



CUÁNTO CUESTAN LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES?

¿CUÁNTO CUESTAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES? Una mirada “económica al neoconstitucionalismo ecuatoriano”.



Inés María Baldeón B.

PHD en Derecho, Doctora Internacional en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas; Doctora en Jurisprudencia; Máster en Derecho Constitucional; MBA Máster Business Administration; Consultora, Asesora Jurídica y Capacitadora en Derecho de la Contratación Pública, Derecho de la Competencia y Derecho Corporativo. Directora General de Grupo CEAS. Catedrática Universitaria en Derecho Constitucional, Derecho de la Contratación Pública, Consultorios Jurídicos y Negociación Internacional, Conferencista y Asesora empresarial en Ecuador, Israel, Estados Unidos de América, Portugal y España; Árbitro internacional. Autora de numerosas publicaciones jurídicas, siendo las últimas: *“Un POR y un DE Marcan la diferencia en materia Constitucional”*, *“¿Cómo hacer que el Derecho Administrativo sea “menos aburrido para los no expertos o entendidos?”*, *“El principio jurídico “Non bis in idem” en el ámbito de la Contratación Pública y su relación con el Derecho Competencia”*; *“Análisis de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública que reforma la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador”*; *“El Régimen Interadministrativo en la Contratación Pública del Ecuador y su análisis en el Derecho Comparado”*; y, *“La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el marco de la Contratación Pública del Ecuador”*.

ibaldeon@ceas.com.ec.

RESUMEN

Cuando se nos pregunta porqué elegimos ser abogados, nuestra respuesta – a veces de manera seria u otras jocosa- conlleva decir que lo hicimos porque “no nos gustan las Matemáticas o porque detestamos los números”. Para decepción de muchos habrá que reconocer que no puede existir un ejercicio correcto de la abogacía, sino entendemos que el conocimiento y aplicabilidad eficaz y eficiente de las normas jurídicas tiene una relación directa con temas económicos, financieros, contables y numéricos.

El Derecho Tributario, el Derecho Laboral, el Derecho Civil, la Contratación Pública, el Derecho Penal y en general todo el ámbito jurídico, tienen una estrecha relación con analizar liquidaciones, pagos, montos, valores de los contratos, indemnizaciones, reajustes de precios, etc. que para su correcto entendimiento, a los abogados no nos basta con saber “o incluso recitar” de manera más o menos ordenada el contenido de las normas jurídicas, sino tener un conocimiento profundo del tema económico asociado a dichas normas.

En ese mismo análisis se circunscribe el ámbito del Derecho Constitucional; ya que, si bien en la parte dogmática de la Constitución se habla más de derechos, principios, garantías, etc., hay que tomar en cuenta tanto que éstos tienen un costo, como también que en la parte declarativa de la Constitución se habla por ejemplo de cómo se concibe el desarrollo de la actividad económica pública y privada; todo lo cual es parte de lo que en la doctrina se conoce como “Constitucionalismo económico”.

En dicha lógica, en este artículo pretenderé poner en evidencia y analizar una realidad que, por exceso de lógica y sentido común, es incuestionable, en el sentido de señalar que los diferentes derechos reconocidos en la Constitución -para su real vigencia y ejercicio-, conllevan necesariamente costos en los que se debe incurrir. En otras palabras, los derechos previstos en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales, no existen -en su sentido real y práctico- por el simple hecho de que estén declarados como existentes; sino en la medida en los que pueda lograr su plena vigencia y aplicación.

Por ejemplo, la salud gratuita como un derecho constitucional, conlleva que, para su real vigencia, el Estado invierta dinero en la contratación de hospitales, de personal médico y sanitario, en la compra de equipos e insumos médicos, de mobiliario hospitalario, etc.; aspectos que se los paga no “con otra declaración constitucional”, sino con “dinero contante y sonante” que sale de las arcas fiscales. La pregunta es ¿cómo se llenan esas arcas fiscales?; y la forma más lógica de respuesta es que se lo hace a través del cobro de impuestos a los ciudadanos o de la generación de otros ingresos propios de la actividad estatal.

