesitan mecanismos específicos que delimiten los derechos y obligaciones correspondientes.

La intencionalidad práctica de la tesis consiste en estudiar si una técnica procesal adecuada pudiera ser el mecanismo para la solución de problemas de índole jurídico, en materia de derechos sociales, que promueven los tratados internacionales y que son adoptados en materia constitucional. Para tal efecto se plantea otra pregunta específica, que cuestiona: ¿Cómo se desarrollan los derechos sociales en la Constitución ecuatoriana? En el Capítulo III, el tema de estudio se delimita al proceso constituyente y la nueva Constitución ecuatoriana de 2008. Ahora bien, el proceso constituyente ecuatoriano evoluciona a partir de una crisis social, política, económica y jurídica. Diferentes sectores sociales son participes en la creación de una nueva Constitución que recoge derechos que son demandados precisamente por la población.

La Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce los derechos del *buen vivir* y los derechos de la naturaleza en la parte dogmática y en la parte orgánica. Crea los mecanismos en el ámbito del poder judicial, legislativo y ejecutivo tendientes al cumplimiento de los derechos fundamentales. La Constitución al reconocer nuevos derechos rompe con la clasificación tradicional de los derechos de segunda generación, de efecto programático y reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos.

La Constitución se caracteriza por ser de índole garantista, se actualiza, lo que los teóricos han denominado un Estado Constitucional de derechos, que consiste en reconocer derechos y crear todo el entramado jurídico de garantía, para su materialización.

Los mecanismos jurídicos propuestos para la judicialización de los derechos son encomendados a la Corte Constitucional, como institución garante de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional. Los procedimientos son los ordinarios y las reglas generales del derecho. Un principio esencial del procedimiento judicial es que no se puede sacrificar las formalidades de procedimiento por la protección de los derechos de fondo.

CAPITULO I LOS DERECHOS EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

1.1 Los derechos en la dogmática tradicional

Conocer la Dogmática jurídica es ineludible para conocer la evolución del sistema jurídico y comprender lo que ahora tenemos como derecho moderno. Por ello, desarrollamos un estudio del derecho subjetivo y su relación con los derechos sociales. En la investigación planteamos la pregunta principal que cuestiona ¿La técnica procesal del derecho subjetivo recoge los derechos sociales en la Constitución ecuatoriana? Para responder la pregunta, recurrimos al estudio teórico conceptual del derecho subjetivo y su evolución en el derecho moderno.

1.1.1 Derechos como facultad. Derecho subjetivo

El derecho subjetivo es definido como “la posibilidad, atribuida a una persona por una norma jurídica, de hacer o de omitir lícitamente algo”.² También, es una facultad de acción o de omisión y constituye una base en la garantía de legalidad porque deriva de una norma.

Los derechos subjetivos se dividen en públicos y privados. A los primeros, corresponde un deber impuesto al Estado, a su vez se clasifican en *relativos* (derechos de acción, petición y políticos); y *absolutos* (libertades públicas: de expresión, asociación y tránsito). Mientras que los segundos, los constituyen los derechos reales, personales o de prestación.³

En la época moderna concebimos al derecho subjetivo como la facultad que tiene el individuo de acción para acudir ante la autoridad, también impone deberes a las autoridades como órganos del Estado sometidas al derecho.

Ahora bien, en el desarrollo del presente capítulo, partimos de la pregunta inicial que cuestiona ¿Los derechos en la dogmática tradicional desarrollan la explicación de los derechos sociales? Para responder a la pregunta, estudiamos la evolución del derecho moderno y su aplicación teórica.

² Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Driskill S.A., 1990, DER-DNA, Tomo VIII, p. 273.

³ *Ibidem.* p. 276.

1.1.2 Tamayo y Salmorán

Señala Rolando Tamayo y Salmorán que el principio de legalidad es un elemento esencial de legitimidad política en el derecho subjetivo, de lo contrario las acciones del Estado carecerían de legitimidad y provocarían conflictos.⁴ El principio de legalidad también establece las bases del Estado de derecho, donde el Estado puede hacer solo lo que la ley le autoriza; en tanto que, las demás facultades son reservadas al ciudadano, quien puede hacer todo, excepto lo que la ley le prohíbe.

El constitucionalismo nos permite estudiar el proceso de desarrollo de los derechos subjetivos en la dogmática jurídica, “el constitucionalismo racionalista recoge mucho de la filosofía política de los griegos y la jurisprudencia dogmática constitucional mucho del empirismo jurídico romano”⁵.

La Constitución en la época moderna se debe a una influencia de origen griego, se denominaba *politeia*, establecía estructura, función y tipo de gobierno de la *polis*.⁶ Una de las principales obras de influencia en su contenido fue la obra de Aristóteles denominada *La Constitución de Atenas*, que establecía estructura de gobierno y administración en la antigua Grecia.⁷

En la época medieval el uso de la palabra *constitutio* en términos generales significa construir o fundar. A través del tiempo, esa acepción se reconoció como acto legislativo que establece normas “quizá por razones de su objeto: concesión del carácter de *civitates* a ciertas comunidades y otorgamiento de la ciudadanía o de ciertos privilegios a los individuos [...] empezó a significar el estatuto de una *civitas*”.⁸

En la época romana la Constitución significa una forma legislativa que impone derechos y obligaciones a los ciudadanos en derechos públicos y privados. El titular de los derechos es el mismo sujeto, solo que entre

⁴ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, México, IJ-UNAM, 1986, pp. 108, 109. Remitimos a la obra original, ya que en este apartado estudiamos las aportaciones que hace el autor.

⁵ *Ibidem*. p. 22.

⁶ “*Polis* significa la total sociedad y civilización del Estado Griego”. “La *polis* es un compuesto de ciudadanos, o mejor, de actividades ciudadanas y ‘*politeia*’ se usa para significar su manera de ser, la manera en que está compuesta: su estructura, su funcionamiento”. “Las normas no escritas eran importantes”. *Ibidem*, pp.26, 27, 37.

⁷ *Ibidem*. p. 31-35.

⁸ *Idem*

particulares están obligados individualmente y en los derechos públicos están obligados con el Estado. La única forma de garantizar los derechos es mediante las *acciones*, para cumplimiento de los contratos y protección de los derechos entre individuos. Los sujetos quedan sometidos a la ley, puesto que “una *constitutio* obliga, porque da origen a recursos jurisdiccionales. Solo los recursos judiciales pueden garantizar la exigencia de los compromisos (*sponsiones*), tanto públicos como privados. Así ‘*constitutio*’ comienza a significar orden legislativo”.⁹ Por el establecimiento de *civitas* se obliga a otorgar el estatus de ciudadanía a los integrantes de la comunidad política, que adquiere la calidad de ciudad y libertades para sus habitantes convertidos en ciudadanos. El concepto de Constitución surge de la costumbre, evolucionó como sistema normativo de constitución no escrita a ley escrita.¹⁰

En la evolución de los conceptos teóricos, nos preguntamos ¿Cómo el derecho llegó a ser lo que ahora conocemos? En este sentido, el autor en estudio encuentra un antecedente en lo que se denomina: La *estabilización del derecho*, su aportación sentaría las bases del desarrollo técnico de conceptos y figuras jurídicas en la época Bizantina. La compilación de lo que era solo doctrina jurídica reconoce los nuevos derechos en la *constitutio*, y se fija el derecho en la legislación como una forma de creación jurídica. Sin duda, es una historia enriquecedora para el lenguaje jurídico, de manera que llega el momento, en que se puede reformar la ley, pero no se puede reformar el derecho.¹¹

Expone Tamayo, que la fijación del derecho fue producto de la constitución imperial. Justiniano promovió las codificaciones instituidas que influyeron el derecho moderno, se crearon instituciones: de administración, de ordenamiento económico y social. La Constitución fue una herramienta para estabilizar el derecho y recopilar el derecho existente, así se estableció que se puede reformar la ley, pero no se puede cambiar el derecho instituido. Con ello se logró la estabilidad jurídica del constitucionalismo imperial, herencia jurídica

⁹ *Ibidem*, p. 47.

¹⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 48.

¹¹ La adaptación del derecho público romano se reproduce en la época Bizantina. Una característica del periodo Bizantino es que el derecho corresponde al derecho legislado. pp. 49-51, 63.

del medioevo. Esa época la creación de las instituciones es el eje central para garantizar la libertad y la sociedad política.¹²

La noción de Constitución evolucionó hasta la época moderna en forma escrita que comprende la estructura de la comunidad y el aparato del Estado, impone límites legales al ejercicio del poder mediante procedimientos judiciales. Señala el autor en estudio, que el movimiento constitucionalista establece su contenido en la división de poderes, derechos del hombre, libre empresa, derechos sociales y socialización de los medios de producción, como características de un régimen constitucional. Se identifica con ideas políticas específicas de liberalismo, capitalismo o socialismo. Para el autor, el constitucionalismo es una doctrina que establece los ideales de la filosofía política al reclamar una pretensión jurídica fundada en la jurisprudencia de dogmas y requiere de institucionalizar sus preceptos.

¿Cuál es la principal aportación de la doctrina constitucional?

Los derechos fundamentales son la aportación más importante como derechos superiores garantizados constitucionalmente, superiores a cualquier otro poder inherente al Estado para legitimar la autoridad política y otorgar medios de defensa al ciudadano. Para garantizar esos derechos fundamentales se requiere de tribunales, como mecanismo de control del Estado, que imponen una limitación jurídica y otra responsabilidad política. El constitucionalismo requiere de instituciones que controlen el ejercicio del poder, derivadas de las normas jurídicas como razones para actuar.

Según la dogmática constitucional, el constitucionalismo liberal impuso la *libertad* individual; mientras que el constitucionalismo clásico privilegia la *igualdad*, principios generales y uniformes. Otro dogma, es la constitución escrita para distribuir y limitar el control del poder. Para Tamayo y Salmorán, la idea de igualdad, derivada del derecho natural o derivada de la interpretación dogmática jurisprudencial, impone un principio de generalidad en la creación normativa de aplicación concreta. Por otro lado, la influencia de la filosofía

¹² Cfr. *Ibidem*, pp. 49-64.

estoica tiene otra interpretación de la igualdad, hace iguales a los hombres: griegos y barbaros, esclavos y libres, ricos y pobres.¹³

La dogmática constitucional, para Tamayo, es parte de la jurisprudencia positiva o ciencia jurídica que contiene la descripción del derecho. La jurisprudencia crea nuevos enunciados al interpretar el material jurídico y formar principios aceptados. Las reglas establecen enunciados de inferencia y principios de interpretación. Estas tienen diferentes funciones: de compilación; introducción de definiciones; institución de conceptos fundamentales; determinación de la forma de creación jurídica; introducción en la doctrina política al sistema; de interpretación analógica para aplicar el derecho, y finalmente, de organización del material jurídico de acuerdo a su aplicación. Al interpretar el material jurídico se reproduce el derecho positivo; el derecho aplicable se nutre de principios generales de interpretación, crea conceptos como el principio o dogma de la supremacía constitucional. El concepto constitucional se compone de: orden jurídico, norma jurídica y facultad.¹⁴ Y como facultad nos llevará al derecho subjetivo, al que nos remitimos en el estudio de esta tesis.

1.1.3 Hans Kelsen.

En este apartado, nos proponemos conocer las aportaciones de Hans Kelsen.¹⁵ Para el jurista austriaco, la ideología debe estar separada del derecho. Él defiende la idea del derecho como una ciencia ajena a la materia política e ideológica, señala que la ideología política tiene un elemento emocional, por lo tanto, no es racional.¹⁶

Para *la teoría pura del derecho*, la ciencia del derecho identifica su objeto de estudio en las reglas, esencia de las normas. El derecho desde un punto de vista estático, determina a las *normas*, se refiere al conjunto de normas legalmente establecidas, regula la conducta humana, independientemente de

¹³ *Íbidem*, p. 128

¹⁴ *Íbidem*, pp. 279-289.

¹⁵ En este tema exponemos y desarrollamos la aportación jurídica del autor en su obra *La teoría pura del derecho*, que proporciona elementos para el análisis de la presente tesis.

¹⁶ Hans, Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, ediciones Coyoacán, 2008, pp. 45-47.

que los hombres las obedezcan o no. Por otro lado, desde el punto de vista dinámico, el derecho se refiere a la aplicación a casos concretos, determina las *conductas*, se ocupa de las conductas humanas y de los actos determinados por la norma. Toda conducta humana está determinada por la ley. Así que, una conducta que no está prohibida, está permitida en el ámbito jurídico.

La relación entre un orden jurídico y la conducta de un sujeto es importante para la validez del orden. La concordancia nace de la ideología que funciona como facilitador entre derecho y hechos sociales. Visto así, “el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener”.¹⁷ Para Kelsen, el derecho se caracteriza por el monopolio de la violencia que se ejerce por medio de la coacción, reglamenta las relaciones de los individuos por el empleo de la fuerza y determina los casos en que procede. El derecho positivo describe una relación entre una condición y una consecuencia mediante un acto coactivo observado conforme al sistema normativo constituido en el derecho objetivo y subjetivo.

En el derecho subjetivo las leyes normativas señalan el *deber ser*, regula la conducta humana y recurre a la imputación entre una condición y un acto coactivo, crea los actos jurídicos y luego los aplica. La norma establece una conducta que permite o prohíbe. Sin embargo, la *teoría pura del derecho* considera que la norma no prohíbe claramente. Por ejemplo, en materia penal, la norma no prohíbe conductas expresamente, se limita a describir sanciones respecto a conductas consideradas como delitos, define los delitos y describe las penas correspondientes. En materia civil, la ley no prohíbe contratos se limita a describir los contratos y las obligaciones. En caso de incumplimiento el tribunal será el encargado de ejecución judicial de los bienes del deudor cuando el acreedor demande el incumplimiento de contrato.

La sanción es un elemento esencial de la norma jurídica, sin sanción no hay coacción. Para que exista una regla jurídica, debe establecerse una relación entre una condición y un acto coactivo, de tal forma que, para conducir a los individuos a comportarse como establece el derecho de forma hipotética, debe existir relación entre una sanción y la conducta contraria a la ley.

¹⁷ *Ibidem.* p. 74.

¿Cómo concibe Kelsen el derecho objetivo y subjetivo?

La teoría del derecho objetivo y subjetivo establece el estudio del concepto de sujeto de derecho o persona, la función ideológica que cumple y la relación jurídica que los vincula.

El derecho objetivo es un conjunto de normas, un orden de carácter normativo, surge para reconocer, garantizar y proteger los derechos subjetivos conforme a un orden estatal. Es una regla heterónoma que impone obligaciones, incluso, sanciones.

La libertad implica hacer o no hacer uso de ese derecho. “El orden jurídico concede una autorización a una persona o le confiere un derecho, únicamente imponiendo un deber a otra”.¹⁸ El derecho subjetivo es, a la vez, un deber jurídico que la norma designa en relación a los individuos entre sí. La norma obliga a las personas a conducirse de la manera establecida ante las otras personas, a observar la conducta esperada en un orden social, de lo contrario el sujeto que tiene ese derecho, también tiene la facultad de exigir su cumplimiento. La protección jurídica radica en la obligación.

¿Cómo se instrumentaliza el ejercicio de un derecho?

Kelsen refiere que para identificar a los sujetos imputables, se desarrolló el término de personalidad jurídica, tanto de forma individual, como colectiva a los sujetos de derecho establecidos por el Estado.

Ahora bien, para la teoría del derecho existe una diferencia entre responsabilidad y obligación. Un sujeto es responsable, cuando infringe una ley y corresponde una sanción, también puede dirigirse contra otro por la conducta de un sujeto. En cuanto a la obligación “siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada”.¹⁹

La propiedad se define “como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos crediticios, que fundamenta relaciones

¹⁸ Hans, Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 2010, p.89.

¹⁹ Hans, Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit. p.93.

jurídicas de naturaleza únicamente personal.”²⁰ Kelsen, señala que estas relaciones jurídicas se establecen entre un sujeto y otros sujetos, con el fin de garantizar al sujeto propietario que otros sujetos, que no son los propietarios, se abstengan de coartar su libertad de propiedad privada, como una característica propia del derecho civil. Entonces, la relación jurídica entre sujeto y objeto, establece una relación social y económica, que se regula en el derecho positivo. La relación jurídica se manifiesta únicamente en el sujeto y el objeto.

Kelsen extrae de la teoría jurídica tradicional la figura jurídica del *deber*, propia del derecho positivo como la vinculación normativa del individuo con la acción y la vinculación de la sanción con la conducta ilícita. Un individuo está obligado a cumplir una norma en la medida en que impone una sanción a la conducta contraria.

Para la *teoría pura del derecho*, la separación entre derecho objetivo y subjetivo da un amplio margen de interpretación para cometer abusos de índole ideológicos. Ambos derechos son de la misma naturaleza, se refieren a un deber de responsabilidad cuando el derecho objetivo contiene una sanción contra una persona infractora. Se ejerce el derecho subjetivo cuando en el derecho objetivo se reconocen los derechos determinados, mediante querrela o acción judicial. La voluntad de parte es esencial en el procedimiento judicial para que un tribunal determine una sanción contra otro sujeto, puede ser individual o colectivo.

Para Kelsen, si los derechos políticos y los derechos subjetivos privados se unificaran en una sola noción jurídica, la particularidad del derecho subjetivo, como técnica para crear el derecho, contribuiría a eliminar la separación entre derecho objetivo y derecho subjetivo. Esto, encausaría el deber jurídico de carácter general como elemento esencial en toda norma.²¹

¿Cómo se legitima la creación de las leyes, mediante la norma fundante?

²⁰ *Ibidem.* p.119.

²¹ Hans, Kelsen, *Teoría del derecho y del Estado*, *op. cit.* p. 53.

Kelsen, identifica en la norma fundante el análisis de la creación normativa. Una característica en la creación jurídica es que el derecho mismo, regula su propia creación. “[U]na norma determina cómo otra norma debe ser creada”,²² incluso, determina su contenido. Una norma será válida, solo si ha sido creada conforme lo determina otra norma. El fundamento de la norma se determina de otra norma que la antecede. Siguiendo la cadena de creación normativa que antecede a la norma, de la otra norma, llegaremos hasta la *norma fundante*. De ésta depende el criterio de validez de todo el orden jurídico.

Para la *Teoría pura del derecho*, la *norma fundante* parte de la validez de una norma como hipótesis para la validez del orden jurídico, porque surge del primer constituyente. La Constitución es la máxima ley en el derecho positivo. Determina los órganos encargados de crear las normas generales y regula su procedimiento. Las normas generales en su conjunto se denominan legislación. La Constitución puede determinar la creación y contenido de una nueva ley secundaria, en razón de la jerarquía de leyes como norma fundante.²³

1.2 Los derechos subjetivos en el *iusnaturalismo*

Una característica del *iusnaturalismo* es la búsqueda de la justicia, que influenció de alguna manera al sistema jurídico. Para esta doctrina los derechos son dados por la misma esencia natural.

1.2.1 Michel Villey

Según Michel Villey, para los romanos no existía el derecho subjetivo, ni los derechos reales, ni los personales. El estudio del derecho subjetivo es central para el derecho privado que se fue transformando en la época moderna, crea las instituciones fundamentales como el matrimonio, la propiedad, el derecho real de herencia, contrato y la indemnización por daño, desarrolladas de manera completa para su ejercicio judicial. El autor señala tres épocas: del

²² Hans, Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit. p. 147.

²³ *Cfr. Ibidem.* pp. 154-161.

derecho romano clásico; de la época de los glosadores y de los romanistas modernos, donde evolucionaría el término del derecho subjetivo.²⁴

El derecho subjetivo, por un lado “reafirma el poder”,²⁵ y por otro, también considera garantías ciudadanas que mediaran el poder público, como derechos humanos tradicionales que protegen la moral jurídica y física del individuo, hasta los derechos sociales de origen moderno que se refieren al derecho de *bienestar* o educación.

Para Villey, la noción del derecho subjetivo surge por inquietud de los filósofos a principios del Siglo XVII. Destaca Hobbes y Gassendi en su interés por conocer ¿Qué es ese derecho y cuál es su origen? Posteriormente los juristas hasta la época final de la escolástica, desarrollaron estudios teóricos hasta llegar a la doctrina moderna. Los filósofos se ocuparon del término *ius*, cuestionan que uso se le da a la palabra *ius*, la respuesta es la interpretación como derecho, facultad o dominio, “facultad de hacer, tener y aprovechar alguna cosa”²⁶.

En la época antigua la palabra *ius* es diferente a *lex*, no significan lo mismo. Para Santo Tomás, la palabra *lex* simboliza lo justo “el derecho era el objeto, el contenido de una ley. Para Hobbes y Gassendi [...] el derecho aparece anterior y opuesto a la ley positiva humana”.²⁷ Sin embargo, Hobbes tiene otro concepto de *ius* y *lex*, la primera significa libertad y poder como derecho subjetivo, a diferencia de *lex* que es obligación, regla, mandato que limita las libertades. A través del tiempo, la influencia de los filósofos como Hobbes y Locke, identificarán el derecho público con el estudio de las libertades del hombre ante el Estado. Los derechos privados del hombre son reglamentados por el Estado, que se perfeccionarían en el derecho civil.

En el derecho romano el derecho subjetivo es desconocido, la palabra *ius* es una institución objetiva, no es derecho. La palabra *ius* para los romanos significa –la parte justa-, hacer ley significa determinar lo justo, no significan lo mismo, el significado de las palabras cambia con el tiempo. Un juicio se

²⁴ Para el estudio del tema, exponemos la aportación del autor en el derecho subjetivo, según la obra *Estudios entorno a la noción de derecho subjetivo*.

²⁵ Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Chile, Ediciones universitarias de Valparaíso, 1976, p. 18.

²⁶ *Ibidem*, p. 49.

²⁷ *Ibidem*, p. 54.

promovía porque la institución contenida en él, se apegaba a una *fórmula*, no porque se tuviera un derecho, la defensa jurídica era a través de *fórmulas*.

Antes del bajo imperio surge el *procedimiento extraordinario*, en este, corresponde al juez valorar si el demandante se funda en un derecho, con la creación de esta técnica procesal el juez ya no está obligado a valorar si el litigio se encuentra en tal o cual *fórmula*.

Después, ya en la época del bajo imperio, son los *glosadores* los que teorizan el derecho, para Michel Villey “eran gente de formación lógica”, cuando recopilaron los textos dispersos se dieron cuenta que no tenían secuencia lógica. Al organizar los textos, para superar las lagunas técnicas, reconstruyeron el derecho romano. En ese procedimiento desarrollaron un nuevo sistema procesal, crearon la terminología de lo que sería el derecho subjetivo, “a cada derecho subjetivo, ellos le dan un nombre y una definición, por primera vez, se analiza el *dominium*, el derecho de propiedad por su contenido”.²⁸ Señala Villey, que toda esa actividad se vería interrumpida, por las contradicciones jurídicas que la exigencia lógica no podía conciliar.

En la siguiente época romana, aproximadamente en el siglo XVIII, las contradicciones jurídicas no causan problema y surge un nuevo lenguaje que tiene influencia en la filosofía moderna. A través de ésta época se precisa el contenido de los derechos subjetivos. Sobresale el derecho real, que vincula al hombre con el derecho absoluto sobre una cosa.

Para Michel Villey, sería Guillermo de Occam, el primero en teorizar el derecho subjetivo en su obra *Opus nonaginta dierum*, en 1332, por el conflicto entre el Papa Juan XXII y la orden franciscana, cuando el Pontífice quiso generalizar el régimen de propiedad, imponiéndola a las comunidades franciscanas. Ante la rotunda oposición de aquellas, Guillermo de Occam impugnó las bulas papales en oposición al régimen de propiedad y usufructo.²⁹

El Papa Juan XXII, de influencia tomista pregonaba la propiedad privada como derecho natural, enseñanza de herencia aristotélica. Por el contrario la orden franciscana, hacia votos de pobreza y consideraba a la propiedad privada una contradicción a su doctrina. Producto de esa contradicción, surgió

²⁸ *Ibidem*, p. 129.

²⁹ *Ibidem*, pp. 169-190.

la querrela de oposición. Los franciscanos se fundan en una bula del siglo XIII, que señala tener el *uso de los bienes, pero no la propiedad*. El argumento del Papa Juan XXII, es que nadie puede usar de una cosa sin tener derecho de uso, como disposición de una cosa no separable de la propiedad, que se ajuste al derecho. El *ius* es entendido como cosa justa en el derecho natural, por lo tanto resulta inadmisibile pensar que aquellos no tienen derecho. Para el Papa el uso implica la propiedad.