Si no hay dinero para hacer efectivo ese derecho -en el ejemplo planteado la salud gratuita-, éste sencillamente por más declarado que esté constitucionalmente, no existirá en la práctica.

Muchos teóricos del Derecho Constitucional podrán decir entonces, que, si no se aplican o si se vulneran los derechos constitucionales, vienen en su auxilio las garantías jurisdiccionales que conllevan una protección directa y eficaz en el ejercicio de dichos derechos. Sin embargo, la preocupación se mantendrá, pues para que se pueda hacer uso de las garantías jurisdiccionales, se requiere que el Estado asuma el costo de lo que conlleva pagar sueldos al personal judicial y en general dotar de una infraestructura adecuada para la correcta administración de justicia, etc.

En el ejemplo planteado, si el juez, al aceptar la garantía jurisdiccional, resuelve que el derecho a la salud gratuita fue vulnerado y manda a que cese dicha vulneración; tampoco es que ya este derecho per sé existirá desde ese momento, pues para que esa disposición sea

efectiva, se tendrá que asumir los costos económicos que ello conlleva, es decir de cómo en la práctica se hará que efectivamente el derecho a la salud gratuita exista, porque de lo contrario, la garantía jurisdiccional declarada quedará también como “letra muerta” y el derecho constitucional como inexistente en la práctica.

Me queda la duda, sin embargo, si el Constituyente, al momento de haber discutido y aprobado la Constitución habrá tenido pleno conocimiento del costo económico que conlleva el ejercicio y garantía de cada derecho; haciendo un análisis, tal cual como cuando se aprueba un presupuesto económico, es decir, del balance entre ingresos y gastos.

PALABRAS CLAVES (DESCRIPTORES). Constitucionalismo Económico, Costo de los Derechos, Estado Empresario, Constitucionalismo monárquico, Constitucionalismo del Pueblo, Principio de Legalidad, Principio de Juridicidad, Impuestos, Política Pública.

ABSTRACT

When people asked us why we choose to be lawyers, our response implies that we did it because "we do not like Mathematics or because we hate numbers". However, we must recognize that there cannot be a proper practice of the legal profession, without the understanding of the applicability of the legal rules has a direct relationship with economic, financial, accounting and numerical issues.

For a correct understanding, the legal field (the legal field, as Tax Law, Labor Law, Civil Law, Public Procurement, Criminal Law) requires mathematical analysis: analyzing settlements, payments, amounts, values of contracts, compensation, price adjustments, etc. It is not enough for lawyers to know or “even recite” the legal rules, but it is important to have the knowledge of the economic issue and its relationship with these standards.

Constitutional Law is included in this analysis. The Constitution involves concepts that have a cost such as rights, principles, guarantees, among others Also, in the declarative part of the constitution, for example, where the development of public and private economic activity is mentioned. All these concepts are part of the doctrine known as “Economic Constitutionalism”

In this article, we analyze an unquestionable reality about the different rights recognized in the Constitution that involve costs that must be incurred. In other words, the rights provided for in the Constitution and in the International Treaties and Agreements exist when they can be applied and enforced; not only because they are declared as existing.

For example, free health care as a constitutional right means that the State invests money in Health System as: contracting the construction and maintenance of hospitals, medical and health workers, in the purchase of equipment and medical supplies, hospital furniture, etc. These aspects are paid with money that comes from the fiscal coffers, not "with another constitutional declaration". In the example of health, if there is no money to enforce this right, it will not exist even if it is constitutionally declared

Many Constitutional Law theorists could say that, if they do not apply or if the constitutional rights are violated, the jurisdictional guarantees that protect directly and effectively the practice of these rights would be applied. However, the concern will exist because in order to make use of jurisdictional guarantees, the State must assume the cost of the salaries of judicial staff and the infrastructure for the administration of justice.

In the previous example, if the judge, in accepting the jurisdictional guarantee, resolves that the right to free health care was violated and the violation ceases; neither does it mean that this right per se will exist from that moment, because for that provision to be effective, it will have to assume the economic costs, that is, how in practice it will be done that the right to free health does exist, because otherwise, the declared jurisdictional guarantee will also remain as a "dead letter" and the constitutional right as non-existent in practice.

Finally, I have the doubt, however, if the Constituent, at the time of having discussed and approved the Constitution, will have had full knowledge of the economic cost involved in the practice and guarantee of each right; doing an analysis, just as when approving an economic budget (the balance between income and expenses.)

KEYWORDS. Economic Constitutionalism, Cost of Rights, Entrepreneurial State, Monarchical Constitutionalism, Constitutionalism of the People, Principle of Legality, Principle of Juridicity, Taxes, Public Policy.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: 1.1. Una anécdota introductoria y unas reflexiones iniciales básicas sobre el tema central. **1.2.** Tránsito histórico del Constitucionalismo monárquico al Constitucionalismo del Pueblo. **1.3.** El Estado empresario. **II. EL COSTO DE LOS DERECHOS. 2.1.** Si no hay dinero estatal invertido por la vía de los impuestos recaudados, no hay derecho posible. **2.2.** Todos los derechos requieren ser costeados, sin importar su diferenciación. **2.3.** Los derechos no pueden ser absolutos e implican necesariamente responsabilidades asociadas. **III. CONCLUSIONES**

I. ANTECEDENTES

1.1. Una anécdota introductoria y unas reflexiones iniciales básicas sobre el tema central.

Dedicada y absorbida en mi “día a día profesional” como la máxima directiva de una empresa que tiene presencia no solo en Ecuador, sino en países tan disimiles como España, Israel o Estados Unidos de América, sentí como que un “huracán” me sacaba de mi “zona

de confort” cuando se me propuso el reto de dar Clínica Constitucional, a alumnos de pregrado de la carrera de Derecho de una Universidad pública ecuatoriana, ya que tenía experiencia docente previa solo con alumnos de posgrados y en materias vinculadas con mi actividad diaria, sobre todo de Derecho Público Contractual.

Si bien ostento una Maestría y un PHD en Derecho Constitucional, confieso que nunca me interesé en leer a profundidad los 444 artículos de la Constitución del Ecuador ni toda la doctrina que hay detrás de los conceptos de Derechos y Garantías Constitucionales, o del Estado Garantista, o de la Constitución Neoconstitucional de Derechos y Justicia (tremendo “sacrilegio” me digo ahora, 11 años después de la vigencia de dicha Constitución).

Tal vez mi desinterés se mantuvo en el tiempo, pues, aunque confieso que puedo estar equivocada- no palpé ningún cambio real en el Ecuador entre la vigencia de la Constitución de 1998 y la de 2008; me refiero desde una visión pragmática, que con el tiempo y debido a mi actividad empresarial privada se fue impregnando en mi cotidianidad¹.

Muchas veces sentí no solo intrascendencia sino incluso hilaridad cuando escuché toda la “algarabía” generada para organizar foros y auditorios en los que se discutía con el mismo interés y profundidad tanto los derechos constitucionales de los seres humanos como el “derecho de las amebas”; y, no es que tenga nada en contra de las pobres amebas ya que incluso tienen la misma protección constitucional que yo como ser humano, solo que al leer tan inmenso catálogo de derechos constitucionales apareció en mi mente necesariamente mi “deformación profesional”, en el sentido de analizar desde el ámbito económico y práctico que dichos derechos para que sean efectivos, tienen costos asociados.

Más de una vez me causó una sensación de sinsabor e incluso de desesperación real, ver la ilusión y el entusiasmo de muchos políticos o teóricos constitucionalistas o activistas sinceros, que “a voz en cuello” gritaban con euforia que en el 2008 gracias a la expedición de nuestra Constitución², prácticamente el Ecuador “había entrado al paraíso terrenal” por haberse logrado que constitucionalmente tengamos todos los derechos posibles, no solo los seres humanos, sino también las personas jurídicas, los animales y la misma naturaleza; u otras voces que con arengas, nos animaban de forma real a reclamar nuestros derechos. La “única parte que no escuché”, fue el análisis de los costos económicos que vienen asociados

¹ Ernesto GANTMAN en su obra: *La lucha contra la pobreza en América Latina: ¿asignatura pendiente u omitida en el plan de estudios?*, Comentario al libro de Bernardo Klinksberg: *Pobreza, el drama cotidiano. Clave para una nueva gerencia social*, Tesis Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, se puede encontrar un interesante análisis respecto a porqué persiste la pobreza en América Latina, desde la práctica permanente de declaraciones teóricas cuyos postulados no se llevan a la práctica.

² Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, siendo su última reforma el 1 de agosto de 2018

necesariamente a esos derechos, para que sean efectivos, pero también que siempre alguna obligación, la mínima que sea, debe existir en mi criterio como respuesta a un derecho garantizado o incluso en muchos casos, como precedente de éste.

En efecto, la sola declaración de los derechos humanos expuestos en el caso del Ecuador en más de 100 de los 444 artículos de la Constitución, no significa que éstos están protegidos de por sí, sino que precisamente la misma Constitución señala al menos tres tipos de garantías constitucionales, sean éstas 1) Normativas, 2) Políticas Públicas, Servicios Públicos y Participación Ciudadana, así como 3) Garantías Jurisdiccionales; las primeras para adecuar las normas jurídicas a los derechos; las segundas que implican la ejecución y concreción práctica de estos derechos; y las terceras previstas para reparar los derechos en el caso de que se vulneren ya sea las garantías normativas o ya sea las políticas públicas, los servicios públicos y la participación ciudadana.

Ahora bien, si nos detenemos a pensar un poco, concluiremos que, concretar en la práctica las Garantías Constitucionales implica una fuerte correlación con temas económicos; pues la expedición de normas, pero sobre todo la ejecución de la política pública y la prestación de servicios públicos e incluso los mecanismos de reparación en caso de violaciones de dichas garantías, tienen costos asociados que se los paga con dinero que tiene que salir de alguna parte.

Pongamos un ejemplo práctico, el Derecho a la Salud garantizado en la Constitución, que, conforme al artículo 32 de dicho cuerpo normativo, *“se vincula al ejercicio de otros derechos como el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir”*, no existe por el solo hecho de estar escrito en la Constitución ni siquiera por estar previsto en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2017-2021 (Objetivo 1)³, sino porque cuando un ecuatoriano o incluso -por la disposición contenida en el artículo 9 Constitucional⁴, un extranjero que resida en el Ecuador, se encuentren enfermos, encuentren servicios de atención médica garantizada por el Estado Ecuatoriano, sin más condicionante que la necesidad de ser protegido su derecho a la salud.

¿Nos hemos puesto a pensar el costo económico asociado para hacer efectivo de forma real el Derecho a la Salud?, pues para que éste se encuentre realmente garantizado, el Estado debe haber generado la construcción de una fuerte y amplia infraestructura sanitaria de

³ Plan Nacional del Buen Vivir 2017-2021 publicado como Resolución No. 2 en el Registro Oficial Suplemento No. 71 de 4 de septiembre de 2017.

⁴ El artículo 9 de la Constitución dispone: *“Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.”*

acceso universal, con personal sanitario, con equipamiento y todos los servicios requeridos para tal efecto.

Y si hacemos un repaso de cada uno de los centenares de derechos previstos en la Constitución, que sin ningún tipo de gradación o importancia están descritos en el inmenso catálogo de derechos, ¿hemos concluido en analizar el monto de todos los recursos económicos que necesitamos para garantizar la concreción de políticas y servicios públicos que los lleven a cabo, o que a través de las garantías jurisdiccionales se asegure su reparación en caso de violaciones concretadas contra ellos?

Parece que bajo el criterio de que el “papel aguanta todo”, hicimos una declaración más bien irresponsable de derechos que generó no expectativas sino obligaciones concretas de ser garantizados y de ser cumplidos; pero que enfrentados a la realidad y a la necesidad de recursos económicos, ante la falta de éstos, lastimosamente sin necesidad de mayor análisis, podremos concluir que el derecho declarado en papel no es por ningún motivo un derecho existente, por el simple y único motivo, que no es su declaración, sino su concreción real la que permite asegurar que éste existe.