El Papa Juan XXII pretende restituir la propiedad a los franciscanos, pues tienen el uso y aprovechamiento de los frutos de las cosas consumibles en alojamiento en los conventos. Para él, el hecho de consumir o de usar no sería justo si no se fundara en un derecho, como quedó señalado en esa época, la palabra *ius* se refiere a un valor según la justicia. El razonamiento jurídico del “uso” o “uso de hecho” son justos, eso significa tener un derecho de usar. No es posible vivir fuera del derecho.

Para Occam, cada derecho tiene un poder, define al *poder de usar* como el usufructo “el derecho de usar es la potestad lícita de usar una cosa exterior, de la cual nadie debe ser privado en contra de su voluntad, sin culpa suya, a no ser que medie una causa racional y si fuera privado de ella, podrá demandar en juicio al que le privo”.³⁰ Define el *uso de hecho* como “el acto mismo de usar de una cosa exterior, como habitar, comer o beber”, pero se trata de un permiso, facultad recibida del cielo, de la razón o del derecho positivo divino. Estos preceptos Occam los toma de San Agustín, los interpreta en el sentido de renunciar al *poder de defenderse* en un juicio; esto va en contra de sus principios religiosos que desaconseja defenderse en un juicio. Pues se rigen por la rectitud de la voluntad, ajena a la interpretación de justicia aristotélica.

Al final de la querrela el Papa Juan XXII, reconoce a los franciscanos “tener los bienes, sin tener el derecho de defender esos bienes”.³¹ La trascendencia de esta querrela es la concepción del derecho con el poder que imprime un aporte al derecho subjetivo moderno como la facultad de actuar o de no actuar. Occam en los razonamientos jurídicos se aparta de derecho romano tradicional para dar paso al derecho moderno.

³⁰ *Ibidem*, p. 178.

³¹ *Ibidem*, p. 181.

1.3 Los derechos en la crítica jurídica

La crítica jurídica analiza el derecho como un sistema normativo compuesto no solo de normas, sino, de otros elementos, reproducidos en el lenguaje por medio del discurso. Un planteamiento de la crítica jurídica es el estudio de la parte deóntica y la parte ideológica.

1.3.1 Oscar Correas

Desde un enfoque metodológico, Oscar Correas³² señala una diferencia implícita en el derecho. Para el autor, el derecho se compone de un contenido normativo, de prescripción de la conducta, y un contenido no normativo, que es el discursivo. En este sentido, la semántica como disciplina aportaría elementos para avanzar en el estudio del contenido jurídico. Por regla general la elección de una teoría debe ser contrastada con la comprobación empírica.³³

Es ineludible estudiar la dogmática para interpretar el contenido normativo, conocer e identificar el derecho que, a través del tiempo, se reproduce culturalmente como válido. Sin embargo, la dogmática jurídica o jurisprudencia normativa tiene como objeto de estudio solo a la norma y no el comportamiento real. La dogmática constituida en el sentido deóntico del derecho goza de prestigio. Su referencia empírica es la eficacia, debido a la obediencia de la norma por los destinatarios a cumplirla.

Para el autor en estudio, es cuestionable ubicar al derecho como una ciencia. Pues, la dogmática jurídica tiene la función de describir el derecho y para el quehacer científico no sería esa su función. Si el derecho se constituye como ciencia, entonces, el problema es metodológico. Corresponde a la epistemología estudiar la aportación científica para conocer *cómo* se hace el derecho, “disciplina que tiene como objeto la reflexión acerca del fundamento de los conocimientos, entre ellos el científico.”³⁴ La epistemología como

³² Cfr. Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo sociosemiológico*, México, IIJ-UNAM, 1993, p. 11.

³³ Cfr. Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo sociosemiológico*, México, 2ª. ed. CEIICH-UNAM, Ediciones Coyoacán, 2005, p. 121.

³⁴ *Ibidem*. p. 133.

disciplina aporta conocimientos teóricos, propios de la metodología de la ciencia. Sin embargo, algunos estudiosos del derecho,³⁵ al margen de la epistemología, proponen la filosofía del derecho, una disciplina que puede describir el quehacer de la ciencia jurídica.

El autor, cuestiona el derecho dominante y las relaciones de reproducción social que mantiene el sistema jurídico hegemónico. Se pregunta por las *causas*. Desde la sociología jurídica, hace un análisis del discurso para identificar las *causas* que generan ese derecho. El derecho cumple su función cuando el sistema normativo resulta eficaz y efectivo, entonces es aceptado y obedecido; esto es, que determina la conducta de otros. Si un derecho no logra la conducta esperada, será ineficaz.

Respecto al estudio de las normas, el autor señala que el derecho se compone de una parte normativa que identifica al sistema jurídico. La norma impone una sanción, mediante la coacción, eso la diferencia de las normas morales. El derecho no se agota con el estudio de las normas, también está compuesto de otros enunciados, una parte no normativa, constituida por los enunciados en los textos jurídicos.

En cuanto al sentido deóntico e ideológico del discurso, el derecho se compone de una parte normativa y otra parte no normativa, esto es, la discursiva. Oscar Correas³⁶ estudia cómo es que, ese discurso jurídico, impone hegemonía y consigue su eficacia.

El sentido deóntico se relaciona con los modalizadores: *prohibitivo, obligatorio y permitido*; mientras que el sentido ideológico se relaciona con la descripción de la norma.

Como operadores elementales, tenemos *permitido, obligado y prohibido*, si es prescriptivo se propone *hacer*, esto es:

Intervenir en el curso de las cosas: lograr que el curso de las cosas *cambie*, si de por sí tal curso es visto como permanecer idéntico a sí mismo, como un <<mundo-en-reposo>> o lograr que el curso de las cosas no cambie, si por sí mismo ese curso iba a cambiar

³⁵ Alchourrón, Carlos, y Bulyngin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, citado por Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica*, op.cit., p. 133.

³⁶ Cfr. Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo sociosemiológico*, op. cit., p. 11.

(ante lo que se ve como un <<mundo-en-movimiento>>). *Hacer*, en el sentido estricto de la palabra es justamente eso.³⁷

La ley se propone hacer o no hacer, para que las cosas cambien. Con el discurso prescriptivo se propone hacer, mientras que con el discurso descriptivo se propone no hacer. En ese sentido los derechos pueden ser considerados como definiciones y prescripciones que “a primera vista parecen sólo expresiones de buenos deseos como las que acuerdan el ‘derecho al trabajo’ o el ‘derecho a la vivienda’ en algunas constituciones, y que, no siendo normas, pues no establecen quién es el amenazado en caso de no ser respetados tales derechos”.³⁸ En el discurso jurídico los derechos que no imponen sanción, no son normas ¿Por qué no son normas? Porque no amenazan con la violencia en caso de incumplimiento.

Para Oscar Correas, los derechos subjetivos engloban todos los derechos y todos los derechos son también derechos humanos.

Para el autor en estudio, los derechos subjetivos como derechos sociales han sido reconocidos en la ley, a partir de reivindicaciones de los grupos sociales,³⁹ porque los grupos vulnerables buscan la protesta social como demanda legítima de los derechos,⁴⁰ cuando el Estado no ha cumplido con esos derechos o no ha generado los mecanismos jurídicos de judicabilidad. Pues, para el autor la justicia social es un derecho humano. En ese sentido, toda aspiración popular puede ser enunciada como derecho humano y tiene peso como denuncia aunque no esté positivizado ese derecho por la ley o en la Constitución, por ser una demanda legítima.

Por otro lado, el autor en estudio señala que al ejercer los derechos humanos-subjetivos el ciudadano queda domesticado, por el solo hecho de recurrir al Estado, que es quien viola los derechos humanos. Al demandar un derecho subjetivo el Estado tiene diversas ventanillas, por una ventanilla una

³⁷ Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 2ª ed., España, Trotta, 2002, p. 67.

³⁸ Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo socioemiológico*, 2ª ed., *op. cit.* p. 144.

³⁹ Correas, Oscar, *Los Derechos Humanos*, artículo inédito, ponencia presentada en el Seminario de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM, mayo 2015.

⁴⁰ Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos, apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán, 2003, p. 115.

autoridad viola un derecho y por otra ventanilla, la autoridad recibe la queja de las violaciones, de tal forma que no existe una independencia de autoridad.

1.4 Los derechos en la dogmática constitucional

La dogmática constitucional se caracteriza por contener garantías consagradas en un sistema jurídico.

1.4.1 Los derechos individuales, interpretación *tradicional*

Los derechos mejor desarrollados han sido los derechos y garantías constitucionales, porque cuentan con mecanismos jurídicos adecuados para su ejercicio y determinan obligaciones al Estado para cumplirlos y respetarlos.

1.4.1.1 Ignacio Burgoa

La tendencia *iusnaturalista* influyó en la *Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano en 1789*, según Ignacio Burgoa, “eliminaron todo lo que pudiera obstaculizar la seguridad de los derechos naturales del individuo, forjando una estructura normativa de las relaciones entre gobernantes y gobernados con un contenido eminentemente individualista y liberal.”⁴¹

El liberal-individualismo instituyó una relación directa entre el Estado y el individuo, sin que interviniera alguna *entidad intermedia*, sin mediadores, excluyó toda forma de organización social o asociación para defender los derechos comunes. Así, en caso de afectación de los derechos, el sujeto podía acudir a defender su derecho de forma vertical, directamente ante el Estado. Para instrumentalizar ese derecho se desarrolló el concepto de persona, para Immanuel Kant: “la persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir con propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo y que cabalmente por eso posee dignidad”,⁴² el concepto de persona, de origen filosófico, incidió

⁴¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41ª edición, México, Porrúa, 2009, p. 25. En el presente subtítulo estudiamos las aportaciones del autor para consulta remitimos a su obra.

⁴² *Ibidem*. p. 12.

en el derecho para estudiar la personalidad humana, concepto que devendría en la técnica jurídica.

Ignacio Burgoa, en su obra *Las garantías individuales*, señala el concepto de *libertad*, vinculado preponderantemente a la personalidad humana. Es un mecanismo necesario para el desarrollo de la individualidad. Para que el hombre logre los fines propuestos necesita ser libre, para lograr su realización recurre al libre albedrío. La libertad se distingue: “como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticable los conductos necesarios para la realización de la teleología humana”.⁴³ Los fines que se proponga el hombre van relacionados a cada persona, influyen principios externos en que éste se desarrolla como su cultura, carácter e idiosincrasia.

La libertad *específica*, le permitirá al individuo realizar los *fines* propuestos conforme a su carácter forjado, como son libertad de trabajo, de comercio y de prensa a manera de manifestación de las ideas. La libertad *social*, es la condición necesaria para su desarrollo, la facultad de elegir los *medios* para su realización personal que le permitirá trascender. Esa condición necesaria se compone de *igualdad* y *propiedad*.

El sentido de igualdad busca el equilibrio. El individuo necesita una situación similar entre sus semejantes, de lo contrario, quedaría sometido a un medio desfavorable.⁴⁴

Por otro lado, el derecho de *propiedad privada* es considerado una condición indispensable para que el individuo pueda ser libre. Sin esto se destruye la personalidad humana, allegándose de los medios materiales que permitan al hombre lograr los fines propuestos.⁴⁵

1.4.1.2 Derecho subjetivo

Las garantías como derechos subjetivos constituyen un vínculo entre el sujeto y el Estado, que en caso de controversia resolverá un juez. Ese vínculo lo constituyen los derechos, llámense derechos humanos o individuales

⁴³ *Ibidem.* p. 13.

⁴⁴ *Ibidem.* p. 15.

⁴⁵ *Ibidem.* pp. 15-16.

consagrados en forma de garantías. Una vez que el sujeto tiene derechos necesita los instrumentos para ejercerlos, esto se garantiza por medio de la seguridad jurídica, destaca el derecho de audiencia y la garantía de legalidad.⁴⁶ La garantía de seguridad jurídica regula procedimientos y estancias judiciales como herramientas para ejercicio de un derecho subjetivo ante el Estado. Esto es, los actos de autoridad deben estar sometidos a la ley para proteger los derechos del gobernado.

1.4.1.3 Garantías individuales

Actualmente el concepto tradicional de garantía individual trata de diferenciarse de la influencia *iusnaturalista*. Ahora los derechos individuales no son dados por el derecho natural, son garantías individuales otorgadas por el Estado que mediante la ley regula la conducta de la autoridad en relación con los gobernados. Sostiene Burgoa⁴⁷ que, si la sociedad está compuesta por personas y al procurar la felicidad de cada una de las personas se consigue el bien social, debe mediar la intervención del Estado en la medida que estos derechos afecten el orden social, por medio de las garantías, que se componen de 4 elementos, sujeto (activo y pasivo), objeto y fuente:

- 1.- Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).
2. Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).
3. Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).
4. Previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental (fuente).⁴⁸

Las garantías individuales constituyen una relación jurídica entre autoridad, Estado y ciudadano como sujetos de derecho con el objeto de que la autoridad respete y cumpla los derechos reconocidos en la ley fundamental.

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 194.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 43.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 187.

Esto es, mediante los recursos legales de defensa. Las garantías son consideradas como: “la *consagración jurídico-positiva*”.⁴⁹

El reconocimiento de los derechos en la ley impone a la autoridad y al Estado la obligación de respetarlos. Comprenden la subordinación a la ley en la regulación de los límites de actuar de la autoridad, entre la relación gobernante-gobernado, consagrados en el derecho público subjetivo en favor del individuo.

Por otro lado, para Ignacio Burgoa las garantías sociales son “un conjunto de derechos otorgados a determinadas clases sociales que propenden a consolidar su situación económica primordialmente [...] consistentes en resolver, en beneficio de las masas desvalidas, los problemas obrero y agrario.”⁵⁰ Son derechos inalienables e irrenunciables, para beneficiar a las clases económicamente débiles ante las clases poderosas.⁵¹ Para el autor, el derecho social se caracteriza por el *intervencionismo de Estado* en los derechos del hombre para aplicarlos en beneficio colectivo, mediante la *obligación pública individual*. El autor en materia de la ciencia política considera que los extremos son malos como única opción, lo ideal sería un equilibrio.

1.4.2 El Garantismo interpretación *Intermedia*

El garantismo se caracteriza por crear mecanismos jurídicos que permitan el ejercicio de los derechos a los gobernados.

1.4.2.1 Luigi Ferrajoli

Para Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, como garantía vinculan al sujeto con el Estado, en caso de controversia resolverá el juez, también corresponden al poder Legislativo y Ejecutivo. Ese vínculo se constituye mediante los derechos humanos o derechos fundamentales. Describe a los derechos subjetivos como “derecho (expectativas positivas de prestación o negativas de no lesión) y sus garantías primarias (como obligaciones o prohibiciones de los mismos comportamientos

⁴⁹ *Ibidem.* p. 187.

⁵⁰ *Ibidem.* p. 149.

⁵¹ *Ibidem.* p. 150.

a cargo de otros sujetos) [...] no tiene carácter óntico,⁵² sino deóntico; no expresa el ser del derecho sino un deber ser”.⁵³

1.4.2.2 Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales⁵⁴ pueden ser denominados públicos, constitucionales, personales, ciudadanos, incluso humanos, según la disciplina y valor que se estudie. Esos derechos fundamentales se diferencian entre sí, por los intereses o derechos tutelados de índole constitucional, se constituyen universales y se caracterizan por los principios expresados y por los sujetos destinatarios que los reivindican.

El autor hace una diferencia entre *que derechos son fundamentales*, cuáles son o cuáles deben ser. El sustento de su teoría se caracteriza por ser *iusnaturalista* y *iuspositivista*.

Desde el punto de vista *iuspositivista*, pertenece a la dogmática, son derechos de tipo empírico –verificable– son expectativas normativas. Son derechos fundamentales: la libertad personal, la libertad de expresión, libertad de reunión y libertad de asociación; así como el derecho a la salud, educación, y seguridad social establecidos en la Constitución.

En el sentido *iusnaturalista*, pertenece a valores morales tendientes a la justicia de tipo axiológica, de los valores. Por lo tanto, no son ni verdaderas ni validas, son expectativas justas de proteger. Son derechos fundamentales: el derecho a la vida, a la libertad de conciencia, las libertades civiles, el derecho de subsistencia, igualdad, y todos los que garantizan la dignidad de la persona.

Ambas clasificaciones se caracterizan por señalar *cuales son* y *cuáles deben ser* los derechos fundamentales garantizados en la Constitución.

⁵² “Óntico, adjetivo de ente, toma su significado de la existencia en sí de las cosas; esta existencia es un dato independiente de lo que el hombre puede saber acerca de ella [...] ‘Ontológico’, adjetivo de ser, corresponde a la interpretación que el hombre da cuando se pone en la tarea de descubrir la esencia de las cosas.” Cossio, Carlos, *Lo óntico y lo ontológico*, Argentina. Consultado en: www.google.com.mx/?gws_rd=ssl#q=ontico

⁵³ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en De Cano, Antonio y Pisarello, Gerardo (coords.), *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2010, p. 180.

⁵⁴ Para el desarrollo de este tema, remito a la consulta de Ferrajoli, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2010. En ánimo de la descripción que aporta el autor, se retoma su texto, a lo largo de la exposición del tema.

Según la teoría, la definición *formal* ayuda a identificar las características teleológicas de los derechos, por los fines que persiga. Las diferentes disciplinas aportan elementos de estudio, así tenemos que la *ciencia jurídica positiva* estudia los derechos desde el análisis empírico. En materia de *filosofía política* estudia la doctrina normativa de valores. La *teoría del derecho* analiza los conceptos jurídicos para explicar el derecho positivo. La *sociología jurídica* estudia los derechos desde el análisis empírico de los comportamientos sociales y de procesos políticos en que han sido afirmados, reivindicados y, una vez conquistados, han sido consagrados en las Constituciones. Entonces, los derechos fundamentales serán objeto de estudio según la interpretación, ya sea en materia económica, social, política, cultural o por el nivel de efectividad otorgado.

Luigi Ferrajoli define los derechos fundamentales como: “aquellos derechos *subjetivos* que las *normas* de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a *todos* en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*”.⁵⁵ El autor habla tres rasgos estructurales que determinan a los derechos fundamentales, se caracterizan: a) Por la forma universal de imputación a los sujetos; b) Por su estatuto: se regulan en la técnica jurídica mediante reglas generales con normas técnicas y reglas abstractas, compuestas con normas de supuestos hipotético y c) Por la figura clásica de abstracción. Otra característica es que son derechos inalienables en oposición a los derechos patrimoniales.⁵⁶

Para tutelar un derecho fundamental se requiere sustraerlo del intercambio mercantil⁵⁷ y sustraerlo de la arbitrariedad política del legislador y enunciarlo en la regla general de una norma constitucional. La abstracción se confiere en forma de regla general a nivel constitucional para colocar los derechos sobre cualquier arbitrariedad política.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Ibidem*, p. 292.

⁵⁷ Para Luigi Ferrajoli el intercambio mercantil, ha dado motivo a confusión en los derechos, propio del derecho civil, pero difiere del derecho político, por ejemplo de voto. Existe una diferencia radical, entre un derecho y otro, para ser considerado derecho fundamental.

Ferrajoli propone dos categorías analíticas para definir los derechos fundamentales, divididas en *tipología objetiva* y *tipología subjetiva*.⁵⁸ Son tipologías de análisis teórico y formal.

La *tipología objetiva* se refiere al tipo de conducta establecida en los mismos derechos. El comportamiento o conducta es el objeto de los derechos fundamentales, se determina por la capacidad jurídica de actuar, que tienen los sujetos titulares de los derechos. Esto es, que los sujetos de derecho puedan realizar actos jurídicos, para evaluar su comportamiento o conducta, para eso la ley impone la facultad positiva de actuar o de no actuar.

La *tipología subjetiva* establece a los sujetos titulares de los derechos, hace la diferencia entre tres tipos de personas: personas físicas, ciudadanos y personas capaces de obrar.

Ferrajoli clasifica los derechos en categorías analíticas, según la teoría de estudio, para explicar su contenido. Así, identifica los derechos sociales con el derecho a la salud, a la educación, y los derechos de libertad, con la libertad de pensamiento, de prensa y de reunión, aunque no son los únicos.

La categoría de estudio ayuda a conocer la exposición doctrinaria aportada por los filósofos políticos o analíticos. Los análisis filosóficos impulsan el estudio del derecho, con la intención de resolver problemas que aquejan a la sociedad, en su momento contribuyen a la construcción de paradigmas que permiten avances teóricos. En tanto, no constituyen paradigma, apoyan en la comprensión de la complejidad jurídica. Los estudios filosóficos son referencia para estudios actuales, constituyen diferentes interpretaciones. Las categorías de estudio dan un amplio margen de interpretación. Entonces, los derechos fundamentales no escapan a estas divergencias.

El autor en estudio, en materia de los derechos fundamentales, hace una división de la *libertad negativa* y *libertad positiva*, es una clasificación muy debatida, precisamente, porque considera que la falta de claridad ha dado motivo a errores conceptuales en la teoría de los derechos fundamentales.

El contenido impreciso de los derechos genera contradicciones, entre *libertad negativa* vinculada al derecho de libertad en general y la *libertad positiva*. A su vez, la falta de claridad en el contenido de los *derechos civiles* y

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pp. 291 – 296.

políticos da motivo a equivocaciones en la teoría de los derechos fundamentales

El concepto de propiedad se describe en los derechos civiles como derechos reales de adquirir y disponer de los bienes de propiedad autónomamente. Para el autor, la confusión se origina en asimilar el concepto entre *libertad* y *propiedad*. Son dos cosas diferentes. La confusión se reproduce en los derechos civiles, al describir los derechos reales de propiedad como *libre uso*.

Al derecho real de propiedad, a los derechos civiles y a los derechos de libertad, se les otorga el mismo carácter de derechos absolutos, son universales porque conciernen a todos. Esto se reproduce en la teoría de los derechos, pues, los derechos de libertad y propiedad, son universales y absolutos. Por tanto, para Ferrajoli, los derechos fundamentales de libertad son universales e indisponibles; y los derechos patrimoniales son singulares y disponibles. No significan lo mismo.

El autor separa el contenido de esos derechos. Los derechos de libertad y los derechos civiles son universales e indisponibles. A diferencia del derecho real de propiedad que es un derecho-poder, singular y disponible.

Ferrajoli estudia la confusión entre *libertad* y *propiedad*, para eso, retoma la clasificación de *libertades negativas* y *libertades positivas*, denomina a estas libertades: *contradicciones dependientes*, que se reproducen en los derechos civiles y políticos de la siguiente manera:

Libertad negativa: funciona como impedimento, libertad de acción. Según Montesquieu “es el derecho a hacer todo lo que las leyes permiten”⁵⁹ como un permiso o facultad.

Por otro lado, la *libertad positiva* es una facultad que funciona como autodeterminación o autonomía, implica la voluntad y libertad de ser dueño de sí mismo. Según Rousseau es “obediencia a la ley que uno se ha prescrito”.⁶⁰

Ambos contrastes, se relacionan en el ámbito de los derechos subjetivos. Sin embargo, Ferrajoli considera que esta clasificación de libertad positiva y negativa es superada, son meras categorías de lenguaje moral, pero no del

⁵⁹ *Ibidem*, p. 306.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 304.

lenguaje jurídico, de tal manera, que no pueden constituir derechos subjetivos. Señala que otra contradicción consiste en que no pueden coexistir libertad y obligación, una coarta a la otra. Esta distinción confunde el contenido de libertad como *derechos humanos* y *derechos públicos*, y el contenido de la autonomía como derechos fundamentales *civiles* y *políticos*, preceptos que en el ámbito jurídico son dominio del derecho subjetivo.

Ferrajoli encuentra la *libertad negativa* en los *derechos fundamentales de libertad*, estos derechos son universales, autónomos. Y de jerarquía constitucional. En relación a las *libertades positivas*, Ferrajoli sitúa los *derechos fundamentales de autonomía*, como facultad de autodeterminación. Los *derechos de autonomía*, consisten en los derechos *civiles* o de autonomía privada y *políticos* de autonomía pública, son considerados como derechos-poderes “poderes cuyo ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas, están destinados a entrar en conflicto, en caso de que no sean jurídicamente limitados”.⁶¹ El ejercicio de estos derechos produce amplios efectos que necesitan un límite.

La clasificación de *derechos de libertad* y *derechos de autonomía* tiene un contenido diferente, concibe la libertad de jerarquía constitucional, como libertades fundamentales. Esos derechos constituyen libertades otorgadas a todos por igual, porque su ejercicio no daña a nadie, son un límite a las obligaciones y a las prohibiciones impuestas por el ejercicio de cualquier poder público o privado.