El problema se agrava en mi criterio si analizamos el contexto constitucional y la enorme expectativa social en la que se reconocieron dichos derechos de forma constitucional (claro está muchos ya previstos en Tratados y Convenios Internacionales que siguen el mismo análisis y cuestionamiento planteado en este artículo), situación que al comprobarse no generó cambio alguno, puede conllevar una peligrosa desilusión y además desconfianza del pueblo, más si como en el caso del Ecuador, hemos pregonado de forma fuerte que vivimos en un Estado de Derechos (“con S”) y Justicia⁵.

1.2. Tránsito histórico del Constitucionalismo monárquico al Constitucionalismo del Pueblo.

Existen abundantes estudios y tratados histórico-constitucionales respecto al tránsito constitucional que hemos experimentado en el mundo; unos mucho más densos, otros más digeribles. Con fines más bien didácticos y académicos, como resumen de dicha historia, y no precisando en todos los detalles, me he servido de algunas exposiciones y artículos

⁵ Es interesante y claro el análisis que hace al respecto el tratadista ecuatoriano Ramiro Ávila en su obra: *Ecuador estado constitucional de derechos y justicia, en Constitución del 2008 Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, t. 3, V&M Gráficas, Quito, 2008.

elaborados⁶ por el jurista y ahora Juez Constitucional ecuatoriano, Ramiro Ávila⁷, reforzadas con resúmenes de precisión interesante compartidas por otro tratadista ecuatoriano, Carlos Baldeón Barriga⁸, con base en cuyo conocimiento, intentaré esbozar en qué circunstancia constitucional nos encontramos desde el punto de vista jurídico y doctrinario.

El punto de partida en este tránsito constitucional sería el Estado monárquico, representado gráficamente por la frase dicha por el Rey de Francia Luis XIV, cuando pronunció “*El Estado soy yo*”, para ejemplificar de forma contundente y real que el Estado debía existir y tenía razón de ser en torno a satisfacer las necesidades y requerimientos del rey, en dicha lógica, el pueblo en sentido práctico, no era parte de este “estado”, sino más bien su súbdito, que estaba concebido para atender las necesidades, derechos y requerimientos del soberano.

Ante dicha situación, aparecen en esta historia dos revoluciones: en primer lugar la Revolución Francesa de 1789, promovida fundamentalmente por un sector de la población que gracias a su actividad económica, había conseguido y generado riqueza, los llamados burgueses, que “tenían plata, pero no sangre noble”; es decir que tenían posibilidades económicas pero no tenían poder y propugnaban por que el Estado existiera también para atender sus derechos y sus requerimientos; y como consecuencia de dicha Revolución consiguen que se les reconozca constitucionalmente un catálogo de derechos y libertades vinculadas con la actividad económica y la producción; poder que lo ejercían siendo parte del Parlamento; y que se lo aseguraba de forma real a partir de la vigencia del “principio de legalidad” que implicaba que solo se pueda hacer lo que está en la ley; en consecuencia con la aplicación de dicho principio, la burguesía aseguraba su poder, a través de la observancia del principio de legalidad, porque las leyes las hacían ellos en el Parlamento.

Frente a los excesos que pudo significar el ejercicio del poder por parte de la burguesía con el predominio de sus derechos y libertades económicas, surge una nueva Revolución que es la Rusa de 1917 promovida en cambio por la clase trabajadora que siente explotados sus derechos y que busca que éstos también sean reconocidos y promovidos con la misma o mayor intensidad que los derechos y libertades de los burgueses; situación que se logra a

⁶ ÁVILA Ramiro, *Evolución de los derechos fundamentales en el Constitucionalismo ecuatoriano*, en *Estudios comparativos*, Ayala Mora E.: (ed.), Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2014.

⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=imdnt4Sa1jI>: fecha de visualización: 6 de mayo de 2019.

⁸ Sirvió tanto una entrevista realizada a dicho tratadista como también la lectura de su obra: “*La Acción de Protección ecuatoriana y Breves Comentarios del Recurso de Amparo Español*”, GRUPO CEAS, Oktupus Media, primera edición, Quito, Ecuador, 2014.

través del acceso de los trabajadores también al Parlamento, con lo cual adquieren también el poder de legislar; y de lograr que en dicha lógica, con base en el principio de Legalidad, se cumpla aquello que está previsto en las leyes que expiden, aunque con una progresión mayoritaria y sistemática de mayores derechos no solo laborales, sino también de carácter social y en general del reconocimiento de política pública.

En la gráfica de este Estado con las dos revoluciones señaladas, ya no tenemos a un Estado que le tiene a las personas como súbditas, pero si con derechos y obligaciones correlativas, le vemos en dicha lógica a las personas formando parte del cuadro en el cual también interviene el Estado.

Pero de esa realidad, pasamos a un tercer momento o estadio, que es el tránsito constitucional a donde en el cuadro principal quienes se encuentran son las personas, los animales o la naturaleza, como sujetos titulares de derechos; y el Estado ya no forma parte de ese cuadro, pues se convierte en súbdito de dichos titulares; lo que conlleva que el Estado será útil y tendrá razón de ser, en la medida en la que proteja y garantice la vigencia efectiva de los derechos reconocidos con la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. Es en este momento constitucional en el que nos encontramos en la actualidad, con un Estado hiper garantista de derechos que tendrá necesidad de existir, solo si tiene y genera instrumentos adecuados para el ejercicio pleno de los derechos de sus titulares.

Es en este tercer momento en el que se refuerza el alcance de lo que se denomina como principio de Juridicidad y que contrario al de legalidad, hace que el poder descansa no en el contenido de la ley, sino de la Constitución; y por lo tanto en quien tiene la posibilidad de aprobar o reformar dicha carta magna, que es el pueblo; por lo que, ni los jueces ni las autoridades ni los funcionarios públicos ni cualquier persona podrán aducir que no se reconoce un derecho por no existir una ley, ya que para la vigencia plena de los derechos, la Constitución se puede aplicar de forma directa.

Si la Constitución es de aplicación directa, para el ejercicio de los derechos en ella reconocida, no se requieren normas legales, sino el ejercicio de las garantías jurisdiccionales que vienen en auxilio de los derechos, en el caso de que éstos hayan sido vulnerados o cuya vigencia plena se vea amenazada.

Pero ni la sola declaración, ni incluso la existencia de garantías jurisdiccionales, garantiza la existencia y vigencia real de los derechos constitucionales

La existencia de un derecho sin un mecanismo para exigirlo plantea la cuestión de si se trata realmente de un derecho; pero más allá de los mecanismos jurídicos que se pueden

plantear, existen sobre todo mecanismos de carácter económico que hagan que ese derecho realmente se aplique; sino no habría diferencia alguna y más bien generará más de una frustración ver “escritos” derechos que sus titulares no lo pueden ejercer.

1.3. El estado empresario

Un tema adicional que creo preciso incluir en el planteamiento del problema y en su complejidad asociada, es el análisis de la forma económica que se configura para la satisfacción de las necesidades de política pública desde la lógica de la prestación de los servicios públicos y de la explotación de los sectores estratégicos.

Entre los diferentes modelos económicos posibles, la Constitución ecuatoriana, como se podrá ver a lo largo de su contenido, pero sobre todo a partir del art. 313, se decanta por una intervención general de emprendimientos públicos; es decir es el mismo Estado a través de las empresas públicas el que debe prestar los servicios públicos y que deben explotar los sectores estratégicos; solo en el caso de que no sea posible la intervención de las empresas públicas, pueden intervenir las empresas de economía mixta, claro está, siempre que en éstas la mayoría accionarial sea pública; y, solo por excepción los actores de la economía popular y solidaria y la empresa privada.

De conformidad con lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 313 constitucional citado, se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley.

Ahora bien, por Resolución de la Corte Constitucional⁹ se interpretan los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución, distinguiendo la gestión de la administración, regulación y control por el Estado y determina el rol de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos.

- Conforme al texto interpretativo expuesto en la sentencia citada por la Corte Constitucional, debe entenderse que las empresas públicas gozan únicamente de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores

⁹ Resolución No. 1 publicada en Registro Oficial Suplemento 629 de 30 de enero del 2012, dictada en la sentencia No. 001-12-SIC-CC el 05 de enero del 2012 en el caso No. 0008-10-IC

estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley.