Para Luigi Ferrajoli estas propuestas categóricas son esenciales para la teoría del Estado de derecho y democracia, señala que el problema filosófico-político de los derechos fundamentales es teleológico y axiológico como postulados. El autor propone la técnica normativa racional que se deriva de la definición de derechos fundamentales como técnica vinculada mediante la racionalidad instrumental que admite verificación empírica. Para el autor el problema está entre derechos y garantías que establecen la relación entre el *deber ser*, de lo permitido y de lo prohibido que puede ser desatendido por la ley vigente.⁶²

⁶¹ *Ibidem*, p. 307.

⁶² *Ibidem*, pp. 314-328.

El autor en estudio divide en cuatro criterios los fundamentos de los *derechos fundamentales*, entre *ius-positivismo* y *ius-naturalismo*, para analizar su contenido axiológico, como son: *igualdad; democracia constitucional; la paz; y la tutela de los derechos.*

Para Ferrajoli *la igualdad*, es un valor que constituye también a la ciudadanía y la convivencia de las diferencias. La igualdad se atribuye a la igualdad de situaciones jurídicas en la medida que se deriva de normas abstractas y reglas generales. La igualdad jurídica se manifiesta en los derechos fundamentales. Por otro lado, la desigualdad jurídica es propia de los derechos patrimoniales, se deriva de la titularidad del derecho constituida en derechos y obligaciones, abstraída en las normas hipotéticas en la descripción de conductas.

La igualdad jurídica es conforme al principio de gobierno de las leyes y no del gobierno de los hombres. La igualdad legal es conforme a la titularidad de los derechos como universales, ya sean poderes, libertades, obligaciones o prohibiciones descritos en la dogmática jurídica. La titularidad de los sujetos de derecho se deriva de su *status*, del derecho positivo, según los cuatro tipos de derechos que son: derechos civiles, políticos, los de libertad y los derechos sociales.

El contenido de los referidos derechos se desprende del valor axiológico. Los derechos de libertad, garantizan la libertad de expresión, identidad y diferencias. En los derechos sociales la garantía se dirige a reducir las desigualdades económicas. En ambos casos el valor protegido es la dignidad de las personas. La técnica jurídica, en la formulación normativa como derechos fundamentales, es el medio idóneo para la satisfacción de esos valores. Para que los derechos sean satisfechos deben estar formulados normativamente, mediante la técnica jurídica correspondiente.

En el ámbito del derecho positivo, todos los derechos fundamentales son considerados derechos humanos porque pertenecen a todas las personas, independientemente de la capacidad jurídica y de la ciudadanía. Pues, las reglas generales determinan la capacidad jurídica, en casos específicos. Por lo tanto, en los derechos humanos se pueden considerar los derechos fundamentales. Y todo derecho es susceptible de ser un derecho humano.

Para Ferrajoli, la democracia constitucional se caracteriza por los límites y vínculos prescritos en los derechos fundamentales. El autor, a estos límites de la democracia les denomina *dimensión sustancial*, concierne a los derechos civiles, políticos, de libertad y sociales como base para identificar la aportación axiológica de la democracia. También, analiza los derechos fundamentales en relación al método democrático y al conflicto entre derechos.

Por otro lado, el autor garantista, habla de la *paz*. Señala que el vínculo entre derechos fundamentales y la paz, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948 se desprende de que “Deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos de libertad, los civiles y políticos [...] también los derechos sociales”.⁶³ Para el autor, la convivencia entre los derechos fundamentales de unos y los derechos de todos imponen límites. Por lo tanto, señala que el carácter de universalidad de los derechos no es el objeto de análisis, sino los valores a realizar como son: *la vida, libertad, dignidad, paz y democracia*, de allí la relevancia de la tesis axiológica. El autor recurre a Thomas Hobbes⁶⁴ que establece la necesidad del derecho y del Estado en la tutela de la vida, señala que el origen de los derechos fundamentales, posiblemente pueden relacionarse con el paradigma del derecho natural a la vida, a la integridad personal; también contenidos en los derechos sociales de salud, educación, subsistencia y seguridad social.

El autor denomina a la tutela de los derechos como las *leyes del más débil*. Manifiesta que en este principio axiológico todos los derechos fundamentales pueden ser identificados, como son: derecho a la vida, los derechos de libertad y los derechos sociales. Ello en alusión al estado de naturaleza de Hobbes, donde predomina la ley del más fuerte. Para garantizar estos derechos se sustraen constitucionalmente de la amplia disponibilidad privada y de la amplia disponibilidad del poder público, formulados como derechos rígidos.

⁶³ *Ibidem*, p. 316.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 356.

Para el autor, los derechos fundamentales o incluso derechos humanos, a través del tiempo se fueron afirmando como reivindicaciones y después como conquistas. Por ejemplo, los derechos de la mujer, se han logrado mediante consenso social como pacto social con el constituyente de la no exclusión, para garantizar las libertades.

1.4.2.3 Garantías

Los fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales residen en la garantía de los derechos, por una convergencia, tanto lógica como teórica en los valores que se han afirmado históricamente en el constitucionalismo democrático. En un Estado constitucional de derecho, el garantismo es una herramienta como “el conjunto de técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos”.⁶⁵

Los derechos fundamentales tienen su garantía en la prescripción jurídica. El conflicto no está en la autoridad, sino en el contenido jurídico de dichos preceptos. En el contenido jurídico radica la importancia de desentrañar las confusiones descriptivas y los límites de los derechos-poderes.

Para conocer la técnica de garantía efectiva, Ferrajoli propone: identificar el derecho; estudiar el criterio axiológico; reconstruir el proceso histórico y cultural que reivindicaron esos derechos y luego identificar la sanción. El estudio de estos factores, permitirá identificar “el grado efectivo de tutela, así como proyectar las políticas y técnicas de garantía adecuada para su satisfacción”.⁶⁶

Desde la filosofía político-jurídica, los derechos sociales como derechos fundamentales trascienden del ámbito técnico jurídico a la democracia. Por lo tanto en la realidad jurídica complica demandar su cumplimiento.

¿Por qué los derechos sociales se ubicarían en el ámbito de la democracia?

⁶⁵ *Ibidem.* p. 374.

⁶⁶ *Ibidem.* p. 291.

Luigi Ferrajoli, para estudiar los derechos fundamentales remite al análisis de la democracia formal y democracia substancial. Para el autor, el parámetro de la igualdad jurídica radica en los derechos fundamentales, situados en el ámbito *sustancial* de la democracia vinculada al Estado de derecho y la democracia constitucional. Los derechos fundamentales tienen que ver con el contenido de las decisiones, consiste en conocer: *qué deciden y qué no deciden*. Mientras que los poderes de la mayoría se ubican en el ámbito *formal*. El autor plantea la contradicción entre contenido y forma; Estado de derecho y democracia, problema normativo que da motivo a tensiones, en los que se manifiestan los conflictos entre poderes, como un problema epistemológico.

Señala Ferrajoli, que “Las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva [...] tiene como cláusulas y a la vez como *causa* precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.”⁶⁷

1.5 Los derechos fundamentales son derechos subjetivos

En la época romana derecho y ley no significaban lo mismo, fue en la época moderna que los filósofos estudiaron el contenido de estos preceptos. Hobbes hace una distinción entre *ius* y *lex*, el primero consiste en la libertad de hacer o no hacer, el segundo contiene la obligación “[...] ley y derecho difieren entre sí en la medida en que difieren de la obligación y la libertad, las cuales no pueden coexistir con respecto a una misma cosa”.⁶⁸

La palabra *ius* en el sistema jurídico romano era muy amplia, el concepto no era tan rígido y dogmático, había una flexibilidad de pensamiento, las fuentes normativas eran variadas. Los derechos se encausaron en el derecho subjetivo con categorías abstractas que se construyeron a partir de elementos normativos dotados de otro contenido. A través del tiempo, los derechos se

⁶⁷ Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Del Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo, *Los derechos fundamentales*, op. cit. p. 255.

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 306.

fueron transformando, se perfilaron y privilegiaron como derechos individuales.⁶⁹

Al teorizarse el derecho subjetivo el comportamiento humano se abstrae de la realidad y se reglamenta convertido en un sistema rígido, sin considerar que la conducta del ser humano es impredecible. Según el libre albedrío, el comportamiento del sujeto no se reduce a una simple descripción de conductas en el derecho. “La mentalidad moderna [...] pretendió reducir la multiplicidad de la realidad a categorías abstractas que acogieran el mayor número de situaciones, pero no toda variedad se puede reducir siempre a la abstracción sin que pierda su identidad”.⁷⁰ Sin embargo, para los romanos no era usual interpretar el derecho a partir de la abstracción, esto dejaría a la realidad fuera de toda interpretación óptima, según la circunstancia de cada situación.

Por otro lado, se retoma el criterio de justicia se relacionaría con la obligación, es Santo Tomas de Aquino quien considera que el hombre es un ser con necesidades y, como ser de razón, determina sus libertades. Para este filósofo, lo justo era inherente a lo obligatorio, si una situación es justa, entonces corresponde reclamar los derechos inherentes. En contradicción a los razonamientos tomistas, surgen otras doctrinas que hacen una diferencia entre el *ser* y el *deber ser*. La naturaleza simplemente existe y no puede significar un *deber*, el *deber* se desprende de la voluntad superior, hace alusión a una cuestión normativa o imperativa implícita en la voluntad, no en la simple y natural existencia de las cosas por sí mismas. Para Duns Scoto, filósofo de la alta escolástica, ya en la etapa de decadencia en el siglo XIV,⁷¹ señala que un *deber* solo se puede cumplir a partir de la voluntad, ley y obediencia.⁷² Esta influencia filosófica que se desarrolla en la escolástica, tiene sus diferentes etapas que aportas elementos de estudio al sistema jurídico.

Señala Justo Megias que las aportaciones de la escolástica⁷³ son diferentes y variadas según la época. Pues, en la segunda escolástica el

⁶⁹ Carpintero, Francisco, *et. al. El derecho subjetivo en su historia*, Madrid, Cádiz Universidad servicio de publicaciones, 2003, pp. 20-32.

⁷⁰ *Ibidem.* p. 18.

⁷¹ *Cfr.* Preceptor, Enciclopedia de ciencias sociales, OECEANO, España, sin año, pp. 210, 211.

⁷² *Cfr. Ibidem*, p. 187.

⁷³ La filosofía cristiana abarca dos periodos: la patristica, se caracteriza por dogmática y la escolástica del S. VIII, que abarca el imperio de Carlo Magno, hasta el renacimiento S. XV. Recibe el nombre de

concepto democrático deja de ser el poder de la sociedad, para dar paso a la libertad del individuo al margen de la sociedad, lo que podemos interpretar actualmente en cierto individualismo que segrega o separa al ser humano de su vida colectiva.⁷⁴

Cita el autor en estudio, que el sustento del derecho individual de propiedad se deriva del trabajo personal. Sería el Cardenal de Lugo, quien explicara que este dominio de las cosas pertenece a una corriente del pensamiento de la escolástica tardía o entrando a la época moderna, habla del dominio de sí mismo y del dominio de las cosas. Esto le dio forma y contenido a conceptos político-jurídicos que tendría bases posteriores en el derecho moderno que se transformaría en el individualismo jurídico y económico. Francisco Oviedo defiende esta tesis, porque robustece la relación entre personas y cosas, en alusión al derecho de propiedad. Posteriormente, para la época moderna fue John Locke uno de los principales promotores de la propiedad privada como derecho natural o innato inherente al hombre, así postulaba la libertad individual ligada a la libertad de los propietarios.⁷⁵

Libertad y propiedad son fundamentos del sistema jurídico moderno. El término de persona se utilizó para referirse a todo ser humano. Y se estudió la libertad como facultad inherente a la persona. El autor Isidro de Sevilla estudia la libertad personal en el derecho natural “lo que era considerado lícito pasó al plano de lo socialmente defendible”.⁷⁶

Para Manuel J. Rodríguez, el actual derecho subjetivo atravesó un proceso donde: “las leyes imperiales se convierten en lo que hoy denominaríamos normas de derecho objetivo que otorga beneficios a los particulares, de tal forma que en la época postclásica surge la idea de *ius* como derecho subjetivo”.⁷⁷

Ahora bien, el derecho subjetivo se reconoce cómo una facultad o poder de hacer una cosa, “como el conjunto de facultades reconocidas a los individuos por la ley, para realizar determinados actos en satisfacción de sus

escolástica por ser de origen eclesiástico, de dónde surgieron las primeras universidades. Preceptor, Enciclopedia de ciencias sociales, OECEANO, España, sin año, *op. cit.* pp. 210, 211.

⁷⁴ Cfr. Carpintero, Francisco, *et. al. El derecho subjetivo en su historia*, *op. cit.* p. 209.

⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 272.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 283-284.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 290.

propios intereses”.⁷⁸ El individuo tiene la facultad de recurrir ante la autoridad para demandar un derecho reconocido en la ley, puede demandar el cumplimiento de una obligación de quien le debe algo. Esas facultades concedidas al individuo son en relación a los otros sujetos que están obligados a respetar un derecho protegido en una ley. Por un lado, existe un sujeto titular de los derechos; y por otro lado, otros sujetos están obligados a respetar ese derecho.

La diferencia entre el derecho subjetivo público y las garantías individuales,⁷⁹ consiste en que los primeros son las *facultades* inherentes al ser humano reconocidas al individuo en la ley y las segundas son las *normas* que tiene el Estado para proteger esos derechos reconocidos al individuo.

Del estudio de los derechos subjetivos podemos concluir que con el tiempo evolucionó el derecho para satisfacer las necesidades de la época. Aunque, no existe una ruptura radical entre cambio de época y las transformaciones jurídicas, estas son construcciones que se desarrollan a partir de conocimientos previamente establecidos que en su momento demandan soluciones. Las diferentes categorías de estudio como la dogmática jurídica, la crítica jurídica, la dogmática constitucional tradicional y el garantismo señalan la construcción del derecho subjetivo y perfeccionamiento en los derechos individuales se desarrollaron como los conocemos actualmente por razones históricas. Los derechos subjetivos son de creación moderna, paradigmáticos, ya que, marcan el cambio de la Edad Media a la Edad Moderna, donde las demandas jurídicas se diversifican. Es en el derecho moderno que los derechos fundamentales, garantías individuales o sociales o derechos humanos se instituyen como derechos subjetivos.

Para responder a la pregunta inicial que planteamos en este capítulo: ¿Los derechos en la dogmática tradicional desarrollan los derechos sociales? Respondemos, después del estudio del marco teórico que conforme a la evolución del derecho moderno, fue necesario desarrollar una técnica procesal que diera forma al derecho subjetivo para instrumentalizar todo derecho que respondería a las necesidades de la época. La abstracción del derecho al

⁷⁸ Moto Salazar, Efraín, *Elementos del derecho*, México, Porrúa, 2001, pp. 14, 79.

⁷⁹ *Cfr. Ibídem*, pp. 14, 80.

derecho subjetivo para resolver problemáticas generó los mecanismos teóricos para instrumentalizarlos, necesarios para tender ante los problemas planteados. Al recopilar el derecho y codificar las leyes se construyó la conceptualización teórica jurídica que cubriera las lagunas de interpretación. Las problemáticas recurrentes impulsan la necesidad de desarrollar los derechos individuales y las instituciones para su viabilidad práctica, como el concepto de personalidad jurídica y el derecho subjetivo como facultad de ejercer o no ejercer un derecho ante la autoridad. De tal manera que, como herencia jurídica son los mecanismos de los derechos individuales los que tenemos para instrumentalizar todos los derechos, incluidos los derechos sociales.

CAPITULO II

DERECHOS SOCIALES

2.1 Derechos sociales. Intentos de definición por la nueva dogmática

Analizamos el contenido teórico en que se estudian los derechos sociales, para identificar el concepto jurídico. Una vez que estudiemos las diversas interpretaciones jurídicas, trataremos de responder la pregunta planteada para este capítulo ¿Existen los mecanismos jurídicos adecuados para la judicialización de los derechos sociales?

Los planteamientos teóricos de los diferentes autores respecto al tema de los derechos sociales son diversos. La importancia de los tratados internacionales, como el Comité de Derechos Económicos aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966,⁸⁰ promueve el cumplimiento de los derechos en los Estados parte que enriquecen los derechos sociales. En ese sentido Luisa Cassetti,⁸¹ señala que en las relaciones económicas el Estado se compromete a garantizar un sistema de derechos sociales: trabajo, salud y educación.

Para Andrea Saccucci, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, retoma conceptos de democracia y justicia para promover los derechos humanos, reconoce internacionalmente nuevas instancias socioeconómicas de acuerdo a las condiciones sociales de cada región. La Declaración Universal plantea los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales “se retoman los derechos sociales, con la intención, de pasar, del estado liberal de derecho al estado social”.⁸²

Para Christian Courtis, los derechos sociales surgen después de la Segunda Guerra Mundial, el Estado se muestra protector de seguridad social, en salud, vivienda, educación, alimentos y todo lo necesario para la

⁸⁰ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 19.

⁸¹ Flores, Marcello y Rolla, Giancarlo, trad. Serrano, Tomas, *Diccionario básico de derechos humanos, cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, FLACSO, 2009, p. 72.

⁸² *Ibidem*, p. 57.

reproducción humana; que se lograría con el Estado social de bienestar, en el siglo XX surge el:

‘Constitucionalismo social’ inicia con la revolución mexicana en 1917, continua con la constitución alemana de Weimar de 1919 y la constitución republicana española de 1931, y se extiende decididamente después de la segunda guerra mundial en Italia, Francia [...] su reivindicación implica *demandas de reconocimiento* por oposición a las llamadas *demandas de redistribución* [...] su objetivo prioritario es la visibilidad de un sector social o grupo que en el pasado fue postergado o ignorado [...]’⁸³

Al reconocer los derechos sociales el Estado adquiere la obligación de su materialización y garantía. Surgen los derechos como declaraciones, al ser reconocidos deben ser garantizados a efecto de que se cumplan, para reconciliar la aplicación del derecho formal con el derecho sustancial. Estos derechos no pueden estar separados, su efectividad debe ser de aplicación inmediata y real. Al reconocimiento Constitucional de los derechos sociales con el Estado de bienestar corresponde crear el proceso de judicialización, que sería posible mediante los mecanismos jurídicos y técnicas procesales que permitan ejercerlos.

Sin embargo, los derechos sociales han adolecido de imprecisión teórica en el lenguaje, no solo conceptual, sino de descripción jurídica que especifique la acción procesal en ejercicio, falta señalar sujeto, objeto, bien o derecho jurídicamente tutelado y sanción. Esto es, determinar con claridad sujetos obligados a cumplir y una sanción en caso de incumplimiento.

Gerardo Pisarello señala que la teoría de los derechos subjetivos está diseñada procesalmente para resolver conflictos individuales, sin embargo, las dificultades surgen cuando se trata de derechos colectivos.⁸⁴

Antes de los derechos sociales, se instituyeron los derechos individuales con el objetivo de resolver necesidades planteada a casos inmediatos, para la solución jurídica de acuerdo a las necesidades de la época. De tal manera, que se reproducirían en el derecho subjetivo como la facultad que tiene una

⁸³ *Ibidem*, p. 93.

⁸⁴ Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Observatorio de Derechos Humanos (DESC), Barcelona, Icaria, 2003, p. 167.

persona para acudir a la autoridad en ejercicio de un derecho. Señala el autor Joaquín Miranda Camarena que entre “el Estado, como suprema persona moral política, y el individuo no debía haber entidades intermedias que no tuvieran como finalidad la protección de los intereses particulares”.⁸⁵ La protección jurídica directa entre gobernantes y gobernados surge ante la necesidad de evitar intermediarios en el ejercicio de un derecho, para evitar mayores abusos de autoridad. Creación técnica que era necesaria en la época en respuesta a la realidad social.

Posteriormente se reconocen los derechos sociales, necesarios para la reproducción de la vida de ser humano. Para el autor en estudio Miranda Camarena, estos derechos sociales son considerados como: “la disciplina que estudia y regula la experiencia jurídico social, se subdivide en las siguientes ramas: derecho del trabajo, derecho agrario, derecho de la seguridad social, derecho económico”.⁸⁶ También se reconoce en este rubro el derecho a la vivienda, salud, educación, alimentación, trabajo y salario digno.⁸⁷ El derecho social surge “cómo demanda de atención pública garantizada por la posibilidad de recurrir a juicio para lograr su satisfacción”.⁸⁸

Con el surgimiento de los derechos sociales se demanda la *atención pública*, las herramientas y acciones procesales a ejercer, a efecto de recurrir a juicio mediante la técnica jurídica. Pero en cuanto al fondo, falta precisar su contenido jurídico. Señala el autor en estudio que los derechos sociales se relacionan con la regulación *de la experiencia jurídica social*, sin precisar qué se entiende como una experiencia jurídica social.

Albert Noguera, señala una definición aproximada a los derechos sociales, como las disposiciones jurídicas para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos. Se compone de tres características: *programas de seguridad social*, para proveer una seguridad económica mínima para todas las personas. *Servicio social* como sanidad, educación y vivienda, principalmente;

⁸⁵ Miranda Camarena, Adrián Joaquín, *et. al. Garantías Sociales*, México, Porrúa, 2012. p. 54.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁷ Cfr. Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, *op. cit.*, pp, 81, 82.

⁸⁸ Gordon R, Sara, “Ciudadanía y derechos sociales: ¿criterios distributivos? en Ziccardi, Alicia, *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas sociales en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2001, p. 26.

protección de los derechos laborales, en la regulación de las relaciones laborales.⁸⁹ En esta definición, el autor señala que los derechos además de ser judiciales, esto es llevados a sede procesal, también corresponde al poder ejecutivo realizar acciones para cumplir los derechos, a efecto de materializarlos.

Para el autor, los derechos sociales se deben estudiar desde la interdisciplina: como la disciplina jurídica que consiste en el ordenamiento jurídico que reconoce los derechos sociales para su justiciabilidad. Por otro lado, la ciencia política que estudia la administración pública, podrá aportar soluciones para impulsar programas, condiciones y recursos para la efectividad de los derechos. Por su parte la disciplina de la sociología puede aportar sus conocimientos para apoyar en el estudio del nivel de vulnerabilidad de las personas titulares de los derechos.⁹⁰ La contribución de otras materias de las ciencias sociales en el derecho son complementarias para su estudio, en la medida que la interdisciplina estudia el proceso social de manera integral, respecto a la constitución del mundo moderno en busca de una explicación causal y racional del mundo.⁹¹

Los derechos sociales han sido sometidos a debate sobre la siguiente disyuntiva: si son derechos o si son principios. Si son condicionales o si son universales.⁹² Para Albert Noguera, los derechos sociales son universales, porque son para todas las personas. El referido autor rechaza esa tesis de derechos condicionales, porque en ese sentido, todos los derechos tendrían que estar sometidos a una condición, entonces los derechos civiles también serían condicionales y no aplicarían a todos. Entonces, la naturaleza universal de los derechos no tendría razón de ser. Por lo tanto, los derechos civiles, políticos y los derechos sociales son derechos dirigidos a todos.

El criterio de diversos autores difiere al interpretar la eficacia procesal de los derechos sociales. Por un lado, una tendencia teórica considera que son derechos como meras enunciaciones sin eficacia alguna, por tratarse de

⁸⁹ Cfr. Noguera Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Barcelona, Tirant Lo Blanch, 2010, p.19

⁹⁰ *Ibidem*, p 23.

⁹¹ Rosales Ortega, Rocío, *et. Al.*, coord. *La interdisciplina en las ciencias sociales*, Barcelona, Anthropodos, 2006, p. 7.

⁹² *Ibidem*, pp. 25-28.

derechos que no están positivizados con sanciones en caso de incumplimiento. Por otro lado, la tendencia teórica que reconoce que si son derechos enunciados, entonces son derechos judiciales. En ese sentido, para Teófilo Olea y Leyva, no hay razón para separar esos derechos, pues en las garantías individuales van implícitas las sociales en cuanto que el individuo está integrado a la sociedad.

Por otro lado, el autor Juventino Castro y Castro, considera que en la técnica jurídica, la *garantía jurisdiccional constitucional* comprende tanto individuales como sociales, en el entendido que el término de *garantía* es de carácter procesal. Es “empírico y arbitrario el término o expresión de garantías individuales, como lo es el de su generalización falsa de garantías sociales”.⁹³ Para el autor no se puede hacer una separación entre individual y social.