- Por lo tanto, solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos. Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Se entiende la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico.
- El Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, siempre que éstas tengan mayoría pública la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos.
- Y solo por excepción, siempre que se cuente con la aprobación del presidente de la República, mediante decreto ejecutivo, se puede permitir que dicha gestión y/o prestación las hagan las empresas privadas o los actores de la economía popular y solidaria.

Si nos centramos en el análisis de los costos de los derechos en relación con las disposiciones constitucionales analizadas, se concluiría que igualmente las empresas públicas deberían estar dotadas de un fortalecido “músculo financiero” para poder llevar a cabo sus actividades empresariales, siendo eficientes y productoras de rentabilidad social y económica; pues de lo contrario éstas no cumplirían el objetivo para el cual fueron creadas; considerándose que son las empresas públicas las que están autorizadas para gestionar los sectores estratégicos y prestar los servicios públicos; y sólo si éstas no pueden hacerlo vienen en su auxilio las empresas de economía mixta que siguen teniendo la particularidad de que para que sean tales deben tener mayoría pública.

Varias preguntas se generan al respecto: ¿Han sido de verdad eficientes y eficaces los resultados de gestión de las empresas públicas? ¿Será que los socios privados tienen seguridad y se sienten suficientemente cómodos para formar parte de empresas de economía mixta en donde el control mayoritario lo tenga el Estado? ¿En el caso de requerir financiamiento privado para el funcionamiento sea de las empresas de economía mixta, pero sobre de las empresas públicas, no es finalmente el Estado con sus recursos quien debe asegurar o garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas? En el contexto indicado, ¿cómo se logra de manera efectiva la “inyección de recursos económicos” para lograr una correcta prestación de servicios públicos y una correcta gestión de los sectores estratégicos?, que son los mecanismos de política pública para lograr hacer efectivos los

derechos constitucionalmente garantizados? Interrogantes que no necesariamente se logran resolver.

II. EL COSTO DE LOS DERECHOS: ¿PORQUÉ LA LIBERTAD DEPENDE DE LOS IMPUESTOS?¹⁰.

2.1. Si no hay dinero estatal invertido por la vía de los impuestos recaudados, no hay derecho posible¹¹.

Ya señalé en el capítulo anterior de este documento que, la idea más generalizada respecto a los derechos garantizados en la Constitución y en los Tratados internacionales, es que éstos no tienen costo alguno; o más precisamente nadie se ha puesto a pensar en este tema; porque parecería que su contenido rebasa el ámbito de la teoría constitucional; y, más bien parecería reaccionario, “antipatria”, grosero o al menos incómodo poner el tema sobre la mesa del debate, pues quitaríamos toda la “panacea” y el “buen vivir” que significa pregonar los derechos y decir que éstos existen por el solo hecho de que están declarados; o lo que es más resulta mucho más fuerte decir que un derecho no puede ser ilimitado en el ámbito de su responsabilidad, pues siempre hay que renunciar a algo, o a al menos entender que tenemos también obligaciones correlativas.

Ya hemos dicho que, si no se invierten recursos económicos en un derecho, éste no pasará de ser una declaración sin efectos concretos¹²; y, lo que es más, generaría más de una sensación de frustración y desazón por todo el ambiente de expectativa fuerte impulsada sobre todo, en épocas electorarias o en la campaña que se genera para la aprobación de una Constitución, en las que se dice que basta con cumplir con la obligación del derecho al voto o al referéndum para lograr por “arte de magia” que los derechos existan.

¹⁰ Título adoptado en este artículo del libro escrito por Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Siglo 21 Editores, Buenos Aires) 262 páginas.

¹¹ Un amplio, claro e interesante análisis respecto a la capacidad y obligación recaudatoria del Estado se encuentra en la tesis doctoral de la tratadista ecuatoriana, Eddy de la Guerra, titulada “*Los principios del deber de contribuir en Ecuador y España, Análisis Comparado*” Universidad Complutense de Madrid, España, 2017.

¹² FARREL Martin, *La Filosofía del Derecho y Economía*, primera edición, Editorial La Ley, 2006.