Juventino Castro y Castro, está en desacuerdo en denominar *garantías sociales* a los derechos sociales, el término de *garantía* es una cuestión procesal, condición que no se cumple al llamarles garantías sociales. La simple enunciación en la norma fundamental, no especifica procedimientos de materialización. Para el autor mientras no existan recursos jurídicos para hacer valer los derechos sociales, no es posible hablar de garantías sociales. En términos procesales, se fundaría en un agravio colectivo y como está diseñado nuestro sistema jurídico los derechos se constriñen a los individuos, de tal manera que solo protegen a los promoventes. Si la vía jurídica precisa de agraviados, y si los agraviados fueran los integrantes de una colectividad, la acción jurídica solo beneficiaría a los integrantes del grupo social agraviado, no al resto de la colectividad.⁹⁴

2.1.1 Hacia una definición de derechos sociales

Para Jorge Carpizo, un Estado democrático se caracteriza por hacer efectivos los derechos sociales, para el autor estos derechos son considerados la evolución de los derechos humanos. Propone los derechos colectivos como una categoría de estudio a partir de la vulnerabilidad; enfatiza un intento de

⁹³ Castro y Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 5ª ed., México, Porrúa, 2011, pp. 35-39.

⁹⁴ *Cfr. Ibidem*, pp. 35, 36.

definición entorno a las comunidades indígenas; considera a un grupo vulnerable por las condiciones precarias en el ejercicio de los derechos humanos, de los derechos sociales, económicos y culturales en relación a otros grupos de la sociedad. La protección de esos derechos tiene como finalidad satisfactores sociales acordes a una vida digna. El autor en comento, para definir los derechos colectivos recurre a Miguel Carbonell, señala que los derechos colectivos constituyen “un mínimo ético de reglas de convivencia”,⁹⁵ son *excepciones* que impiden prácticas culturales; corresponden a la *asistencia*, para que la mayoría realice acciones sin ayuda; *autogobierno*, para minorías étnicas; *reglas externas*, que limitan libertad de no-miembros de una colectividad; *reconocimiento* de costumbres jurídicas; *demandas simbólicas*, que representa la dignidad o existencia de grupos.

Jorge Carpizo trata de enfatizar una definición de *colectivo* en torno a las comunidades indígenas, ante la inquietud que ha generado la aportación teórica de los diferentes sectores sociales, nos remitimos al estudio de los razonamientos expuestos por la CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador) para identificar una definición de la palabra *colectivo*. La CONAIE define comunidad a partir de la “reproducción de vida conforme a prácticas sociales, en colectivo, heredadas por descendencias y transmitidas a sus nuevas generaciones [...]”.⁹⁶ A su vez define comunidad como una forma de organización socio-política, tradicional, como pueblos y nacionalidades indígenas.

Esa descripción, señala la reproducción de la vida a partir de prácticas sociales en colectivo. Pero no define que es colectivo, se queda en la descripción de comunidad.

⁹⁵ Carpizo, Jorge, “Una clasificación de los derechos de la justicia social”, en Fix-Fierro, Héctor, *et. al.*, (coord.) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales, hacia un ius constitucionale commune en América Latina*, [en línea] México, IIJ-UNAM, 2001, [citado 17/08/2015], consultado en: formato html, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3063>, ISBN 978-607-02-2770-7.

⁹⁶ Macas, Luis, *Plurinacionalidad, autogobierno y territorio*, Cartilla Pedagógica, Quito, CONAIE, 2007, pp. 3-11.

La enciclopedia jurídica Omeba, describe la palabra *colectivo*, en términos del derecho en general, como “lo que pertenece a un grupo o comunidad de individuos”.⁹⁷

Se refiere a lo que pertenece a un grupo. No describe que es: lo que pertenece a un grupo. Ahora bien, un grupo, como tal recae en una agrupación o asociación, que en términos jurídicos corresponde a un organismo susceptible de personalidad jurídica. En ese caso estamos ante individuos, para identificarlos recurrimos a la individualización. En este sentido se actualizan los razonamientos vertidos por el autor Juventino Castro y Castro, cuando señala que en el sistema jurídico, en términos procesales, se precisa a los individuos. En consecuencia, toda demanda social se atiende como demanda individual, así sea en beneficio de una agrupación.

Ahora bien, respecto a los derechos sociales mucho se ha escrito, se ha teorizado desde diferentes categorías de análisis. Los autores pueden coincidir o diferir, precisamente es lo que enriquece el estudio del tema.

Por otro lado, para Nicolás López, los derechos colectivos son determinados en relaciones jurídicas concretas individuales, de grupo o institucionales, como una construcción teórica de la experiencia política y jurídica,⁹⁸ derivada del análisis de conflictos sociales en la creación de las normas jurídicas, surgidas del ejercicio de esos derechos. Estos derechos surgen del conflicto social como experiencia política, a partir del conflicto se crean las normas jurídicas que los expresa. Los derechos colectivos se conflictúan hacia su materialización. Para el autor, lo ideal sería armonizar para lograr un equilibrio.

El autor señala la disparidad en la ejecución de los derechos sociales, en ese sentido se actualizan las aportaciones de Kelsen cuando crea una teoría pura del derecho como ciencia, cuya teorización es objetiva, evita extremos y busca relaciones jurídicas objetivas. De la cientificidad del derecho queda vigente la teoría jurídica, a la que habría que recurrir para estudiar estos derechos.

⁹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. Consultado en:

<http://www.omeba.com/voces.php?buscar=colectivo&contenga=todas&en=voz&materia=Todas>

⁹⁸ López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Madrid, Ariel, 2000, p, 102.

El autor Nicolás López cita el conflicto, el derecho surge del conflicto para resolver las problemáticas reales en la sociedad. Donde hay conflicto tiene razón de ser el derecho. Cobra importancia el derecho en la sociedad como una materia que posibilite el ejercicio de los derechos como garantías y facultades o derechos subjetivos.

En el estudio de los derechos sociales encontramos, constantemente, que se utiliza el término *colectivo* para explicar que los derechos sociales pueden ser representados en la colectividad. Para defender un derecho social un grupo determinado se constituye en agrupación y para acreditar personalidad jurídica su defensa se traslada al ámbito del derecho individual.

En la medida que evolucionó el derecho subjetivo adquirió la forma jurídica directa para demandar una acción entre el sujeto de derecho y las autoridades judiciales. Porque las necesidades de la época requerían una relación directa entre ciudadanos y autoridades, sin intermediario. El derecho individual se formuló en la técnica procesal y todos los derechos procedentes son ejercidos mediante las técnicas del derecho subjetivo, no excluyen derechos. Si bien, no se han diseñado acciones procesales específicas para el ejercicio de los derechos sociales, se puede recurrir al marco jurídico de acción que es muy amplio y es aplicable a cualquier derecho, incluidos los derechos sociales.

2.2 Derechos del *buen vivir*

En el análisis de los derechos fundamentales, Albert Noguera señala que “el catálogo de derechos sociales corresponde a los derechos del *buen vivir*,”⁹⁹ reconocidos en la Constitución ecuatoriana de 2008, pues regula programas e instituciones para su efectividad con el régimen del *buen vivir*.¹⁰⁰

Nos remitimos al estudio de la nueva Constitución ecuatoriana de 2008, pues se considera que contiene importantes avances en materia de derechos. Antes de entrar al estudio de los derechos del *buen vivir*. La Constitución

⁹⁹ Noguera, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, op. cit., p. 121.

¹⁰⁰ No pueden ser iusnaturalismo porque incluye los derechos sociales, propios del derecho moderno reconocidos por la Constitución.

presenta nuevos conceptos jurídicos como categorías que darán paso a estudios teóricos.

La Constitución reconoce los derechos de la naturaleza o *pacha mama*, en el artículo 73. La palabra *Pacha mama*¹⁰¹ es de origen *kichwa*, *pacha* que significa naturaleza y *mama* significa madre, en el castellano se refiere a la madre naturaleza. Eduardo Gudynas, hace referencia al vínculo de reproducción de vida, con valores propios, se reconoce a la naturaleza como elemento esencial en la reproducción de los ciclos de vida. Tal derecho representa valores intrínsecos.¹⁰²

La trascendencia del derecho de la naturaleza es significativa, de índole material, real, tangible y de duración ilimitada.¹⁰³ Para Ramiro Ávila, estos elementos son llevados al ámbito jurídico, implica toda la teoría del derecho hacia la superación del principio de causalidad occidental, por el principio de racionalidad andina de integración de los seres humanos, naturaleza y seres divinos.¹⁰⁴ Esta integración con los seres divinos se atribuye a la participación de influencia indígena que rescata sus rasgos culturales y religiosidad, atribuida a su influencia en el reconocimiento constitucional.

El autor Ramiro Ávila, antepone el principio de racionalidad al principio de causalidad. Se trata de una propuesta categórica que aún está en desarrollo. Pues son derechos de reciente creación que parecen novedosos. Pero, según la categoría de análisis se puede dar una interpretación naturalista, que pone en debate el hecho de conocer si los nuevos derechos son novedosos o son una construcción filosófica que nos lleva a la dinámica del positivismo o *iusnaturalismo*.

Por otro lado, fuera del análisis filosófico, en materia de la técnica jurídica los derechos de la naturaleza son reconocidos, a la naturaleza se le otorga la calidad de sujeto de derecho.

¹⁰¹ Cfr. Gudynas, Eduardo, “Los derechos de la naturaleza en serio, respuestas y aportes desde la ecología política”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza, coords., *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011, p. 239.

¹⁰² Cfr. *Idem*.

¹⁰³ Cfr. Ávila Santamaría, Ramiro, “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza, compiladores, *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011, p. 201.

¹⁰⁴ Cfr. *Idem*.

Desde el punto de vista procesal, la naturaleza como sujeto de derechos rompe con la forma tradicional en la judicialización de los derechos, se instrumentaliza en el artículo 71. Señala la Constitución, que: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se produce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.¹⁰⁵

En cuanto a la naturaleza como sujeto de derechos surge la interrogante ¿Quién podrá ejercer esos derechos? La respuesta puede ser diversa, sin embargo, en términos de la Constitución será toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad. Esto es que puede demandar la protección de los derechos de la naturaleza alguna persona en lo individual o en colectivo.

El autor Julio Prieto Méndez hace una división de los derechos de la naturaleza en tres aspectos: *titularidad*, la naturaleza que reproduce y realiza la vida; *aspecto subjetivo*, derecho tutelado, el respeto a la reproducción de los ciclos de vida como estructura del proceso evolutivo; y *parte adjetiva*, que son los requisitos de procedimiento, por los que se ejerce el derecho por medio de cualquier persona en lo individual o colectivo.¹⁰⁶

El bien jurídico tutelado es la reproducción de la vida, la naturaleza tiene derecho a la restauración y obliga al Estado para eliminar o mitigar consecuencias ambientales en el artículo 72 de la Constitución Ecuatoriana.¹⁰⁷

El mismo autor sostiene, que en este caso, se recurre a los mismos criterios de interpretación jurídica existentes en el derecho actual previstos en la Constitución.

Claudia Storini señala que si la intención es reconocer cosmovisiones diferentes, desde un sesgo pluricultural es necesario que: “el contenido de este derecho debería ser trabajado de la mano de las personas que han pedido su inclusión. Porque, difícilmente nosotros desde nuestra formación occidental

¹⁰⁵ Constitución de la República del Ecuador, artículo 71, Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, 2008.

¹⁰⁶ Cfr. Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Ecuador, CEDEC, Corte Constitucional, 2013, p. 91.

¹⁰⁷ Cfr. Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Nacional, *op. cit.*, p. 65.

podemos entender un derecho a la naturaleza, “¿Qué nos da derechos a la naturaleza en nuestros términos? obviamente, es complejo”.¹⁰⁸

Según la autora, es un derecho que necesita teorización para conocer la esencia normativa. Pues señala los derechos como inclusión pluricultural.

Como categorías jurídicas en construcción, nos limitaremos a conocer los aspectos procedimentales. La instrumentalización como sujeto de derecho se materializa por el ejercicio judicial que recae en individuos o comunidades, relacionados con los derechos del *buen vivir*, que comparten similitud en el reconocimiento constitucional. Nuevamente nos ubicamos en los derechos subjetivos.

Una característica de los derechos reconocidos en la Constitución del Ecuador, en cuanto a los derechos del *buen vivir*, es que los derechos no pueden estudiarse aisladamente, se complementan entre sí. Los derechos del *buen vivir* no van separados de los derechos de la naturaleza, ni de los derechos sociales.

El *buen vivir* es reconocido en la Constitución como la declaración de principios, pero también, reconocido como derechos en estricto sentido, señala:

Reconociendo nuestras raíces milenarias [...] Apelando a todas las culturas que nos enriquecen como sociedad [...] Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*.¹⁰⁹

El *sumak kawsay* es una palabra de origen *kichwa*, se interpreta en castellano como *buen vivir*. Aún no cuenta con la suficiente elaboración teórica.

Hacia una interpretación del buen vivir

En el Ecuador se habla del concepto del *buen vivir*, de la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural, del acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

¹⁰⁸ Storini, Claudia, “Materia de derechos sociales en la nueva constitución del Ecuador de 2008”, entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, 2014.

¹⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador, *op. cit.* p. 23.

El autor Alberto Acosta explica en que consiste el *buen vivir*, señala que “El buen vivir debe ser asumido como una categoría en permanente construcción y reproducción [...] constituye una categoría central de la filosofía de vida de las sociedades indígenas.”¹¹⁰ Para el autor se trata de una categoría en construcción, pues el contenido jurídico se puede conocer de la interpretación de los preceptos constitucionales. En la Constitución, se adopta el *buen vivir* como una reapropiación del conocimiento ancestral que trata de una práctica indígena.¹¹¹

El autor Marco Navas hace referencia a la importancia del reconocimiento constitucional de los derechos del *buen vivir* dotándolos de “un amplio catálogo de derechos y el sistema garantista”,¹¹² que los hace materializarse judicialmente. Esto quiere decir que no solo es una simple enunciación constitucional, sino que el reconocimiento implica herramientas jurídicas para su materialización.

Los principios que reconoce la Constitución son conceptos que en el sistema constitucional no se reconocían como se propone y falta desarrollar el trabajo teórico que precise la esencia de los principios reconocidos.

2.2.1 El origen y principios del *sumak kawsay*

Ramiro Ávila nos dice que “definir el *sumak kawsay* sería soberbio, son elementos que no tienen definición, pero que tienen un sentido social”.¹¹³ Señala que el *Sumak Kawsay* es de origen *kiwcha*, se nutre de las prácticas cotidianas, de los aprendizajes y diversas formas de producir conocimientos por parte de las comunidades, pero va más allá de una concepción simple.¹¹⁴

Los derechos sociales, su relación con el buen vivir y los derechos de la naturaleza o pacha mama. La Constitución ecuatoriana reconoce nuevos

¹¹⁰ Alberto Acosta, *El buen vivir, Sumak Kawsay*, Quito, Abda Yala, 2012, p. 64.

¹¹¹ Cfr. Macías, Alfredo, *et. al.* “El buen vivir, sumak kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos, Acosta Alberto”, *Revista de Economía Mundial*, 33, Barcelona, Universidad de León, 2013, p. 266.

¹¹² Navas Alvear, Marco, *Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del estado social*, Quito, documento de discusión, UASB, 2014, p.16.

¹¹³ Ávila Santamaría, Ramiro, entrevista, Ecuador, UASB, 2014.

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem*.

derechos como el *buen vivir* y la *pacha mama*, de contenido normativo y de efecto materializable, mediante mecanismos jurídicos.

Recapitulando, la combinación entre la protección de los derechos de la naturaleza y su relación con el *buen vivir*, son derechos también, para la protección de derechos elementales como el derecho al agua, a la alimentación y a la salud, la Constitución en el artículo 73 protege los ciclos naturales, reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho. El reconocimiento de los derechos de la naturaleza y el *buen vivir* son paralelos a los derechos sociales, no pueden separarse en su contenido esencial. Fortalecen el derecho a la educación y reproducción de los ciclos de vida de la naturaleza y del mismo ser humano como protección de derechos de interés general.

Para hacer un planteamiento integral de los derechos sociales es necesario articular estos derechos tradicionales con el planteamiento que propone la Constitución ecuatoriana.

En el Ecuador, los derechos del *buen vivir* y los derechos de la naturaleza son directivas de interpretación, al considerar que los derechos son contiguos indica que no se puede separar unos de otros. Por otro lado, son normas que deben seguir los jueces. La Constitución establece que los jueces deben atender a su contenido e interpretación, por tratarse de derechos que no deben ser separados. En este sentido, al no haber separación entre unos y otros, pueden ser reconocidos como valores.

2.3 *La problemática de los derechos sociales*

La problemática que en materia jurídica de los derechos sociales ha enfrentado la sociedad es que son derechos reconocidos en las Constituciones en la parte dogmática, pero, por otro lado, la falta de conceptos precisos y de una técnica jurídica adecuada al tipo de derechos conflictúa su cumplimiento.

En cuanto al planteamiento del problema y del análisis de las principales causas que motivan la protesta social,¹¹⁵ se desprende que se conflictúa la demanda por el cumplimiento de derechos de educación, salud, vivienda,

¹¹⁵ La información de campo recopilada en la presente tesis, forma parte de los trabajos del Proyecto de investigación PAPIITIN308108, *Movimientos sociales y criminalización de la protesta social*, y PAPIITIN300414, *Movimientos sociales y procesos constituyentes*, DGAPA-UNAM.

incluso seguridad jurídica y las necesidades básicas de sobrevivencia. Pues los mecanismos jurídicos son imprecisos.¹¹⁶ Se actualiza el análisis que hace Christian Courtis, cuando considera que la falta de cumplimiento de los derechos genera que algunos ciudadanos opten por la demanda mediante la protesta.

Del estudio realizado, se desprende la necesidad de reconocer los derechos sociales y garantizarlos Constitucionalmente en derechos exigibles o positivizados, esto es, que impongan una obligación a los correspondientes órganos del Estado.

El autor Luigi Ferrajoli, señala que el cumplimiento de los derechos sociales requiere de garantías en las que el Estado plantee mecanismos constitucionales para el ejercicio de los derechos. Para el autor, la validez de las normas se desprende del contenido, existe “la necesidad de que el Estado constitucional diseñe los mecanismo que permitan garantizar efectivamente esos derechos”.¹¹⁷ Por otro lado, Elisabetta Di Castro, cita uno de los problemas que enfrentan los derechos sociales “–que han sido el fruto de diversas luchas y movimientos a lo largo del siglo pasado–, es que carecen de eficacia y, por ello, continua el reclamo ahora por su exigibilidad”.¹¹⁸

Para Norberto Bobbio “los derechos fundamentales no requieren una fundamentación teórica, sino una defensa en términos prácticos”.¹¹⁹ El reconocimiento del derecho a la educación, a salud, a vivienda, a salario digno, solo se ha reconocido de forma enunciativa y eso limita su aplicación.

Por otro lado, en cuanto al efecto programático de los derechos la clasificación en derechos de segunda generación, no logro instituir su cumplimiento.

¹¹⁶ En la presente investigación, previamente se recopiló trabajo de campo, entrevistas, foros, análisis de material de audio, respecto al tema de movimientos sociales y criminalización de la protesta. La información obtenida muestra una interpretación jurídica cualitativa. Las entrevistas de campo son una referencia. Pues, metodológicamente, en razón del tema de protesta social como fenómeno social eventual dificulta obtener una muestra significativa conforme a los parámetros metodológicos de selección.

¹¹⁷ Di Castro, Elisabetta, “Derechos Sociales, Democracia y Justicia”, en Dieterlen, Paulette compiladora, *Los derechos económicos y sociales. Una mirada desde la filosofía*, México, IIF-UNAM, 2010, p. 43.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Serrano Gómez, Enrique, “Los derechos sociales y el sistema de los derechos fundamentales”, en Dieterlen, Paulette compiladora, *Los derechos económicos y sociales. Una mirada desde la filosofía*, op. cit., p. 43.95

El cumplimiento de los derechos sociales es una obligación que corresponde a la práctica política, mediante la intervención del poder ejecutivo que destine políticas económicas o sociales para tal fin, es un problema que corresponde al poder público, según la división de funciones públicas.

La imprecisión en el contenido de los derechos sociales genera confusión para su efectividad. Al respecto Serrano Gómez; muestra un ejemplo, en materia laboral: la ley no especifica el contenido de ese derecho, ni señala quien es el obligado a cumplirlo, ni su demanda por incumplimiento. El autor retoma las aportaciones de Ricardo Gaustini, para explicar las condiciones mínimas que deben contener esos derechos, en estricto sentido: “1) son susceptibles de tutela jurisdiccional; 2) pueden ser ejercitados o reivindicados, frente a un sujeto determinado; y 3) una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que es su titular”.¹²⁰ Señala el autor que al tratarse de derechos programáticos, es difícil su cumplimiento.¹²¹

En términos generales la falta de un contenido preciso que especifique las obligaciones del Estado para el cumplimiento de los mandatos constitucionales, representa un problemática para la efectividad de los derechos sociales. En materia de salud, en el Ecuador están trabajando en precisar el término a usar en la legislación, para hacer operables las políticas de planificación e infraestructura que atienda las demandas de sanidad, por la inexactitud conceptual.¹²²

Para demandar la materialización de los derechos sociales, recurrimos al ámbito jurídico. ¿De qué sirven los derechos reconocidos, sino pueden ser materializados? Al respecto, Ramiro Ávila señala, en materia de los derechos es más viable promover judicialmente cuando un derecho está reconocido en la ley que sin ello.¹²³ Los gobernados pueden recurrir a los recursos ordinarios para ejercer su derecho. Delimitado el tema al caso del Ecuador, la

¹²⁰ *Ibidem*, p. 113.

¹²¹ *Cfr. Ibidem*, p. 103.

¹²² Herdoiza, Eduardo, Subsecretaría de Gobernanza, Asesor del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, “En materia de salud pública en el ámbito de la nueva Constitución Ecuatoriana de 2008”, entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, 2014.

¹²³ Ávila Santamaria, Ramiro, “El derecho de la naturaleza: fundamentos” en Acosta Alberto y Martínez, Esperanza, *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, op. cit., p. 232.

Constitución como máxima ley obliga y faculta a los órganos administradores del Estado para que apliquen planes del *buen vivir*.

Los derechos sociales carecen de una definición precisa como derechos colectivos, los intentos de definición nos remiten a las agrupaciones que recaen en derechos individuales. La falta de un concepto preciso que esclarezca su contenido se manifiesta en la teoría jurídica, pues constitucionalmente tampoco se tiene una conceptualización clara. En el intento de definición o conceptualización, se deduce que no hay una definición concreta.

Por otro lado, la Constitución ecuatoriana de 2008, trae a cita nuevos derechos, susceptibles de estudio en razón de cambios procesales, como los derechos de la naturaleza y los derechos del *buen vivir*, no pueden ser aplicados, sin que proteja otro derecho como el caso de los derechos sociales. Pues, son derechos inmersos en todos los derechos, incluso en los individuales.

La problemática en sede procesal indica la falta de desarrollo teórico para construir herramientas jurídicas que se materializarán en el ejercicio judicial, donde el juez desempeña un papel importante en la materialización de los derechos sociales. En ese sentido la falta de mecanismos jurídicos, determinados para los derechos sociales, tampoco son impedimento para acudir a sede procesal a demandar el cumplimiento de un derecho. Es en ejercicio del derecho subjetivo que contiene medios de defensa.

Otra problemática, de índole sociológica, es que la falta de cumplimiento de los derechos sociales genera conflicto que se manifiesta de diferentes formas, donde surge conflicto es materia de acción judicial, importa al derecho. La problemática se traslada a sede procesal, al derecho como disciplina.

2.4 Derechos en sede procesal

En el procedimiento judicial como mecanismo idóneo para la demanda y ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente, la función del juez se convierte en principal protagonista que resolverá sobre la protección de los derechos.

2.4.1 Albert Noguera

El autor en estudio Albert Noguera,¹²⁴ plantea la problemática de los derechos sociales al ser demandados en vía judicial por la imprecisión de la naturaleza de la obligación,¹²⁵ como vacío teórico conceptual y de contenido. Sin embargo, la imprecisión en el contenido no es un impedimento que requiera leyes específicas, ya que se aplica la técnica jurídica que protege los derechos individuales. Estos derechos no tendrían impedimento alguno de ser demandados por las reglas generales de procedimiento y jurisprudenciales.

Para el autor, todo derecho fundamental es una implicación moral de justicia, conforme a la dignidad humana y realización social de las personas en la vida. Su compuesto axiológico contiene cuatro valores principales como son: *la no interferencia en la libertad, ejercicio del poder, prestación de servicios y la identidad*.¹²⁶ Y como derechos humanos, al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos sociales son universales, indivisibles e interdependientes. Los derechos sociales requieren de intervención estatal para su cumplimiento.

En relación a la justiciabilidad de los derechos sociales, se habla de una invasión de poderes del poder judicial al ejecutivo. El cumplimiento de los derechos sociales requiere de la ejecución de obras públicas, competencia del poder ejecutivo, donde el poder judicial, jueces o magistrados, no pueden revisar las decisiones de los órganos electos democráticamente como el poder ejecutivo. En respuesta a esa objeción, R. Dworkin¹²⁷ señala que las instituciones más democráticas son las que dan mejores resultados en el reconocimiento y cumplimiento de los derechos fundamentales. Una característica de la democracia es garantizar todos los derechos.

En cuanto a la competencia corresponde al ámbito judicial conocer de los derechos y su protección. Los sujetos de derecho pueden interponer demandas o quejas, en el ejercicio de acciones o garantías procesales que protegen los

¹²⁴ Para el desarrollo de este tema, exponemos el planteamiento que hace el autor, para lo cual remitimos a consulta de la obra original, titulada *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*.

¹²⁵ Noguera Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, op. cit. p.29.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 39-42.

derechos sociales ante los tribunales judiciales. Señala el autor que en sistemas jurídicos que no contemplen o no reconocen derechos sociales, existen otras posibilidades de la técnica jurídica, incluso, en la aplicación de las reglas generales correspondientes a los derechos individuales para proteger y garantizar el derecho a la vida y a la dignidad humana.¹²⁸

En ese sentido Albert Noguera, señala que legitimidad y competencia son un complemento en el ámbito judicial que legitima la justiciabilidad de los derechos sociales. Sería mejor si existieran acciones y garantías específicas que otorguen esas competencias a los jueces. A su vez, la legitimidad permitiría a los jueces tomar decisiones firmes y dictar sentencias respecto al cumplimiento o reparación de los derechos sociales que impliquen una acción del Estado.¹²⁹

2.4.2 Christian Courtis

Para Christian Courtis, ante la falta de mecanismos judiciales, muchas veces los sujetos a quien se vulneran derechos sociales, emplean otros mecanismos para intentar que les sean restituidos sus derechos, mecanismos como la protesta social.¹³⁰ Courtis considera que la imprecisión del contenido que determine las obligaciones es uno de los problemas para promover la justiciabilidad de los derechos sociales. La falta de una ley y de trabajo doctrinario que desarrolle bases conceptuales y contenidos, impone límites a las Cortes para emitir una resolución respecto estos derechos.¹³¹ Sin embargo, ante la resolución de casos concretos, el poder judicial puede influir en las políticas públicas, mediante sus resoluciones.¹³²

Mientras se definen y precisan los mecanismos jurídicos adecuados a los derechos sociales, el autor Christian Courtis dice que habría que recurrir a la creatividad e inteligencia para impulsar los instrumentos procesales que suplen

¹²⁸ *Ibidem*, p. 43.

¹²⁹ *Cfr. Idem*.

¹³⁰ *Cfr. Courtis, Christian, Judicial Enforcement of Social Rights: perspectives from Latina America*, p. 179, cit. por Noguera, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones*, op. cit. p.45.

¹³¹ *Cfr. Ibidem*. p. 44.

¹³² *Cfr. Abramovich, Victor y Courtis Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles*, España, Trotta, 2002, p. 44.

la falta de mecanismo o garantías judiciales viables. La falta de tales mecanismos no impide que sean justiciables. Es cosa de creatividad del litigante y las resoluciones judiciales que los jueces puedan desempeñar, incluso en materia legislativa impulsar propuestas tendientes al cumplimiento de las demandas sociales.

La existencia de un derecho equivale a tener una garantía, indispensable como un mecanismo jurídico para la justiciabilidad de los derechos sociales.

Para promover la defensa jurídica de los derechos constitucionales el sujeto titular de los derechos está determinado en la ley, puede promover una persona en carácter individual o colectivo. El objeto protegido es el derecho garantizado en la Constitución y el sujeto obligado es la autoridad.

Los mecanismos para la exigibilidad de los derechos normados en la Constitución de 2008, por medio de las garantías constitucionales, establecen la obligación al Estado para garantizar los derechos. En el ámbito normativo son derechos de carácter forzoso, imponen obligaciones al Estado, tanto en la aparte dogmática como el parte orgánica, que sirven como herramientas para la defensa de los derechos por la vía judicial.

En la parte económica, las políticas del plan nacional de desarrollo prevén el cumplimiento a derechos prioritarios como educación, soberanía alimentaria, salud, vivienda, derechos del *buen vivir* y los derechos de la naturaleza. Señala Zaffaroni que uno de los elementos a favor es que procede la defensa de la naturaleza y cualquier persona puede demandar su cumplimiento y ejercitar acción judicial en defensa de los derechos de la naturaleza, “sin que sea menester invocar –y menos probar -la condición de damnificado.”¹³³

En materia de derechos sociales, de derechos de la naturaleza y de los derechos del *buen vivir*, aplica la máxima que dice: “la simple enunciación de un derecho fundamental implica en todo caso una garantía.”¹³⁴ Garantizar los derechos fundamentales y organizar el poder es como una forma de limitar el poder mediante la Constitución.¹³⁵ Señala el autor que la aportación teórica a

¹³³ Zaffaroni, Raúl Eugenio. “La Pacha mama y el humano”, en Acosta Alberto y Martínez Esperanza, compiladores, *La naturaleza con derechos de la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011, p. 133.

¹³⁴ Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Ecuador, CEDEC, Corte Constitucional, 2013, p. 175.

¹³⁵ Cfr. Pérez Ordoñez, Diego, compilador, en *la Constitución ciudadana*, Ecuador, Taurus, 2009, p. 9.

estos procesos cumple una función importante en el desentrañamiento, alcance y límites de los principios consagrados en la Constitución que complementa la doctrina cuando los jueces resuelvan los conflictos planteados.

Por otro lado, el fortalecimiento de las funciones del juez que conozca del asunto es relevante y fortalece su autoridad para hacer valer sus resoluciones, para requerir el cumplimiento de los derechos sociales a la autoridad administrativa.¹³⁶

A manera de conclusión, respondemos la pregunta planteada ¿Existen las herramientas jurídicas adecuadas para la judicialización de los derechos sociales? Después del estudio teórico, analizamos que el contenido conceptual de los derechos sociales, es impreciso. Los derechos sociales surgen para atender la seguridad social, como los derechos a salud, vivienda y educación para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos y lograr un estado de *bienestar*. Como se trata de derechos que surgen en el derecho moderno, necesitan de mayor desarrollo teórico hacia los mecanismos jurídicos idóneos para su judicialización. Una problemática con la que se encuentra es la falta de precisión en la definición en cuanto a su contenido, que se refleja en sede procesal. En consecuencia, las herramientas jurídicas son las del derecho individual, que tiene delimitados mecanismos jurídicos de aplicación, que son aplicables a los derechos sociales. Pues, no son excluyentes, todos los derechos pueden ser promovidos conforme a la técnica jurídica existente. Aún que lo idóneo sería desarrollar adecuadamente los derechos sociales para crear mecanismos jurídicos precisos hacia su judicialización.

¹³⁶ Cfr. Pallín, José Antonio Martín, “Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, p. 62.

CAPITULO III

NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHOS. ECUADOR

3.1 Contexto de cambios jurídicos

En este capítulo delimitamos el tema para conocer los procesos sociales que se desarrollaron en demanda de derechos, ya que en los cambios constitucionales influyen múltiples factores sociales. Estudiamos el proceso Ecuatoriano a fin de conocer la normatividad en materia de derechos sociales en la nueva constitución de 2008, para conocer los avances hacia su judicialización, porque la Constitución es considerada una de las más avanzadas en materia de derechos sociales. En esta parte del estudio de los derechos, planteamos la siguiente pregunta para saber ¿Cómo se desarrollan los derechos sociales en la Constitución ecuatoriana?

En esta etapa de investigación partimos de lo general a lo particular. De forma específica se realizó trabajo de campo para delimitar el estudio de los derechos en lo particular al caso ecuatoriano, se realizaron entrevistas a diferentes sectores, algunos ciudadanos que conocen el proceso social ecuatoriano, a investigadores académicos que estudian el tema y algunos funcionarios públicos que aplican el derecho.¹³⁷ Analizamos las entrevistas como una referencia cualitativa que se complementa con material bibliográfico.

3.1.1 Antecedente. Proceso social

Nos remitimos a conocer los antecedentes inmediatos como referente sociológico para contextualizar el tema de estudio en el ámbito jurídico. A través del tiempo, los cambios constitucionales se desarrollan como procesos

¹³⁷ La estancia de Investigadora Asociada en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, con el impulso del Posgrado de Derecho de la UNAM, permitió desarrollar la investigación inherente. Las entrevistas en audio corresponden también al proyecto de investigación PAPIITIN300414, *Movimientos sociales y procesos constituyentes*, pues la investigación se desarrolló con diversos recursos UNAM. Se solicitó autorización de publicación de nombre de las personas entrevistadas para otorgar los créditos a su aportación.

históricos en construcción. Para Roberto Viciano,¹³⁸ eso implica conocer los términos de legitimidad y normatividad.

Una característica del reciente proceso constituyente ecuatoriano es la participación de diferentes sectores sociales. Sobresale la participación de los pueblos indígenas. Algunos autores atribuyen a ellos el reconocimiento de nuevos derechos que en la técnica procesal rompen con la tradición jurídica. Pero, que traen a debate si se actualizan corrientes teóricas de estudio como *iusnaturalismo* o positivismo o una mezcla, aún en proceso de estudio.

La participación de los pueblos indígenas se atribuye a un proceso histórico en demanda de inclusión.¹³⁹ Señala el autor Jorge Nuñez que, a través del tiempo, los indígenas formaron la Confederación Nacional Indígena Ecuatoriana (CONAIE) en defensa de derechos, por agua, tierra, educación y economía, que los llevaría a conseguir su reconocimiento.¹⁴⁰

El Ecuador vivió diferentes procesos de inestabilidad política y económica, en 1999 atravesó la crisis económica más fuerte. Enrique Ayala señala que en aquella época aumento el nivel de pobreza y desempleo. Eso dificultaba, aún más, el acceso a la vivienda, salud y nutrición, aunado al rescate bancario del Estado y el Banco Central, “antecedentes del estallido de la crisis más grande del país en más de un siglo”.¹⁴¹

La crisis política se extendió a la crisis judicial en el Ecuador. El poder judicial como uno de los poderes del Estado no estuvo exento de los sucesos políticos, tuvo un antecedente en el año 2004:¹⁴²

El Congreso Nacional destituyó a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia electos en 1997. El Congreso Nacional, sin tener facultades, nombró una nueva Corte Suprema que estuvo en funciones por unos meses y luego fue destituida por el

¹³⁸ Cfr. Viciano Pastor, Roberto y Dalmau Martínez, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Ecuador, CEDEC, Corte Constitucional, 2010, pp. 14 y 15.

¹³⁹ Nuñez, Jorge, “La democracia en Ecuador, actualidad y perspectiva”, en González Casanova, Pablo, compilador, *La democracia en América Latina, actualidad y perspectiva*, México, CEIICH-UNAM, 1995, p.310.

¹⁴⁰ Consejo de Gobierno de la CONAIE, *Plurinacionalidad, Autogobierno y Territorio*, Cartillas pedagógicas, Ecuador, CONAIE, 2007, p. 7.

¹⁴¹ Ayala, Enrique, en Storini, Claudia, et. Al, directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, España, Arandazi, 2012, pp. 65 y 66.

¹⁴² Periódico digital, Hoy, Ecuador, 10 diciembre 2004. <http://hoy.com.do/destituyen-jueces-corte-suprema-ecuador-2/>

presidente de la república. El país no tuvo Corte Suprema de Justicia durante seis meses. Luego se creó una comisión especial para la selección y la designación de nuevos magistrados de la Corte Suprema de Justicia, siguiendo un proceso más transparente, pero que careció de base constitucional.¹⁴³

El clima de inestabilidad política propicio la destitución de Abdalá Bucaram en 1997; en 2000 de Jamil Mahuad y en 2005 de Lucio Gutiérrez. Hasta llegar al 2006, ante la necesidad de un cambio político, surgió la propuesta de convocar a una Asamblea Constituyente y crear un clima de estabilidad social.¹⁴⁴

3.1.2 Antecedente Constitucional 1998

La Constitución de 1998, es un antecedente previo a la Constitución actual, aquella reconocía el derecho a la propiedad colectiva de los indígenas, derechos de las mujeres, niñas, niños, adolescentes y grupos vulnerables.¹⁴⁵ Ante la inestabilidad política, esos derechos no lograron concretarse en la práctica.

3.1.3 Proceso Constituyente que dio origen a la Constitución de 2008

Para el autor Peter Häberle, un Estado constitucional se enriquece del poder constituyente del pueblo, su aportación es elemental en la parte sustantiva de los valores fundamentales y en el ámbito procesal con la creación de los mecanismos adecuados, según la teoría jurídica tradicional.¹⁴⁶ Para el autor en estudio, la creación de la Constitución tendrá tres etapas: “iniciativa del pueblo; votación en los parlamentos y promulgación por el pueblo; el pueblo debería tener después, ya sea a través de elecciones o de un referéndum, la palabra

¹⁴³ Jijón Letort, Rodrigo, “El proceso de reforma judicial y la Constitución de 2008”, en Pérez Ordoñez, Diego, *La constitución ciudadana*, Taurus, Ecuador, 2008, p. 51.

¹⁴⁴ Cfr. Ayala, Enrique, en Storini, Claudia, *et. Al*, directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, *op. cit.*

¹⁴⁵ Bargas, Edward, “Proceso constituyentes ecuatoriano, demandas y movimientos sociales”, entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, UASB, 2014.

¹⁴⁶ Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 248.

final.”¹⁴⁷ El Estado constitucional instituye la dignidad humana, los derechos humanos, la división de poderes y el Estado social de derecho.¹⁴⁸ Para Häberle, la Constitución es una parte de la vida social, “es el orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad”.¹⁴⁹ Considera el autor, que la aportación de los filósofos clásicos es un referente en la interpretación constitucional, como Montesquieu y J. Locke, en la división de poderes y la libertad.¹⁵⁰ Para el mismo autor, el proceso constituyente varía, según cada país, en algunos países el principio federativo constituye “toda especie de proceso constituyente”,¹⁵¹ según los factores culturales y sociales, incluso históricos.

En el proceso constituyente ecuatoriano, se actualizan las etapas de un Estado constitucional, en los términos señalados por Peter Häberle. Para el autor Enrique Ayala, la Constitución Alfarista de 1906 era el modelo a seguir para la creación de la Constitución del año 2008. La Asamblea Constituyente se reunió entre 2007 y 2008 en la ciudad de Montecristi, para redactar la nueva Constitución. “La inmensa mayoría de los miembros de la Asamblea carecían de los conocimientos y experiencia para realizar el trabajo legislativo. [...] El organismo tuvo un rígido límite de tiempo de seis meses para su cometido [...]”.¹⁵²

La participación social en el proceso constituyente fue significativa, se compuso de diferentes sectores y de integrantes de los movimientos sociales, quienes asistían a la Asamblea Nacional Constituyente, en la ciudad de Montecristi y presentaban sus propuestas. En la nueva Constitución integraron transformaciones a nivel económico, se fortaleció al Estado y las instituciones, para hacer efectivos los derechos reconocidos. No solo se preocuparon del derecho, sino, de la institución que lo materializara. Por eso la Constitución contiene textos que parecen repetición. Pero surgió así, para explicar el sentido de lo económico.¹⁵³

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 249.

¹⁴⁸ *Cfr. Ibidem*, p. 261.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 282.

¹⁵⁰ *Cfr. Ibidem*, 136-139.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 245-246.

¹⁵² Ayala, Enrique, en Storini Claudia, *et. al.*, directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, op. cit., p.78 y 79.

¹⁵³ *Cfr.* Bargas, Edward, “Proceso constituyente ecuatoriano, demandas y movimientos sociales” entrevista por Molina, Sánchez, Aurora, *op. cit.*

En el papel del presupuesto económico general del Estado, se superó la idea clásica de la división de los derechos por generación, como los derechos sociales. Los movimientos sociales propusieron romper la división de derechos de primera o segunda generación, plantearon derechos de igual jerarquía y de inmediato cumplimiento.¹⁵⁴

De la experiencia aprendida en 1998, a pesar de tener como antecedente una Constitución rica en derechos, los indígenas no lograron concretar sus derechos. Fue en la Constitución del 2008 que desarrollaron los derechos sociales, hacia su cumplimiento. La participación de los movimientos sociales enriqueció las propuestas de inclusión político-jurídica, con categorías de origen indígena como el *sumak kawsay* y la *pacha mama* o derechos de la naturaleza.¹⁵⁵

Ramiro Ávila distingue los factores políticos que se desarrollaron en el 2007. El momento constituyente fue una alianza diversa. Es importante una distinción entre *alianza país* y los movimientos sociales. Estos vienen de luchas históricas que han sufrido la opresión. Son cosas diferentes, el movimiento reivindicatorio de derechos trae una riqueza histórica en el Ecuador. En lapso de diez años para llegar al 2008:

Ecuador vivió una de las mayores crisis económicas, [...] El poder judicial no escapó a esta crisis con la caída de integrantes titulares de la Corte Suprema, órgano judicial federal. Los indígenas empezaron a participar en elecciones y, posteriormente, es cómo surge el *movimiento alianza país*. Llegamos de un movimiento muy disperso, heterogéneo, mal organizado.¹⁵⁶

Señala Ramiro Ávila, que en el proceso constituyente la demanda de reconocimiento de derechos fue sectorial. Los grupos demandaban derechos según su filiación social. Los sindicatos, derechos inherentes a los trabajadores. Los indígenas solicitaban derechos de plurinacionalidad. Cada grupo con su parte de reivindicación. Ramiro Ávila relaciona este fenómeno

¹⁵⁴ *Ibidem*

¹⁵⁵ *Cfr. Ibidem*

¹⁵⁶ Ávila Santamaría, Ramiro, “La participación política de los movimientos sociales en el proceso constituyente, que dio origen a la Constitución de 2008”, entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, UASB, 2014.

social con procesos globales como una constante que, Nancy Franser estudia como uno de los impactos de la globalización: en que, la gente reivindica como formas de resistencia *identidades propias*.¹⁵⁷

Para estudiar el proceso constituyente, tomaríamos como referencia el concepto de *proceso*. Al tratarse de un acontecimiento concatenado, que se desarrolla hacia un fin, para la solución de problemas. La solución de problemas sociales dependerá del desarrollo de ese proceso, suceso o fenómeno en evolución, impulsado o gestado por las necesidades que enfrenta una sociedad.

Según el diccionario de derecho político y constitucional, define la palabra proceso como: “Desarrollo de un propósito que se imponen unos países con el objeto de solucionar sus problemas, constituyen un propósito, un proceso de significación internacional”.¹⁵⁸ En el sentido social de cambio político institucional, un *proceso* requiere de tiempo para su desarrollo, en el proceso las condiciones políticas y sociales pueden ir cambiando, según siga su evolución.

Los autores plantean diferentes interpretaciones, coinciden en un proceso de cambios que se desarrolla tras diferentes sucesos sociales que dan origen a la formación de una Asamblea Nacional Constituyente. Según Diego Renato Salazar, la asamblea constituyente, se entiende cómo:

Organismo máximo en el cual se delega el poder del constituyente primario.

Es una asamblea elegida de acuerdo a reglas del juego previamente acordadas y que se ocupa de reformar, o redactar la carta fundamental, es decir, la constitución política de un Estado.

Evidentemente es el máximo cuerpo de un país, y donde se juegan los más importantes intereses del mismo.¹⁵⁹

Para Luis Verdesoto,¹⁶⁰ un proceso constituyente surge de factores sociales “responde a las demandas institucionales surgidas desde una

¹⁵⁷ Cfr. *Ibídem*

¹⁵⁸ Salazar, Diego Renato, *Diccionario de derecho político y constitucional*, Colombia, Ediciones librería del profesional, 1987, p. 148.

¹⁵⁹ Salazar, Diego Renato, *Diccionario de derecho político y constitucional*, Colombia, librería del profesional, 1987, p. 19.

sociedad y la economía, los procesos de re-democratización [...].”¹⁶¹ El Poder Constituyente “radica en una voluntad primaria, en el sentido de que solo de sí misma y nunca de otra fuente deduce su limitación y la norma de su acción”.¹⁶² Señala el autor en estudio que, para constituir el poder originario, se debe recurrir a la identidad primaria que se refleja como voluntad del pueblo en el ámbito institucional. Para el autor Pablo Andrade las instituciones políticas indican “las reglas del juego formales”, dice quiénes pueden participar en él y cómo, implica recursos y métodos.¹⁶³

Como todo *proceso* requiere tiempo y factores políticos para la materialización de los derechos reconocidos, Julio Peña y Lillo nos dice:

Estas Asambleas Constituyentes van a tener como objetivos principales la reconstrucción del espacio democrático, el fortalecimiento de los derechos civiles, políticos, sociales y colectivos y la instauración de un modelo económico social y solidario, diferente de aquél caracterizado por una supuesta “libre competencia”.¹⁶⁴

La construcción de una economía social, la reconstrucción democrática y el fortalecimiento de los derechos civiles, políticos, sociales y colectivos, eran los objetivos planteados por la Asamblea Constituyente, tras la crisis económica. Los cambios en la Constitución del Ecuador, se realizaron bajo un proceso social de participación de interés público.

Para autores como Marco Navas, los actores sociales que participaron en el proceso constituyente, surgen en el contexto del fenómeno ecuatoriano desarrollado en el 2004 y 2005, motivado por la crisis política, antecedido de la crisis económica, en una actuación de lo que considera como lo público-político.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Verdesoto Custode, Luis, *Procesos constituyentes y reforma institucional, nociones para comprender y actuar en el caso ecuatoriano*, Quito, Abya Yala, 2007, p. 119.

¹⁶¹ Verdesoto Custode, Luis, *Procesos constituyentes y reforma institucional, nociones para comprender y actuar en el caso ecuatoriano, op. cit.*, p. 93.

¹⁶² *Ibidem.* p.109. Véase cita a Bobbio por Verdesoto Custode.

¹⁶³ *Cfr. Ibidem.*, p. 99.

¹⁶⁴ Peña y Lillo Julio E., “Procesos constituyentes en el mundo andino. Bolivia y Ecuador en perspectiva comparada”, en *OSAL*, CLASO, Argentina, años X, número 25, abril, 2009, p. 80.

¹⁶⁵ *Cfr.* Navas Alvear, Marco, *Lo público insurgente, crisis y construcción de la política en la esfera pública* Ecuador, UASB, Ciespal 65, 2012, p.448.

Estos procesos reflejan la crisis política representativa como un fenómeno que impulsó la participación social llamada “la revuelta de los forrajidos”. El autor, estudia este fenómeno como lo público-político, se compone de cuatro elementos de construcción pública: Primero: habla de los *actores* sociales que participaron en los procesos políticos, en la construcción de problemas públicos. Segundo: se refiere a las *formas*. Tercero: pone especial atención en las *temáticas*, como la problemática en común ante la que se movilizan. Cuarto elemento: son los *espacios* de construcción pública que se relacionan entre sí.¹⁶⁶

El autor analiza cómo se comunican entre sí, estos cuatro elementos en la construcción de lo político en el espacio público. Los actos de participación pública surgen ante la falta de representación en los poderes públicos que se reflejan en una crisis política que promovió un cambio constitucional.¹⁶⁷

Para Marco Navas la Constitución es considerada garantista y *participacionista*, porque participaron en ella diferentes sectores sociales.¹⁶⁸

Por otro lado, el Ecuador es considerado un Estado constitucional de derechos y justicia, el fortalecimiento del Estado en uno de los principales sustentos jurídicos en la nueva Constitución ecuatoriana para la planificación de políticas públicas y garantizar el cumplimiento de los derechos económicos, sociales, del *buen vivir* y derechos de la naturaleza, en general para garantizar el cumplimiento de los derechos alcanzados, para cumplir esos derechos era necesario fortalecer las instituciones.

La Constitución ecuatoriana de 2008 en el artículo 1, señala que: “El Ecuador se caracteriza por ser un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”¹⁶⁹

Para autores como Jorge Zavala, el Ecuador dejó atrás el Estado *social* de derechos para constituirse en un Estado *constitucional* de derechos. El autor hace una diferencia entre el Estado social de derecho y el Estado constitucional

¹⁶⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 78.

¹⁶⁷ Cfr. *Ibidem op. cit.*, p. 81.

¹⁶⁸ Cfr. Navas Alvear, Marco, *Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del estado social, op. cit.*, p.16.

¹⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador del 2008, artículo 1.

de derechos. El *Estado social de derecho* impone al Estado la obligación de satisfacer los derechos sociales mediante prestaciones, con el problema limitante de la inclusión de normas programáticas. En cambio la Constitución ecuatoriana de 2008, construye un *Estado constitucional de derechos*, porque establece mecanismos jurídicos para hacer valer esos derechos, reconoce todos los derechos de igual jerarquía y son susceptibles de ser judiciales.¹⁷⁰

Para algunos intelectuales, la Constitución ecuatoriana se caracteriza por ser garantista en materia de derechos sociales o fundamentales. Expresión de contenido normativo para su materialización. Introduce valores éticos y políticos. Avanza de la simple enunciación, a la dotación de herramientas jurídicas que hagan posible demandar el cumplimiento de los derechos.

La creación Constitucional del sistema de herramientas jurídicas para proteger los derechos fundamentales en la aplicación real, representa un desafío para romper barreras entre el *ser* y el *deber ser*. Pues, la separación entre en *ser* y el *deber ser*, es un problema vigente. Su efectividad no escapa al sistema positivista, en el ámbito formal de procedimiento, como en el material de contenido donde el derecho escrito es el marco de acción.

Autores como Enrique Ayala considera que la Constitución de 2008, así como tuvo sus defectos, también avanzó. “La Constitución robusteció el papel del Estado, sobre todo en la economía y, en general, amplió el ámbito de lo público. Además, expidió garantías, derechos ciudadanos y creo las instituciones de protección [...]”.¹⁷¹

Señala el autor en estudio que el fortalecimiento del Estado, la creación de instituciones de protección de los derechos sociales, va de acuerdo con la autodeterminación de los pueblos y con la redistribución del producto social. Se privilegia el concepto del *buen vivir* y los derechos de la naturaleza. La Constitución reconoce la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes del Ecuador, en convivencia colectiva del acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

¹⁷⁰ Cfr. Zavala Egas, Jorge, “La Constitución de 2008 y la Administración Pública en Ecuador”, en Pérez Ordoñez, Diego, compilador, en *la Constitución ciudadana*, Ecuador, editorial Taurus, 2009, p. 67.

¹⁷¹ Storini, Claudia, Alenza García, José Francisco, directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, op. cit., p. 81.

Para el autor Agustín Grijalva el fortalecimiento del Estado en materia económica es para proteger los derechos sociales, robustecidos en la Constitución:

La actual constitución especialmente en sus artículos 275, 279 y 280 fortalece el sistema nacional de planificación, destacando su carácter participativo y su funcionamiento en los distintos niveles de gobierno y territoriales; crea además un Consejo Nacional de Planificación y dispone la formulación de un Plan Nacional de Desarrollo vinculado al presupuesto del Estado. Este Plan es obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.¹⁷²

La Constitución establece el régimen de desarrollo para garantizar los derechos del *buen vivir*, en materia económica una de las prioridades es el mercado nacional, los pequeños y medianos productores son parte de la protección en el mercado. Las importaciones tienen preferencia en el mercado local y se promueve la exportación, mediante políticas que regulen la competencia extranjera, a manera de no dejarlos en desventaja.¹⁷³

Por otro lado, en materia cultural, se rescatan los saberes tradicionales, tanto en materia de educación, como de medicina tradicional. En cuanto a la administración de justicia: se corrigió la aplicación del derecho indígena en el artículo 171 Constitucional para ejercer funciones jurisdiccionales que serán respetadas, el derecho indígena tiene cabida y competencia propia.

3.2 Describir los derechos sociales en la Constitución ecuatoriana de 2008

Después de estudiar cómo se compone el derecho subjetivo, se actualiza la hipótesis de la presente tesis. La nueva Constitución Ecuatoriana, que recoge los llamados derechos sociales, deberá desarrollar una nueva técnica procesal. Pues se requieren transformaciones que lleguen al derecho subjetivo.

¹⁷² Grijalva Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Ecuador, CEDEC, Corte Constitucional, 2012, p. 26.

¹⁷³ Cfr. *Idem*.

Para efectos de exposición del marco jurídico, dividimos el estudio de la Constitución en parte dogmática y parte orgánica. Sin entrar a debate, respecto a la discusión de una clasificación constitucional superada. Según los teóricos constitucionalistas esa clasificación quedó en el pasado. Sin embargo, solo para efectos pedagógicos recurrimos a esa clasificación para estudiar los avances constitucionales.

3.2.1 Parte dogmática de la Constitución

La dogmática jurídica se compone de las normas orgánicas sustantivas como facultades instituidas a los órganos del Estado, en competencias y procedimientos. Además confiere delimitaciones de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, se caracteriza por reconocer los derechos fundamentales. Por otro lado, contiene los valores fundamentales, derechos del ciudadano y tareas del Estado, así como el andamiaje procesal.¹⁷⁴ Los términos formales de la Constitución se componen de competencia, normas y valores fundamentales, normas de protección constitucional, ponderación, asignación de tareas para el Estado y la ampliación de derechos fundamentales.¹⁷⁵

La ampliación del reconocimiento de nuevos derechos se vincula con los derechos fundamentales, es una aportación trascendente en materia social. Autores como Uprimny Yepes, señala que los cambios constitucionales en Latinoamérica comparten ciertos rasgos en cuanto a la definición de los principios ideológicos del Estado, los derechos y deberes de sus gobernados “mayor parte de las reformas y nuevas constituciones quiso explícitamente que el reconocimiento de los derechos fundamentales no fuera puramente retórico, sino que tuviera eficacia práctica, por lo que se ampliaron los mecanismos de protección y garantía de dichos derechos”.¹⁷⁶ Una característica sobresaliente

¹⁷⁴ Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, op. cit., p. 191.

¹⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 215-216.

¹⁷⁶ Uprimny Yepes, Rodrigo, “Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina”, en Martínez Molina, Dunia, *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Ecuador, CEDEC, Corte Constitucional, 2012, p. 63.

en la Constitución ecuatoriana es la necesidad de materializar esos derechos reconocidos y fortalecidos institucionalmente.

Algunos críticos académicos consideran que la Constitución de 2008 del Ecuador es imprecisa, con un articulado de contenido muy largo y repetitivo. Autores como Jorge Zaval Egas, suponen a la nueva Constitución como una proposición jurídica de creación artificial, algo ilusorio, distante de la objetiva realidad.¹⁷⁷ Incluso algunos autores critican que es una Constitución que carece de conceptos técnicos que los constituyentes no eran conocedores en la creación de Constituciones.

Las declaraciones y derechos que hacen parecer un contenido repetitivo en la Constitución ecuatoriana, tiene su razón de ser para fortalecer los derechos como obligaciones que el Estado debe cumplir. Ese contenido *repetitivo* lo estudiaremos en la parte orgánica y la dogmática. El reconocimiento de nuevos derechos como los derechos de la naturaleza y del *buen vivir* se integran a la parte dogmática de la Constitución. Por otro lado, en la parte orgánica encontramos el régimen del *buen vivir* que impone a los diferentes poderes del Estado la obligación de cumplir con esos derechos.

En la parte dogmática de la Constitución encontramos los derechos y garantías constitucionales que enriquecieron los derechos sociales. Los derechos de la naturaleza o *pacha mama*, en relación con los derechos del *buen vivir* o *sumak kawsay*, contienen la aplicación integral en materia social, ya que estos derechos se vinculan entre sí.¹⁷⁸

Ramiro Ávila cita la importancia de la parte dogmática en la Constitución “se encuentra la riqueza de derechos aportada por los movimientos sociales, pues los movimientos sociales sí aportaron a la creación de los derechos”.¹⁷⁹ Por su parte, autores como Francisco Muñoz Jaramillo considera que no era suficiente reconocer los derechos en la parte dogmática de la Constitución, sino que, era necesario fortalecer las garantías constitucionales de aplicación:

¹⁷⁷ Cfr. Zavala Egas, Jorge “La constitución de 2008 y la administración pública en el Ecuador” en Pérez Ordoñez, Diego, compilador, *La constitución ciudadana, op., cit.*, p. 68.

¹⁷⁸ Cfr. Storini, Claudia, *et. al.*, *Materiales sobre nuevos constitucionalismo latinoamericano, op. cit.*, p. 82.

¹⁷⁹ Ávila Santamaría, Ramiro, “La participación política de los movimientos sociales en el proceso constituyente, que dio origen a la Constitución de 2008” entrevista, *op. cit.*

Era necesario ahondar en las garantías que permitan su efectiva realización, creándose los mecanismos y formas para su exigibilidad. En este sentido se han planteado de manera desarrollada, profunda y amplia las garantías constitucionales, las mismas que se refieren al vínculo directo entre los derechos y las organizaciones del Estado, entre la parte declarativa (llamada dogmática) y la de la organización institucional (llamada orgánica).¹⁸⁰

En los principios señalados en la Nueva Constitución del Ecuador se precisan los fines esenciales del Estado, destaca que, integra y articula el propósito de avanzar hacia un país democrático, productivo, portador e inspirador de la paz, comprometido con el desarrollo integral del país.

El artículo 3 Constitucional, numerales del 1 al 8, comprende deberes primordiales del Estado, como: *la redistribución del producto social, privilegiando el buen vivir*. Trata de la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de sus habitantes; en convivencia colectiva, de garantizar el acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos y del *sumak kawsay*. En el título II *de los derechos* se reconoce: derechos del *buen vivir*, corresponde al derecho al agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social. La Constitución establece la protección integral de todos los derechos en relación con los derechos de la naturaleza.

Otro aspectos que contiene la Constitución, es que promueve el acceso al *buen vivir*, este es uno de los asuntos a atender por el Estado, se regula tanto en la parte dogmática de la Constitución como en la parte orgánica.

En la parte dogmática contiene derechos compuestos: en primer lugar, por principios de aplicación. Reconoce a los sujetos de derecho para su ejercicio, ya sea de forma individual o colectiva. En los artículo 10 y 11 Constitucional, reglamenta la igualdad en el sentido de superar las desigualdades sociales. Regula los derechos y garantías de inmediata aplicación, que proceden a petición de parte o de oficio. Reconoce los derechos plenamente justiciables y de igual jerarquía. Resalta el deber del Estado para respetar y hacer respetar los derechos constitucionales. En

¹⁸⁰ Muñoz Jaramillo, Francisco, Ebert Stiftung, coordinación, “Análisis nueva constitución”, en *Revista de análisis político La Tendencia*, 2º Ed., Ecuador, ILDIS/FES, 2008, p.20.

segundo lugar, para efectos de materializar los derechos reconocidos declara las garantías constitucionales, tanto las garantías normativas como las garantías jurisdiccionales.

En relación a la exigibilidad de las garantías, el autor Prieto Méndez considera que las garantías son una conexión para mantener la supervivencia de los derechos, su materialización, eficacia y reparación. Señala que para hacer efectivos esos derechos consagrados en la Constitución está a la disposición un *sistema multinivel* de garantías, que protege los derechos en diferentes instituciones. Las *garantías normativas*, se han desarrollado como mecanismos de defensa que protegen el contenido esencial de los derechos. Además, están las *garantías políticas* que se ejercen en todos los niveles y funciones del Estado. Por otro lado, las *garantías secundarias*, son *jurisdiccionales* que se ejercen para obligar el cumplimiento de las dos garantías antes señaladas *normativas y jurisdiccionales*, ante la falta de otras herramientas teóricas.

El sistema de garantías también se aplica para promover la reparación del daño, el mismo autor considera:

Que la actual Constitución plantea tres niveles de garantías, de acuerdo al poder público que deba operativizarlas, establecidos en su Título III, titulado 'Garantías Constitucionales'. En su Capítulo I, establece las 'Garantías normativas, en el Capítulo II 'Políticas Públicas, Servicios Públicos y Participación Ciudadana'; y el Capítulo III, consagra las 'Garantías Jurisdiccionales'.¹⁸¹

Para efecto de hacer valer las garantías constitucionales, Agustín Grijalva retoma la clasificación de *garantías primarias y secundarias* que hace Ferrajoli. La importancia de las *garantías primarias* corresponde a los derechos sociales como "obligación dirigida a asegurar la efectividad de un derecho constitucional, [...] los poderes públicos y particulares están obligados a realizar ciertas prestaciones u omitir conductas lesivas a efecto de la protección de los derechos".¹⁸² En tanto, que las *garantías secundarias o jurisdiccionales*

¹⁸¹ Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, op. cit., pp. 174 y 175.

¹⁸² Grijalva Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, op. cit., p. 242.

se refieren a las sanciones que se debe imponer contra los actos violatorios de las garantías constitucionales. Así, al incumplimiento de las garantías primarias, corresponde una sanción contenida en las garantías secundarias, incluye al poder ejecutivo y legislativo cuando deban proteger los derechos. Esto quiere decir que, no solo son judiciales los derechos, sino que además la ley prescribe una obligación al Estado de cumplir con su protección.

Por otro lado, Claudia Storini,¹⁸³ considera que otro aspecto que aún falta precisar en materia de derecho social, es la reparación integral. Es necesario ponerse a estudiar para crear el mecanismo de reparación integral, como trabajo de los académicos, que contribuyan a dotar de conceptos teóricos que puedan servir como herramientas de aplicación en el ámbito jurídico, como herramientas jurídicas que tengan a la disposición los jueces al momento de resolver un caso concreto. Resulta necesario crear un mecanismo propio para la reparación integral. Las herramientas jurídicas desarrolladas actualmente, son conforme a los criterios de la Corte Interamericana, aplicables a casos distintos a los que los jueces se enfrentan en los juzgados, en la vida cotidiana, del día a día.

La parte dogmática se complementa con la parte orgánica, en el régimen de desarrollo, en el título VI, capítulo 6, de la sección cuarta, regula la garantía de soberanía alimentaria.¹⁸⁴ Esta garantía se vincula al desarrollo de políticas de producción. Casos como este, también son en relación a los otros derechos citados de la educación, salud, vivienda. Lo que indica que, en la Constitución ecuatoriana, no se separan los derechos de la parte dogmática y orgánica, aunque parezca repetitivo, es con la intención de fortalecer esos derechos para su materialización.

3.2.2 Parte orgánica de la Constitución

En la parte orgánica para garantizar el ejercicio y materialización efectiva de los derechos, se instituye mecanismos y obligaciones específicas a los diferentes niveles de gobierno en la administración pública, tendientes al

¹⁸³ Cfr. Storini, Claudia, “Materia de derechos sociales en la nueva Constitución del Ecuador de 2008”, entrevista, *op. cit.*

¹⁸⁴ Artículo 334 de la Constitución de la República del Ecuador.

cumplimiento de los derechos sociales, se fortalecen las instituciones para crear los medios propicios hacia la materialización de los derechos.

En la parte orgánica se crean las instituciones que harán posible la judicialización de los derechos. El régimen del *buen vivir* se reconoce en la parte orgánica, le corresponde inclusión y equidad, así como biodiversidad y recursos naturales, no obstante que en la parte dogmática, en el título II de los derechos, contiene un capítulo especial de los derechos del *buen vivir*.¹⁸⁵

El régimen de desarrollo tiene como principio general garantizar “la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*”,¹⁸⁶ corresponde al sistema económico, político y social. Impone al Estado la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos mediante la planificación en el programa del Plan Nacional de Desarrollo, mediante la distribución igualitaria de los beneficios para la construcción de un sistema económico justo y democrático.

También en la parte orgánica en el artículo 276, numeral 4, el objetivo de conservar la naturaleza y garantizar un acceso equitativo al agua, al suelo, al beneficio del patrimonio natural, en relación el artículo 277 que señala como deberes generales del Estado conseguir el *buen vivir* y garantizar los derechos de las personas y de la naturaleza.¹⁸⁷

En la parte orgánica corresponde al Estado la obligación de cumplir con las políticas económicas y sociales, en el régimen del *buen vivir*, en el capítulo uno, de inclusión y equidad.¹⁸⁸ Esto para materializar el derecho a la educación, salud, seguridad social, hábitat y vivienda, cultura, cultura física y tiempo libre, comunicación social, ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, gestión de riesgo, población y movilidad humana, seguridad humana y transporte.

Por otro lado, en materia de biodiversidad y recursos naturales,¹⁸⁹ establece las políticas públicas y medidas que el Estado debe realizar para cumplir con la obligación de garantizar los derechos de la naturaleza y del

¹⁸⁵ Artículo 12 al 33 de la Constitución.

¹⁸⁶ Artículo 275 de la Constitución ecuatoriana.

¹⁸⁷ Artículo 282 de la Constitución ecuatoriana.

¹⁸⁸ Artículos del 340 al 394 Constitucional.

¹⁸⁹ Artículo del 395 al 415 Constitucional.

medio ambiente, biodiversidad, patrimonio nacional y ecosistemas, recursos naturales, suelo, agua, biosfera, ecología urbana y energías alternativas.

3.3 Cómo se protegen los derechos sociales en la nueva Constitución del Ecuador

Para algunos autores como Roberto Viciano en América Latina la *teoría democrática de la Constitución*,¹⁹⁰ va más allá del concepto tradicional que se tenía de una Constitución como *limitadora del poder*, para avanzar al sistema garantista. El autor señala que los mecanismos de acción entre voluntad popular y la Constitución son más útiles, por estar dotada de legitimidad precedida por una Asamblea Constituyente, su legitimidad es extra jurídica, de la voluntad popular como origen democrático.

El autor en estudio, señala las características principales del nuevo constitucionalismo:

- 1.- Aplica una teoría democrática de la Constitución.
- 2.- Genera mecanismos para la participación política ciudadana directa.
- 3.- Debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales, sociales y económicos.
- 4.- Establece procedimientos de control de Constitucionalidad *que puedan ser activados por la ciudadanía*.
- 5.- Debe generar reglas limitativas del poder político, tanto como de los poderes sociales, económicos y culturales para evitar el límite de derechos y libertades de la ciudadanía, este aspecto puede ser entendido como un candado constitucional.¹⁹¹

En términos generales, el sistema Constitucional, en el cual se ubica el proceso Ecuatoriano, parte de una teoría constitucional, contiene mecanismos garantistas mediante la creación de instituciones viables para su materialización, como el Control Constitucional y la protección constitucional.

La Constitución ecuatoriana tutela los derechos sociales jurídica y jurisdiccionalmente, regula los sujetos titulares de los derechos, quienes

¹⁹⁰ Viciano Pastor, Roberto y Dalmau Martínez, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano” en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Ecuador, CEDEC, Corte Constitucional, 2010, pp. 16.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 19.

pueden ejercer los derechos sociales frente al Estado como un sujeto determinado. Cualquier persona o colectividad puede ser titular de esos derechos y ejercitar los instrumentos legales para demandar el cumplimiento de los derechos sociales. Determina al Estado como responsable de cumplir con la efectividad de esos derechos por la función que desempeña en la intervención de las relaciones comerciales. Cualquier persona puede ejercer ese derecho frente al Estado.

El contenido de los derechos sociales establecidos en la Constitución consiste en la imposición al Estado de una conducta definida, tanto en la parte dogmática como en la orgánica. Además, señala al sujeto titular de esos derechos a una persona en lo individual, en grupo o por medio de la colectividad. Según el artículo 10 “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.¹⁹²

Los derechos podrán ser exigibles de forma individual o colectiva, según el artículo 11, encomienda al Estado la obligación de adoptar medidas para lograr la igualdad real en el caso de personas que se encuentren en situaciones de desigualdad.

La Constitución en el artículo 3, impone al Estado como deberes prioritarios garantizar la educación, salud, alimentación, seguridad social y agua, en su artículo 3. En todos los ámbitos dota de preferencia y protección a los derechos sociales, incluso establece el derecho al agua, la soberanía alimentaria tiene preferencia ante la soberanía energética. No se explotarán los recursos energéticos en perjuicio de los derechos elementales. Además, prohíbe organismos genéticamente modificados que afecten tanto la salud como la alimentación del ser humanos y los ecosistemas.

El derecho al agua es esencial para la vida, la soberanía alimentaria será promovida por el Estado, así como la preservación del medio ambiente y derechos de la naturaleza por medio de las acciones del Estado, en materia jurídica, económica y administrativa.

Por otro lado, los derechos sociales tienen que ver con el aspecto económico, Agustín Grijalva señala que el constituyente busco una conexión

¹⁹² Constitución de la República del Ecuador 2008, artículo 10.

entre el sistema económico y los derechos sociales, a fin de lograr la igualdad material y los derechos sociales, mediante orientaciones fundamentales en el sistema económico. “Quienes aprobaron el proceso constituyente ven en este intervencionismo estatal instrumentos concretos para lograr que los mecanismos de mercado atiendan a objetivos sociales y nacionales.”¹⁹³

El autor Ramiro Ávila, estudia que en el proyecto de Constitución de 2008 se consideraron los derechos en siete grupos: derechos del *buen vivir*; derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; derechos de la naturaleza y derechos de protección.¹⁹⁴

Entre los derechos de protección está el derecho de acceso a la justicia, a la seguridad jurídica, a la tutela efectiva, al debido proceso, protección especial a las víctimas, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de grupos vulnerables. Explica el autor en estudio, que estos derechos divididos por conjuntos no implican que sean de diferente jerarquía, por el contrario, son de igual jerarquía. De forma integral implican la defensa de los derechos sociales. En todos los aspectos se privilegia, tanto en grupos, como colectividad como grupos de atención prioritaria, que son integrales en el *buen vivir* y vinculado con los derechos de la naturaleza.

El reconocimiento de los derechos en forma integral, pasa del individualismo al reconocimiento del sujeto colectivo como parte de una comunidad, no considera al ser humano como un sujeto aislado. En los avances del nuevo constitucionalismo se privilegia el bien común, el *buen vivir* o *sumak kawsay*, en cuanto al individualismo no puede considerar al hombre como un ente aislado, antepone el interés general al interés particular.¹⁹⁵

Para garantizar el *buen vivir*, la Constitución incorpora elementos que fortalecen al Estado, reconoce derechos e impone obligaciones al Estado para cumplirlos. Además impone el cumplimiento de los derechos sociales. Para autores como Carlos Castro Riera, el objetivo del *buen vivir* requiere de

¹⁹³ Grijalva Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador, op. cit.*, p.27.

¹⁹⁴ Cfr. Trujillo, Julio Cesar y Ávila, Ramiro, “Los derechos en el proyecto de Constitución” en ILDIS/FES *op. cit.*, pp. 75 y 84.

¹⁹⁵ Artículo 83, punto 7, de la Constitución del Ecuador, Asamblea Nacional, Ecuador, 2008, p. 74.

participación y control social para hacer efectivos y materializar los derechos, para tal fin crea la Función de Transparencia y Control Social, que:

Para garantizar el buen vivir –*sumak kawsay*- como objetivo del régimen de desarrollo se establece en la Constitución propuesta el sistema nacional de inclusión y equidad social, que comprende los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat, vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, seguridad humana y transporte, aspectos que están articulados al Plan Nacional de Desarrollo y al Presupuesto General del Estado.¹⁹⁶

En las aportaciones importantes en la nueva Constitución del Ecuador de 2008 se precisan los fines esenciales del Estado, el reconocimiento de nuevos derechos como el de la *Pacha mama* y el *sumak kawsay*, son de *conciencia andina* y de contribución propia. Es necesario estudiar el contenido de estas aportaciones constitucionales desde otra mirada que no sea la occidental, para comprender y rescatar la esencia de la propuesta. Pues, ante una formación jurídica dominante como es la del positivismo jurídico, resulta extraño reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos.¹⁹⁷

Para el autor Ramiro Ávila la Constitución ecuatoriana en los derechos de la naturaleza, se fortalece de cuatro principios de *filosofía andina* que se antepone a la formación occidental. El autor, retoma esta interpretación de *filosofía andina* de Josef Estermann,¹⁹⁸ quien señala la racionalidad, la correspondencia, la complementariedad y la reciprocidad, desarrollados de la siguiente manera:

Racionalidad, contrasta lo opuesto y dual, ante el principio de que todo está relacionado y vinculado entre sí. La relación es ontológica no causal. No se puede separar el concepto de ser humano con la naturaleza. La separación por categorías es propia de la filosofía occidental que le interesa separar al hombre de la naturaleza.

¹⁹⁶ Castro Riera, Carlos, “Lo social en la nueva constitución”, en *Revista La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, segunda edición, Ecuador, ILDS/FES, 2008, p. 161.

¹⁹⁷ Cfr. Prieto Méndez, Julio Marcero, *Derechos de la naturaleza, fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, op., cit.*, p. 28.

¹⁹⁸ Ávila Santamaría, Ramiro, “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en Acosta Alberto y Martínez Esperanza compiladores, *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política, op., cit.*, pp. 209 a 2014.

Correspondencia, mientras que la filosofía occidental plantea la causa efecto, aplica categorías como semejanza-diferencia, con resultado lógico y verificable, mediante métodos cuantitativos, cualitativos, comparativos. En relación a la filosofía andina, corresponde correlación mutua, su interpretación es simbólica, ritual, celebrativa y efectiva, la falta de respeto al ser humano involucra a la naturaleza como entes vinculados.

Complementariedad, la coexistencia entre todos los seres que dependen entre sí, la naturaleza y el ser humano no pueden excluirse, si no que se complementan como una identidad. Contrario a la racionalidad occidental un elemento es coincidente consigo mismo y diferente a los demás. Esto aplicado al derecho corresponde proteger al hombre y desproteger a la naturaleza. Es pretender una exclusión, que no complementa su relación armónica de supervivencia y complementariedad y requieren de igual protección jurídica.

Reciprocidad, se refiere a la interacción humana y no humana, con el entorno, como el campesino que siembra la tierra y recibe cosecha, interrelaciona con la tierra como un “sujeto” con el que se trabaja. Genera vínculos, la naturaleza es recíproca con el ser humano. Desde la filosofía andina dañar la tierra altera el principio de reciprocidad.

Para Ramiro Ávila, estos cuatro principios muestran que la filosofía andina es especial. No considera al hombre como un ente único y aislado, complementa su entorno con la naturaleza. Entonces, si el derecho protege al hombre, protege a la naturaleza como su entorno. Definitivamente esta filosofía andina choca con la cultura occidental. Nos dice el autor en estudio, que la interpretación en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, no se pueden ver desde una lógica occidental. Porque, no corresponde a su concepción comprender la filosofía andina cómo una construcción propia, como forma de vida heredada ancestralmente de concebir estos principios.

La efectividad de los derechos sociales tiene relación con un modelo económico, por tal motivo, la Constitución del 2008,¹⁹⁹ considerada una de las más avanzadas en materia social, impone al Estado la redistribución de la riqueza como un deber primordial para garantizar educación, salud, alimentación, seguridad social, agua y vivienda. Esta Constitución promueve el

¹⁹⁹ Artículo 3. Constitucional.

desarrollo para erradicar la pobreza. En la máxima ley se crean los instrumentos legales para el ejercicio judicial de los derechos por los ciudadanos, otorga a los jueces la facultad de que sus sentencias sean cumplidas. En el título VII, *del régimen del buen vivir*, impone responsabilidad al Estado para el cumplimiento de los derechos sociales y del *buen vivir*.

Los derechos sociales son reconocidos en el artículo 11, la Constitución establece que todos los derechos y garantías son de inmediata aplicación, también los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Señala Ramiro Ávila que la Constitución es más compleja en el reconocimiento de los derechos sociales, pues vincula a todo el Estado hacia la satisfacción de los derechos. No solo son justiciables. En la Constitución se regulan los derechos para materializarlos, vinculados al reparto equitativo de la riqueza, individual o colectivamente exigibles, en tres dimensiones como son: *teóricos; de igual jerarquía y de independencia de los derechos*.

Todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución son *de cumplimiento inmediato, de igual jerarquía, de directa e inmediata aplicación*. Esto incluye a los derechos sociales. Rompe con la teoría tradicional de que los derechos sociales eran de segunda generación, eran considerados de cumplimiento progresivo como una aspiración social del Estado.

La Constitución Ecuatoriana, se aparta de esa tradición y reconoce a todos los derechos de inmediata aplicación y de igual jerarquía. Reconoce la obligación del Estado en la redistribución de la riqueza. La erradicación de la pobreza es una prioridad del Estado ante la sociedad. Instituye las herramientas técnicas jurídica para su materialización judicial. Los derechos son eminentemente justiciables, de igual jerarquía, inalienables. Ninguna norma jurídica podrá restringir su contenido, ni exigir mayores requisitos que lo previsto en la ley. Impone a las autoridades jurisdiccionales la aplicación de una interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos.

El modelo de desarrollo se establece en la Constitución como un mecanismo viable para el cumplimiento de los derechos, “este modelo se sustenta fundamentalmente en la noción de complementariedad entre Estado, naturaleza y sociedad, lo cual se refleja nítidamente en la categoría de buen

vivir”.²⁰⁰ Ese modelo de desarrollo se articula con el sistema jurídico de garantías, para hacer valer los derechos por medio de las normas, políticas públicas y en su defecto por los procedimientos judiciales. El autor en estudio hace una separación entre *estado social* y *buen vivir*, señala que:

Ambos modelos responden a demandas sociales, [...] surgen en momentos en que la demanda de intervención del Estado fue alta ante situaciones de catástrofe o aguda crisis, tanto política como económica. [...] Estado social responde a las necesidades de equilibrar las dimensiones del mercado y la sociedad, [...] el buen vivir además introduce la premisa de armonía con la naturaleza.²⁰¹

Algunos estudiosos como Claudia Storini²⁰² consideran que la Constitución fortaleció los derechos en el sistema garantista. Pero, que falto desarrollar conceptualmente el contenido de los derechos, como el de la educación, ya que no define que es la educación. Sin embargo, impone al Estado obligaciones de cumplimiento inmediato, bajo el lineamiento para desarrollar políticas públicas, en relación con la educación como una de las prioridades. Uno de los grandes avances, es que estos derechos son de directa aplicabilidad; son justiciables en caso de incumplimiento; se privilegia la aplicación inmediata en políticas públicas; corresponde al juez desempeñar un papel protagónico para obligar al Estado al cumplimiento de sentencias.

La educación como uno de los derechos prioritarios cuenta con una reserva de presupuesto en el artículo 292 Constitucional. Incluso en el Estado de excepción, ese presupuesto debe ser respetado. La misma autora, Claudia Storini, señala que el Constituyente dotó al juez de las herramientas jurídicas para exigir la materialización de esos derechos sociales. El artículo 286 Constitucional impone al Estado la obligación de un financiamiento público sostenible y transparente en materia de salud, educación y justicia. Estas herramientas que se otorgan al juez fortalecen las resoluciones judiciales para

²⁰⁰ Navas Alvear, Marco, *Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del estado social*, op. cit., p. 25.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 33.

²⁰² Cfr. Storini, Claudia, “Materia de derechos sociales en la nueva constitución del Ecuador de 2008”, entrevista, op., cit.

demandar al poder ejecutivo el cumplimiento de sus funciones y ejercicio presupuestal para tal fin.

En relación al estado de excepción, la Constitución en el artículo 165, establece que el Presidente podrá utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, *a excepción de los recursos destinados a educación y salud*. Ese presupuesto en todo momento es prioritario. Esto es, que hasta en estado de excepción deben quedar a salvo los recursos prioritarios que destine el Estado para el cumplimiento de los derechos elementales.

El constituyente dotó de herramientas al juez hacia la materialización de los derechos sociales, no solo que son litigables o judiciales; sino que son de cumplimiento inmediato. Cualquier persona o grupo puede demandar el cumplimiento de esos derechos. Incluso puede proceder de oficio o a petición de parte.

El derecho a la salud es discrecional, en ese sentido para Claudia Storini, en relación a la titularidad de los derechos, falta delimitar los sujetos que la acción jurídica va a proteger, a efecto de promover o demandar el derecho en materia de salud. Si promueve una persona o un grupo. Habría que establecer en las sentencias a que sujetos protege. Si al promovente o la comunidad en general. En materia de salud, queda pendiente delimitar en la ley prioridades. Por ejemplo, en salud: una cirugía estética se puede considerar dentro de un derecho, pero falta establecer cuál es la prioridad si es por vanidad o por necesidad de salud. Cuando se delimiten prioridades de verdad médicas, entonces habría que valorar si es una prioridad o si hay otros problemas de salud pública, que deberían ser atendidos de inmediato en caso de requerir una efectiva atención. Entonces se necesitan límites en relación a las prioridades.

3.4 Medios de defensa de los derechos sociales

Los mecanismos jurídicos para hacer efectivos los derechos sociales, respecto al *buen vivir* y los derechos de la naturaleza hacia su exigibilidad en el ámbito judicial. La actividad judicial tiene una importante función a la hora de aplicar el derecho y hacer valer la Constitución. Las herramientas con las que

cuenta el juez para dictar las resoluciones judiciales, serán elementales para el cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución.

La nueva Constitución ecuatoriana establece la necesidad de una ley orgánica que regule el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, se instruyó a la Asamblea Nacional para su expedición, de acuerdo al artículo 132 y 133. En consecuencia, el veintiocho de julio del año dos mil nueve, la Asamblea Nacional suscribió la *Ley Orgánica de Garantías Constitucionales Jurisdiccionales y Control Constitucional*, que señala que es necesario que existan procedimientos jurídicos para defender los derechos: “es indispensable que exista un procedimiento cautelar, expedito y eficaz que faculte a los órganos jurisdiccionales para dictar medidas urgentes en aquellos casos en que se amenace de modo inminente y grave un derecho, y de esta manera brinde protección optima y eviten daños irresistibles”.²⁰³ El fin es proteger los derechos de los seres humanos y de la naturaleza, mediante recursos judiciales sencillos y rápidos ante los Tribunales jurisdiccionales, para protección de los derechos y en su caso la reparación del daño. En caso de amenaza existen los procedimientos cautelares, de forma expedita y eficaz, a efecto de evitar la vulneración de un derecho.

Para la protección Constitucional de los derechos, la ley secundaria que regula las funciones de los órganos jurisdiccionales establece cuatro principios elementales. La aplicación e interpretación de los derechos Constitucionales será conforme al principio de aplicación más favorable a los derechos demandados. La optimización de los principios constitucionales. El principio de obligatoriedad de crear precedente constitucional de efectos vinculantes para el conocimiento y resolución de nuevos casos. Y el principio de administración de justicia. Son principios medulares para garantizar la protección Constitucional.

A fin de proteger los derechos constitucionales en términos procesales, la Ley Orgánica establece los métodos de interpretación, que son: la contradicción entre normas o antinomias, en ese caso se aplicará la competente, superior, especial o posterior aplicable, que mejor convenga al petionario. Establece el principio de proporcionalidad, cuando existe la

²⁰³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de la República del Ecuador, Ecuador, Asamblea Nacional, 2009, p.2.

contradicción de principios o normas, para equilibrar la protección y restricción constitucional. La ponderación como preferencia entre principios y normas. Interpretación evolutiva y dinámica, se atenderán las situaciones cambiantes que regulen las normas a efecto de mantenerlas vigentes. Interpretación sistemática conforme al texto normativo. Interpretación teleológica según los fines perseguidos por la norma. Por último, se considera la interpretación literal de la ley cuando es clara y precisa.²⁰⁴

La herramienta procesal para la protección de los derechos constitucionales es el debido proceso, conforme a las normas constitucionales y los tratados internacionales. La normatividad es de aplicación directa, de inmediata aplicación. Proceden de oficio o a petición de parte, según lo estipulado en la ley. Se designa al juez como principal protagonista, debe dirigir el proceso de forma activa. La falta de formalidades judiciales no puede ser obstáculo a la aplicación de justicia, no se puede sacrificar la justicia constitucional por las formalidades. Existe la doble instancia. En cuanto a la motivación, los jueces deben fundar y motivar sus sentencias conforme a las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. Las sentencias judiciales deben ser claras, concretas, inteligibles, asequibles y sintéticas, incluyendo las situaciones de hecho y de derecho planteadas. Se debe atender el principio de economía procesal. Los procedimientos son públicos. Los jueces tienen la facultad de elegir las normas que mejor protejan los derechos constitucionales. En caso procedente, se aplicarán los principios procesales ordinarios.²⁰⁵

En cuanto al estudio teórico por la inclusión de conceptos y derechos con otros principios como la judicialización de los derechos sociales, esta nueva Constitución fortalece al Estado para la materialización de los derechos fundamentales. Claudia Storini,²⁰⁶ considera que los vacíos teóricos son muchos, deben ser atendidos para dar herramientas teóricas a los jueces. Los jueces requieren de herramientas técnicas para trabajar y resolver en materia

²⁰⁴ *Cfr.* Artículo 3. Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

²⁰⁵ *Cfr. Ibidem*, Artículo 4.

²⁰⁶ Storini, Claudia, “Materia de derechos sociales en la nueva constitución del Ecuador de 2008”, entrevista *op. cit.*

de reparación integral, para casos cotidianos ¿Cómo? Es el trabajo que aún está pendiente en los vacíos teóricos.

Sin embargo, los recursos ordinarios existentes para defender los derechos sociales legalmente. La Constitución ecuatoriana y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, son leyes de carácter general aplicables a la defensa de los derechos constitucionales en general. También incluye a los derechos sociales, derechos del *buen vivir* o *sumak kawsay* y los derechos de la naturaleza.

Para defender estos derechos, como no hay procedimientos especiales, los recursos y medios legales son los procedimientos ordinarios según el caso concreto aplicable.

Las garantías jurisdiccionales, según la Constitución ecuatoriana,²⁰⁷ son:

Acción de protección: tiene por objeto el amparo directo, procede contra autoridades y contra particulares, que por acción u omisión cometan actos que violen los derechos, se interpone cuando se vulneren los derechos constitucionales.

Acción de habeas corpus: este recurso se promueve sobre todo contra actos que afectan la libertad de personas que se encuentran privadas de ella y para la defensa protección de la vida e integridad física.

Acción de acceso a la información pública: esta garantía es para proteger el derecho de las personas a conocer la información pública. Procede en el caso que soliciten información, ya sea que se les proporcione parcialmente o se les niegue la información solicitada.

Acción de habeas data: se refiere a la protección de la información privada, de datos personales y de los bienes propios, que consten en entidades públicas o privadas, tendrán derecho a acceder a los bancos de información que contengan datos propios, “la persona titular de los datos, podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación”, en caso de afectación al titular de los datos, podrá demandar por daños sufridos.

Acción por incumplimiento: esta acción procede ante la Corte Constitucional, tiene por objeto garantizar la aplicación de la ley y de todas las

²⁰⁷ Cfr. Artículo 86 al 94 Constitucional.

normas que integran el sistema jurídico que imponga una acción o una omisión, así como el cumplimiento de las sentencias judiciales y de informes de organismos internacionales en materia de derechos humanos.

Acción extraordinaria de protección: consiste en un amparo contra autos o resoluciones que ponen fin al juicio. Siempre y cuando en la secuela procesal el accionante haya hecho valer la acción oportuna de alegación, previa definitividad de la instancia. Procede de forma colectiva o individual, contra sentencias o autos firmes o ejecutoriados y que el accionante acredite la violación procesal o de un derecho constitucional, ya sea por acción o por omisión, imputable a un órgano judicial o juez. Se promueve dentro del término de 20 días, contados desde que se le notifico la sentencia o auto definitivo o desde que tuvo conocimiento del acto, según el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Recurso jurídico previsto en el artículo 94 y 437 Constitucional que resolverá la Corte Constitucional, procederá siempre y cuando implique violaciones a los derechos constitucionales.²⁰⁸

Las acciones jurídicas proceden para salvaguardar los derechos constitucionales, son las principales acciones que protegen las garantías de atención general, pueden ser aplicables en caso de la defensa de los derechos sociales y para defender los derechos constitucionales.

La Corte Constitucional fue creada en la Constitución del 2008. Antes existía el Tribunal Constitucional. Los cambios jurídicos hicieron necesaria la creación de la institución que resolviera lo inherente a la protección constitucional. Autores como Agustín Grijalva, considera que para darle legitimidad a la formación de la Corte Constitucional, el procedimiento de selección de sus integrantes debería ser político, mediante nombramiento por autoridades electas, conforme a estimaciones éticas y profesionales. Por otro lado, considera que era necesario fortalecer las garantías, ya que habían sido restringidas por cuestiones formalistas, impidiendo la aplicación eficiente en la protección de los derechos. Así mismo, con la Nueva Constitución, era necesario reglamentar su función, para evitar posibles excesos en sus decisiones. El autor en estudio, señala que en años previos de crisis

²⁰⁸ Cfr. Grijalva Jiménez Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador, op. cit.*, p. 276.

institucional, las garantías jurisdiccionales habían sido restringidas arbitrariamente con resoluciones y jurisprudencias, incluso mediante legislación por demás arbitraria:

Mediante resoluciones de la Corte Suprema de Justicia se prohibió inconstitucionalmente el Amparo contra actos de gobierno, mientras el Tribunal Constitucional sistemáticamente ha negado amparos por requisitos formales secundarios y no ha dado suficiente protección mediante la acción de Amparo a derechos sociales, colectivos y difusos. Estas deficiencias de la dimensión constitucional en la cultura jurídica ecuatoriana convierten en necesario lo que en teoría es inconveniente: una regulación constitucional más detallada de las garantías. En todo caso, será la nueva Ley Orgánica de Control Constitucional que tiene que dictarse la que regule esas materias.²⁰⁹

La Corte Suprema de Justicia que se regía por la anterior Constitución de 1998, desempeñaba la función jurisdiccional, actuaba como tribunal de casación y, por otro lado, tenía la función administrativa por medio del Consejo Nacional de la Judicatura. En el artículo 178, número 1 de la Constitución de 2008 se le cambia el nombre de Corte Suprema de Justicia a Corte Nacional de Justicia. Los magistrados dejan de ser vitalicios para ejercer su función por nueve años según el artículo 182.

Uno de los cambios jurídicos más importante en la nueva constitución de 2008, es el fortalecimiento de garantías y derechos. Conforme a los cambios jurisdiccionales, era necesario creación de un nuevo órgano de control constitucional que velara por los cambios jurisdiccionales. Al adoptarse un Estado constitucional de derechos la Corte Constitucional desempeñará un rol medular en la interpretación constitucional y en la administración de justicia.²¹⁰ Establece el artículo 429 que ejercerá jurisdicción constitucional y garantizará derechos fundamentales.

En materia Constitucional la Corte Constitucional tendrá una importante función, de acuerdo al artículo 436, sus funciones serán las siguientes:

²⁰⁹ Grijalva, Agustín, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, en *Revista La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, segunda edición, Ecuador, ILDS/FES, 2008, p. 132.

²¹⁰ Artículo 429, Constitución de la República del Ecuador 2008.

- a. Interpretará, con carácter vinculante, a través de sus dictámenes, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano.
- b. Conocerá y resolverá las acciones públicas de inconstitucionalidad, por razones de fondo y forma, contra actos normativos emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaración de inconstitucionalidad invalidará el acto impugnado.
- c. Declarará de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas [...]
- d. Conocerá y resolverá, a petición de parte, la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales. La declaración de inconstitucionalidad invalidará el acto.
- e. Conocerá y resolverá, a petición de parte, las acciones de incumplimiento para garantizar la aplicación de normas de carácter general, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, siempre que no serán ejecutables por vías judiciales ordinarias.
- f. Expedirá sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, <<cumplimiento>>, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.
- g. Dirimirá conflictos de competencias entre las funciones del Estado o entre los órganos establecidos en la Constitución.
- h. Ejercerá de oficio el control de la constitucionalidad de las declaraciones de estados de excepción.
- i. Conocerá y sancionará el incumplimiento de las sentencias y los dictámenes que emitiese.
- j. Declarará la inconstitucionalidad en que incurrieren las instituciones públicas y las autoridades que omitieren, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales dentro del plazo que estableciere la Constitución o uno que la Corte Constitucional considere razonable, transcurrido el lapso y si la omisión persistiere, la Corte expedirá provisionalmente la norma o ejecutará el acto omitido.²¹¹

Como se desprende del texto, las funciones de la Corte Constitucional son relevantes en materia constitucional. La interpretación constitucional es una de sus principales tareas, y la declaración de inconstitucionalidad en caso procedente. Se convierte en un órgano garante de la Constitución y de sus garantías constitucionales, está facultada para emitir jurisprudencia. Funciones de acuerdo al artículo 429, 436, numeral 6, constitucional.

²¹¹ López Freire, Ernesto, “Las constituciones normalmente”, en Pérez Ordoñez, Diego, compilador, *La constitución ciudadana*, Taurus, Ecuador, 2009, p. 16 y 17.

En el análisis de la Constitución del Ecuador de 2008 como una de las más avanzadas en materia social y su fortalecimiento en materia de derechos sociales, reconoce los derechos del *buen vivir*, así como los derechos de la naturaleza, se analiza la relevancia y utilidad práctica del tema. Esta consiste en que no solo los derechos sociales están señalados en el marco jurídico-político, sino que además se fortalece la función institucional para el cumplimiento de los derechos. La nueva Constitución se caracteriza por ser garantista, al crear los mecanismos jurídicos para el ejercicio judicial de los derechos fundamentales, con el objetivo de que esas normas sean aplicadas y llevadas a cabo.

El sistema jurídico tiene una función importante para el ejercicio judicial en la acción y defensa de los derechos sociales, del *buen vivir* o *sumak kawsay* y de los derecho de la naturaleza o *pacha mama*, reconocidos en la Constitución como una herramienta de aplicación práctica.

El reconocimiento de todos los derechos de igual jerarquía y plenamente justiciables, representa un avance en materia de derechos sociales. En el marco de la nueva Constitución se vincula la teoría constitucional, los derechos sociales, los derechos del *buen vivir* y los derechos de la naturaleza, también se crea un sistema normativo que los regula.

La nueva Constitución rompe con la división de primera y segunda generación de los derechos. Reconocer todos los derechos de igual jerarquía, son susceptibles de ser reclamados por la vía jurídica y crea herramientas jurídicas para demandar su cumplimiento.

Por otro lado, el Estado tiene la obligación de reparar el daño por incumplimiento y violación de los derechos sociales. En cuanto a la reparación del daño Claudia Storini considera que aún falta dotar de herramientas teóricas a los jueces encargados de aplicar el derecho, es necesario trabajar teóricamente desde la academia, respecto a la reparación del daño, aplicable a casos concretos del día a día, a los que se enfrentan cotidianamente los jueces.²¹²

²¹² Cfr. Storini, Claudia, “Materia de derechos sociales en la Constitución ecuatoriana de 2008” entrevista, *op. cit.*

3.5 La necesidad de una ley secundaria para el cumplimiento de los derechos sociales.

Los fenómenos sociales generan cambios jurídicos, como resultado de las transformaciones que enfrenta una sociedad, los cambios jurídicos se instituyen en la Constitución como máxima ley de un país que representa la integración social. Juristas como Wendy Molina señalan que:

El derecho en sí, es un fenómeno político, porque nace de la discusión de los órganos que ostenta el poder en determinadas sociedades. Por eso lo que el derecho constituye es el producto precisamente de estos procesos políticos. [...] El derecho también contempla consecuencias aplicables a un agente que es participe dentro de uno u otro proceso de configuración y de toma de decisiones de carácter político. Cuando éste podría llegar a orillarse [separarse] de las reglas impuestas en el ordenamiento jurídico. Dados estos antecedentes, sería imposible señalar que exista alguna diferencia o independencia entre el derecho y los procesos políticos, por lo que ciertamente, se trata de algo indivisible.²¹³

La evolución social influye en la transformación jurídica, para adecuarse a la realidad.

La falta de una ley secundaria que regule los derechos sociales para su cumplimiento, ha generado diferentes vacíos normativos, necesarios de resolver para dotar de herramientas jurídicas a las personas para demandar el cumplimiento de los derechos sociales.

Todos los derechos, se reconocen de igual jerarquía y son prioritarios, protegidos en la Constitución. Tanto en la parte dogmática, como en la parte orgánica, se vinculan con la protección de nuevos derechos como los derechos de la *pacha mama* o de la naturaleza y los derechos del *buen vivir* o *sumak kawsay*. Esos derechos tienen conexión entre sí, no son derechos asilados, se protegen de forma integral para ser demandados por la vía jurídica.

La Constitución otorga facultades a los jueces que resolverán respecto a los derechos constitucionales. La Constitución es de aplicación general, incluso

²¹³ Molina Andrade, Wendy, Doctora en Jurisprudencia, Vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador, “Que es la justicia, el derecho en los procesos políticos y la posibilidad de una ley secundaria que regule los derechos sociales” en entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, abril 2014.

a efecto de que se pueda requerir a la autoridad encargada de dar cumplimiento y la atención prioritaria de los derechos sociales. Corresponde a la autoridad ejecutiva la asignación de presupuesto público para atender las demandas sociales. La Constitución institucionaliza elementos jurídicos para que el juez determine el cumplimiento de las sentencias que dicte. Las garantías constitucionales y la creación de herramientas procesales como la *acción por incumplimiento* tienen por objeto garantizar las normas jurídicas que imponen una obligación:

La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. [...].²¹⁴

En materia jurídica, la distancia que existe entre la teoría y la práctica, podría mediarse con la creación de herramientas técnicas. Al respecto Wendy Molina, en el desempeño como Vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador, considera que en la práctica jurídica:

En el sistema jurídico ecuatoriano, ciertamente, existe una tensión, entre el principio de legalidad y el principio de aplicación directa de los principios constitucionales de todos los derechos. En este contexto, el artículo 133 en nuestra Constitución, señala que se requiere la expedición de una ley orgánica, para regular el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales. Esto ciertamente, tiene una explicación lógica, si es que se considera que a través de estas normativas secundarias se van a establecer los requisitos, los procedimientos y las condiciones para el ejercicio de los derechos de determinado contexto constitucional. Sin embargo, esto no quiere decir que, con la inexistencia de un desarrollo normativo, se tornen en inejecutables también los derechos y las garantías constitucionales.²¹⁵

La falta de una ley secundaria que regule la obligatoriedad del cumplir con los derechos sociales, no quiere decir que los derechos sociales no cuenten

²¹⁴ Artículo 93 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

²¹⁵ Molina Andrade, Wendy, “Que es la justicia, el derecho en los procesos políticos y la posibilidad de una ley secundaria que regule los derechos sociales” en entrevista por Molina Sánchez, Aurora, *op. cit.*

con herramientas jurídicas. Por el contrario, existen otros mecanismos jurídicos como la defensa de las garantías constitucionales. Además, suple la jurisprudencia vinculante. La función que desempeñaran los jueces será elemental en la construcción de reglas de aplicación de las normas constitucionales a casos concretos. Juristas como Wendy Molina, señala:

No podemos desconocer la importancia de la labor legislativa sería muy loable, en cierta manera, hasta necesario este desarrollo normativo que nos permita adecuar, aplicar y acceder de mejor manera a todos los derechos previstos en la constitución. Así por ejemplo, al hablar de la salud, del trabajo, de la vivienda, o de otros derechos análogos, la labor del legislador resulta sumamente importante para establecer las condiciones mínimas para su correcto ejercicio en un contexto general de justicia social. Sin embargo, y de acuerdo a nuestro modelo constitucional y el artículo 11, numeral tercero de la Constitución, establece y reconoce a los derechos y garantías como norma plenamente exigible. Las cuales deben ser aplicadas de forma directa, inmediata. Inclusive este artículo va más allá, nuestra norma fundamental, va más allá y expresamente señala que la falta de norma, no es excusa para desconocerlos o para vulnerarlos.²¹⁶

La falta de una ley secundaria no impide su materialización y cumplimiento, pues en la Constitución se crean mecanismos procesales viables para la materialización de los derechos sociales. Sin embargo, si sería necesario crear una ley secundaria que establezca los procedimientos específicos para demandar el cumplimiento de los derechos sociales, para evitar que se coarten esos derechos. Los principios y las instituciones fortalecidas en la Constitución, en el artículo 134 establece quienes podrán presentar iniciativas de leyes, incluyendo a los ciudadanos y organizaciones sociales, quienes también deberán tener conocimiento de los proyectos de ley que presente la Presidencia de la República. El artículo 137, señala que: “Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos”.²¹⁷

²¹⁶ *Ibidem.*

²¹⁷ Artículo 137 Constitucional.

En cuanto a la pregunta planteada en el presente capítulo, estudiamos ¿Cómo se desarrollan los derechos sociales en la Constitución ecuatoriana? La nueva constitución se caracteriza por generar las garantías para proteger los derechos fundamentales. La máxima ley, instituye obligaciones al Estado para el cumplimiento de los derechos, es prioridad garantizar los derechos a la salud, educación, alimentación, así como seguridad social y todos los derechos inherentes al *buen vivir* que son de amplia protección.

La Constitución en la parte dogmática reconoce los derechos de igual jerarquía y de inmediato cumplimiento, rompe con la división tradicional de efecto programático, por el contrario, son derechos prioritarios. En la parte orgánica, impone obligaciones al Estado, de tal forma que el Plan Nacional de Desarrollo debe estar diseñado para crear una distribución igualitaria de beneficios en la distribución económica.

Por otro lado, se crea la Corte Constitucional como un órgano encargado de la protección constitucional y máximo intérprete de los preceptos constitucionales. Las garantías jurisdiccionales pueden ser aplicables a los derechos sociales.

Si bien, en la Constitución ecuatoriana se crean los mecanismos jurídicos ordinarios aplicables al procedimiento judicial de todos los derechos, los derechos sociales corresponden al derecho subjetivo, por lo tanto los mecanismos jurídicos idóneos para ejercer derechos sociales como derechos subjetivos, necesitan de creas nuevos mecanismo técnicos acordes a los derechos sociales. Sin embargo, la falta de un progreso del derecho subjetivo, no es impedimento para promover el ejercicio judicial de los derechos. Del estudio del tema se desprende que existe la necesidad de desarrollar el derecho subjetivo en búsqueda a solución de problemas jurídicos que conflictúan el ejercicio de los derechos sociales.

Conclusiones

Una vez desarrollada la investigación y estudio de esta tesis, llegamos a las siguientes conclusiones. **Respecto a la dogmática tradicional los derechos se desarrollaron conforme a las necesidades de la época.** La garantía de legalidad como la facultad de acción o de omisión constituye lo que se conoce en la época moderna como el derecho subjetivo.

El derecho moderno ha desarrollado el término de derecho subjetivo y el término de Constitución. En la Constitución se instituyen derechos y facultades que el ciudadano puede ejercer mediante el derecho subjetivo. La dogmática contiene la descripción jurídica, establece los principios de aplicación e interpretación de los enunciados jurídicos. La teoría constitucional establece facultades, constituye normas que inciden en el derecho subjetivo, todo derecho nos remite al derecho subjetivo.

En el estudio del derecho encontramos que las reglas son la esencia jurídica. Por lo tanto, **la teoría pura del derecho, estudia al derecho lejos de toda influencia ideológica, considerado como una ciencia.** Para Hans Kelsen el derecho es una ciencia ajena a la materia política e ideológica. Esta contiene un elemento emocional alejado de lo racional. El derecho tiene como función mantener un orden social, ejercido por medio de la coacción, donde la sanción es un elemento central de la norma jurídica, solo la ley determina los casos en que ésta procede. El derecho positivo establece la relación entre condición u consecuencia por medio el derecho objetivo y subjetivo.

La teoría del derecho constituye el derecho en objetivo y subjetivo. El derecho objetivo es un conjunto de normas que impone obligaciones, sanciones y protege los derechos subjetivos. Los derechos subjetivos se ejercen mediante una acción u una omisión.

Kelsen llega a una conclusión, para mediar entre derecho objetivo y subjetivo, sería mediante la unificación en una sola noción jurídica, entre derechos políticos y derechos subjetivos privados.

Por otro lado, **la tendencia *iusnaturalista***, en Michel Villey, señala la evolución del derecho. En la época del derecho romano el derecho subjetivo es desconocido y los juicios se apegan a fórmulas según los casos planteados. La palabra *uis* es facultad, la palabra *lex* significa lo justo. Con el tiempo el uso

de la palabra evoluciono, hasta llegar a lo que ahora conocemos como derecho subjetivo. El derecho subjetivo tiene un antecedente en la querrela entre la orden franciscana y el Papa XXII, cuando éste pretendía generalizar el régimen de propiedad, sería Guillermo de Occam por parte de la orden franciscana quién formulara los alegatos que dan lugar al derecho como una facultad de actuar o de no actuar.

Así mismo, **la corriente teórica de la crítica jurídica en Oscar Correas** considera que todo derecho subjetivo es un derecho humano, un derecho social y toda aspiración de derecho se convierte en un derecho subjetivo. Los derechos subjetivos son resueltos por la autoridad como una facultad que el sujeto tiene para acudir ante el Estado a reclamar la violación de un derecho, pero sin independencia jurídica de las autoridades. En este sentido para Oscar Correas, los derechos humanos aún no están desarrollados en el discurso de la modernidad.

Una conclusión de las diferentes corrientes jurídicas es que el derecho se compone de normas susceptibles de interpretación, conforme a cánones o dogmas previamente establecidos. Del estudio de la corriente de pensamiento dogmática, científica, *iusnaturalista*, crítica y garantista, se concluye que todos los derechos se constituyen como derechos subjetivos. Incluso los derechos individuales o garantías individuales, como propiedad, libertad, igualdad y seguridad jurídica.

La dogmática constitucional representada en garantías individuales o sociales. Los derechos subjetivos se han desarrollado de tal manera que, teórica y conceptualmente, protegen y delimitan, los derechos individuales en la medida que obedecen a necesidades de la realidad social. Por otro lado, las garantías sociales son derechos inalienables e irrenunciables para mediar las desigualdades sociales. Los derechos sociales surgen en el derecho moderno y aún están en estudio.

La conclusión del garantismo constitucional como derechos fundamentales, consiste en la satisfacción de los derechos mediante la técnica jurídica. Para ello es necesario que los derechos estén formulados normativamente. En el ámbito del derecho positivo, todos los derechos fundamentales son considerados como derechos humanos, porque pertenecen

a todas las personas, independientemente de la capacidad jurídica y de la ciudadanía. Por lo tanto, en los derechos humanos se pueden considerar los derechos fundamentales. Y todo derecho es susceptible de ser un derecho humano.

En cuanto a la interpretación de eficacia procesal. Algunos autores defienden la tesis de la viabilidad de los derechos sociales mediante los mecanismos jurídicos ordinarios. La diversidad de opiniones, nos permite concluir, que si bien existen mecanismos ordinarios, son viables para demandar los derechos sociales; sería preferente si existieran los mecanismos precisos, que resolvieran la ambigüedad de los conceptos de los derechos sociales.

El uso de un lenguaje preciso que conceptualice y describa los derechos, permitiría desarrollar una legislación acorde a las necesidades de la técnica jurídica para su ejercicio. El desarrollo de la técnica procesal dotará al juez de herramientas necesarias para sustentar sus resoluciones.

De los autores consultados para una definición de los derechos sociales o colectivos, se deduce que las aproximaciones teóricas se aproximan hacia una definición, sin que exista una conceptualización clara que señale que son los derechos colectivos.

Derechos del *buen vivir*. En la Constitución ecuatoriana de 2008, se reconocen los derechos del *buen vivir*. Además se reconocen los derechos de la naturaleza, que infieren en un sistema jurídico antropocéntrico, el hombre deja de ser el centro de atención del derecho y se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, necesaria para la reproducción de los ciclos de vida. A la conclusión que podemos llegar en este punto, es que los derechos sociales, del *buen vivir* y los derechos de la naturaleza, no pueden estudiarse separados unos de los otros. La interpretación y protección integran se complementan entre sí. Para interpretar los derechos del *buen vivir*, se requiere teorizar desde los actores sociales que propusieron su inclusión, pues se atribuye a una construcción de filosofía andina.

Derechos en sede procesal. El planteamiento del problema nos ubica en sede procesal, los derechos sociales deben ser demandados por la vía judicial.

Para no dejar en estado de indefensión a los titulares de los derechos sociales, se puede recurrir a los procedimientos ordinarios, conforme a las reglas generales de procedimiento viables para los derechos individuales. Por otro lado, en el proceso ecuatoriano, la Constitución de 2008 establece mecanismos y garantías constitucionales que imponen obligaciones al Estado, como herramientas para la defensa de los derechos en sede procesal.

Problemática de los derechos sociales. Se concluye que la falta de procesos judiciales precisos en los derechos sociales ha generado que algunos ciudadanos recurran a mecanismos, como la protesta social, en demanda de los derechos sociales. Práctica que problematiza y pone en conflicto el cumplimiento de los derechos sociales. Sin embargo el derecho surge a partir del conflicto, lo que resulta necesario para estudio y atención del derecho como disciplina para dar solución a las problemáticas que enfrenta la sociedad.

Ante la problemática que enfrentan los derechos sociales la nueva constitución integro transformaciones económicas para fortalecer al Estado y las instituciones que materializaran los derechos reconocidos.

El Ecuador se considera un Estado Constitucional de derechos. Porque la Constitución es garantista al instituir las herramientas jurídicas para su ejercicio y de participación social, en la medida que diferentes sectores sociales participaron en su elaboración. Y se establecen mecanismos jurídicos para hacer valer esos derechos.

Los derechos sociales en la Constitución. Se reconocer los derechos sociales de igual jerarquía. Después de estudiar cómo se compone el derecho subjetivo, se actualiza la hipótesis de la presente tesis. La nueva Constitución Ecuatoriana, que recoge los llamados derechos sociales, deberá desarrollar una nueva técnica procesal. Pues se requieren transformaciones estructurales que lleguen al derecho subjetivo.

La parte dogmática de la Constitución ecuatoriana comprende las normas orgánicas sustantivas, instituye facultades y competencias al Estado, para delimitar las relaciones entre ciudadano y Estado, para lograr una eficacia jurídica.

Las declaraciones y derechos que hacen parecer un contenido repetitivo en la Constitución, tiene su razón de ser, para fortalecer los derechos como

obligaciones que el Estado debe cumplir. El reconocimiento de nuevos derechos como los derechos de la naturaleza y del *buen vivir*, se integran a la parte dogmática de la Constitución. Por otro lado, en la parte orgánica encontramos el régimen del *buen vivir*, que impone a los diferentes poderes del Estado la obligación de cumplir con esos derechos.

Del estudio del tema se desprende que aún falta precisar la reparación integral y desarrollar una técnica jurídica idónea a los casos concretos aplicables a los casos que el juez tiene que resolver en la cotidianeidad.

La parte orgánica de la Constitución. Para garantizar el ejercicio y materialización efectiva de los derechos, se instituye mecanismos y obligaciones específicas, impuestas a los diferentes niveles de gobierno en la administración pública, se fortalecen las instituciones y se crean los medios idóneos de ejercicio judicial.

En la parte orgánica se crearon las instituciones que harán posible la judicialización de los derechos. El régimen del *buen vivir* se reconoce en la parte orgánica, implica inclusión y equidad. El artículo 277 señala como deber del Estado conseguir el *buen vivir* y garantizar los derechos de las personas y de la naturaleza.

Como se protegen los derechos sociales en la nueva Constitución del Ecuador. La teoría constitucional estudia mecanismos garantistas mediante la creación de instituciones viables para su materialización, como el Control Constitucional y la protección constitucional. Para tal efecto se creó la *Ley orgánica de garantías constitucionales jurisdiccionales y control constitucional*, con el fin de proteger los derechos de los seres humanos y de la naturaleza, mediante recursos judiciales sencillos y rápidos ante los Tribunales jurisdiccionales, para protección de los derechos y en su caso la reparación del daño.

Los mecanismos procesales para la protección de los derechos constitucionales son el debido proceso, conforme a las normas constitucionales y los tratados internacionales, remite al derecho subjetivo. La protección de los derechos es de aplicación directa e inmediata, procede de oficio o a petición de parte, según lo estipulado en la ley. Se designa al juez como principal

protagonista, debe dirigir el proceso de forma activa. La falta de formalidades judiciales no puede ser obstáculo a la aplicación de justicia.

Las garantías jurisdiccionales son la de acción de protección; acción de habeas corpus; acción de acceso a la información pública; acción de habeas data; acción por incumplimiento; acción extraordinaria de protección.

En conclusión la necesidad de una ley secundaria para el cumplimiento de los derechos sociales es preferente. Aunque, la falta de una ley secundaria que regule la obligatoriedad del cumplir con los derechos sociales, no quiere decir que los derechos sociales no cuenten con herramientas jurídicas. Por el contrario, existen otros mecanismos jurídicos como la defensa de las garantías constitucionales. Además, suple la jurisprudencia vinculante.

Se concluye que el proceso constituyente no logró transformar el derecho subjetivo. Para el mejor desarrollo de los derechos sociales se requiere de transformaciones al derecho subjetivo.

Bibliografía

- Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza, compiladores, *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011.
- _____, *El buen vivir, Sumak Kawsay*, Ecuador, Abya Yala, 2012.
- _____, *El Buen vivir, Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*, Ecuador, Abya Yala, 2012.
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, España, Trotta, 2002.
- Ávila Santamaría, Ramiro, "Derecho de la naturaleza fundamentos" en Acosta, Alberto y Martínez Esperanza comps., *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011.
- Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41° ed., México, Porrúa, 2009.
- Capella, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, 2ª ed., España, Trotta, 2002.
- Carpintero, Francisco, *et. al.* El derecho subjetivo en su historia, España, Cádiz Universidad servicio de publicaciones, 2003.
- Castro y Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 5° Ed., México, Porrúa, 2011.
- Castro Riera, Carlos, "Lo social en la nueva constitución", en *Revista La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, segunda edición, Ecuador, ILDS/FES, 2008.
- Consejo de Gobierno de la CONAIE, *Plurinacionalidad, autogobierno y territorio*, Cartillas pedagógicas, Ecuador, CONAIE, 2007.
- Correas, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo sociosemiológico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- _____, *Crítica de la ideología jurídica, ensayo sociosemiológico*, 2ª Ed., México, CEIICH-UNAM, 2005.
- _____, *Teoría del derecho*, México, Fontamara, 2004.
- _____, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fontamara, 2006.
- Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos, apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán, 2003.

- Correas, Oscar, *Los Derechos Humanos*, artículo inédito, ponencia presentada en el Seminario de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM, mayo 2015.
- De Cano, Antonio y Pisarello, Gerardo (coord.), *Los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2010.
- Dieterlen, Paulette, “Los derechos económicos y sociales”, en Dieterlen, Paulette compiladora, *Los derechos económicos y sociales, una mirada desde la filosofía*, México, IIF-UNAM, 2010.
- Di Castro, Elisabetta, “Derechos Sociales, Democracia y Justicia”, en Dieterlen, Paulette compiladora, *Los derechos económicos y sociales. Una mirada desde la filosofía*, México, IIF-UNAM, 2010.
- Flores, Marcello y Rolla, Giancarlo, trad. Serrano, Tomas, *Diccionario básico de derechos humanos, cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, FLACSO, 2009.
- Gordon R, Sara, “Ciudadanía y derechos sociales: ¿criterios distributivos?” en Ziccardi, Alicia, *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas sociales en América Latina*, Argentina, CLACSO, 2001.
- Grijalva Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Ecuador, CEDEC, Corte Constitucional, 2012.
- Grijalva, Agustín, “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”, en *Revista La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, 2° Ed., Ecuador, ILDS/FES, 2008.
- Gudynas, Eduardo, “Los derechos de la naturaleza en serio, respuestas y aportes desde la ecología política”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza, coords., *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abda Yala, 2011.
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- Hans, Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, ediciones Coyoacán, 2008.
- Hans, Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 2010
- Pallín, José Antonio Martín, “Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, compilación del Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Quito, 2010.

- Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Observatorio de Derechos Humanos (DESC), Barcelona, Icaria, 2003.
- Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Ecuador, CEDEC, Corte Constitucional, 2013.
- López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, España, Ariel, 2000.
- Macas, Luis, *Plurinacionalidad, Autogobierno y Territorio*, Cartilla Pedagógica, Ecuador, edt. CONAIE, 2007.
- Miranda Camarena, Adrián Joaquín, *et. al. Garantías Sociales*, México, Porrúa, 2012.
- Moto Salazar, Efraín, *Elementos del derecho*, México, Porrúa, 2001.
- Muñoz Jaramillo, Francisco, Ebert Stiftung, coordinación, “Análisis nueva constitución”, en *Revista de análisis político La Tendencia*, 2° Ed., Ecuador, ILDIS/FES, 2008.
- Navas Alvear, Marco, *Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del estado social*, Ecuador, documento de discusión, UASB, 2014.
- _____, Marco, *Lo público insurgente, crisis y construcción de la política en la esfera pública Ecuador*, Ciespal 65, UASB, 2012.
- Noguera, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, España, edit. Tirant lo Blanch, 2010.
- Núñez, Jorge, “La democracia en Ecuador, actualidad y perspectiva”, en González Casanova, Pablo, compilador, *La democracia en América Latina, actualidad y perspectiva*, México, CEIICH-UNAM, 1995.
- Pallín, José Antonio Martín, “Neoconstitucionalismo y uso alternativo del derecho”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, compilación de Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Quito, 2010.
- Pérez Calvo, Alberto, “Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco,

- directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, España, Aranzadi, 2012.
- Pérez Ordoñez, Diego, compilador, en *la Constitución ciudadana*, Ecuador, Taurus, 2009.
- Peña y Lillo Julio E., “Procesos constituyentes en el mundo andino. Bolivia y Ecuador en perspectiva comparada”, en OSAL, CLASO, Argentina, años X, número 25, abril, 2009.
- Prieto Méndez, Julio Marcelo, Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, Ecuador, CEDEC, Corte Constitucional, 2013.
- Rosales Ortega, Rocío, *et. Al.*, coord. *La interdisciplina en las ciencias sociales*, España, Anthropodos, 2006.
- Salazar, Diego Renato, *Diccionario de derecho político y constitucional*, Colombia, Ediciones librería del profesional, 1987.
- Simbaña, Floresmilo, “Plurinacionalidad en la nueva Constitución”, en *Revista La Tendencia, Análisis Nueva Constitución*, segunda edición, Ecuador, ILDIS/FES, 2008.
- Storini, Claudia, *et. al.* directores, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, España, Arandazi, 2012.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, México, IJ-UNAM
- Uprimny Yepes, Rodrigo, “Reflexiones tentativas sobre Constitución, economía y justicia constitucional en América Latina”, en Martínez Molina, Dunia, *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional, 2012.
- Verdesoto Custode, Luis, *Procesos constituyentes y reforma institucional, nociones para comprender y actuar en el caso ecuatoriano*, Quito, Abya Yala, 2007.
- Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Chile, Ediciones universitarias de Valparaiso, 1976
- Viciano Pastor, Roberto y Dalmau Martínez, Rubén, “Aspectos generales del Nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en compilación Corte

Constitucional, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Ecuador, CEDEC, 2010.

Zavala Egas, Jorge, “La Constitución de 2008 y la Administración Pública en Ecuador”, en Pérez Ordoñez, Diego, compilador, en *la Constitución ciudadana*, Ecuador, Taurus, 2009.

Fuentes electrónicas, internet.

Carpizo, Jorge, “Una clasificación de los derechos de la justicia social”, en Fix-Fierro, Héctor, et. Al., Coord. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales, hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, [en línea] México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, [citado 17/08/2015], formato html, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3063>, ISBN 978-607-02-2770-7

Enciclopedia Jurídica Omeba:

<http://www.omeba.com/voces.php?buscar=colectivo&contenga=todas&en=voz&materia=Todas>

Leyes

Constitución de la República del Ecuador, Ecuador, Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de la República del Ecuador, Ecuador, Asamblea Nacional, 2009.

Otras fuentes:

Enciclopedia Jurídica Omeba, Argentina, Driskill S.A., 1990, Tomo VIII, DER-DNA

Entrevistas:

Ávila Santamaría, Ramiro, “La participación política de los movimientos sociales en el proceso constituyente, que dio origen a la Constitución de 2008”, entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, UASB, 2014.

Bargas, Edwuard, “Proceso constituyente ecuatoriano, demandas y movimientos sociales”, entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, UASB, 2014.

Herdoiza, Eduardo, Subsecretaría de Gobernanza, Asesor de la Ministra de Salud Pública del Ecuador, “En materia de salud pública en el ámbito de la nueva Constitución Ecuatoriana de 2008”, entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, 2014.

Molina Andrade, Wendy, Doctora en Jurisprudencia, Vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador, “Que es la justicia, el derecho en los procesos políticos y la posibilidad de una ley secundaria que regule los derechos sociales” en entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, abril 2014.

Storini, Claudia, “Materia de derechos sociales en la nueva constitución del Ecuador de 2008”, entrevista por Molina Sánchez, Aurora, Ecuador, 2014.