Para la ratificación de mi criterio doctrinario, fue interesante la lectura del libro escrito por los autores norteamericanos Holmes, Stephen y Sunstein¹³, titulado: “El costo de los derechos. Porqué la libertad depende de los impuestos”¹⁴ quienes en resumen dicen: "dime cuánto inviertes y te diré cuán protegido y garantizado está un derecho"¹⁵. En esa lógica el libro es provocador, desde el entender cuánto invierte el Estado en los derechos garantizados a nivel constitucional.

Los autores sostienen, criterio con el que estoy de acuerdo y lo expongo a lo largo de este artículo, que los derechos y las libertades individuales dependen fundamentalmente de una acción estatal vigorosa y de una inversión económica fuerte de recursos para la concreción de política pública, bajo el entendido de que todos los derechos -sin excepción- tienen un costo asociado.

También comparto el criterio expuesto por los autores, cuando señalan que así como se protegen los derechos, éstos necesariamente deben acotarse y restringirse para velar por su correcto uso; lo cual se logra solo en la medida en la que a cada derecho venga asociado un costo presupuestario, es decir una asignación de recursos para hacerlo efectivo; de lo contrario no sirve de nada exponer y garantizar “en el papel” todos los derechos y no hacer que alguno de ellos tenga vigencia efectiva desde su real garantía y vigencia.

Para efectos de la financiación de los derechos, es claro que ésta se da a través de los impuestos que pagamos los ciudadanos por diferentes motivos, como por ejemplo por la renta obtenida (impuesto a la renta), por las transacciones de compra y venta (impuesto al valor agregado), por tener la propiedad de inmuebles (impuestos prediales), por acceder a herencias (impuesto a las herencias), etc.

2.2. Todos los derechos requieren ser costeados, sin importar su diferenciación.

Consecuencia de lo señalado en el punto 2.1. anterior, es que ningún derecho existe per sé por el solo hecho de estar declarado, independientemente que estos derechos sean positivos o negativos; pues siguiendo a los autores citados, los derechos positivos impulsan la igualdad, mientras que los negativos protegen la libertad.

¹³ Los autores son reconocidos profesores norteamericanos, con una larga trayectoria académica, que se han dedicado a investigar el derecho constitucional y la historia del pensamiento político moderno.

¹⁴ Libro citado de Holmes, Stephen y Sunstein

¹⁵ Libro citado de Holmes, Stephen y Sunstein

Todos los derechos cuando son ofendidos requieren de un remedio, de una reparación; de ahí que, según los autores citados, todos los derechos son positivos, pues todos exigen remedio si son vulnerados. En este sentido afirman: "Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinación eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar".

Por ejemplo: los derechos de propiedad tienen sentido y fuerza si las autoridades protegen este derecho, de otra manera el derecho no existiría, y para ello, siguiendo la opinión de los autores citados, es necesaria la coerción que para activarla es necesario que el Estado cuente con medios, con recursos, instituciones y funcionarios públicos. Se necesitan jueces penales que repriman y castiguen los robos y hurtos, así como del derecho civil a la hora de exigir la restitución de los bienes, o la compensación. Por ello, los autores indican que "los derechos de propiedad dependen de manera excluyente de un Estado dispuesto a cobrar impuestos y gastar. Defender los derechos de propiedad es costoso". El costo referido se incrementa con todo el aparataje requerido de seguridad pública para proteger dicho derecho. Por ello los autores concluyen señalando que los gastos en la protección de la propiedad son en definitiva astronómicos.

Dicha tutela señalan los autores se requiere también en el caso de los mercados, pues el Estado deberá *reprimir el fraude, defender los derechos de los accionistas, vigilar los mercados de valores, proteger marcas y las patentes registradas, deberá tutelar la libre competencia, debe regular los bancos, y los mercados para controlar los fraudes y asegurar el flujo de los créditos, debe promover la innovación, estimular la productividad de los trabajadores, ninguna de estas tareas es simple ni barata.*

2.3. Los derechos no pueden ser absolutos e implican necesariamente responsabilidades asociadas.

Por el análisis de los costos asociados a los derechos, éstos tienen un carácter relativo, de ahí que el juez constitucional y la propia teoría del derecho, razonará mejor si considera diversos criterios, entre otros el económico a la hora de pronunciarse sobre la exigibilidad de los derechos; pues ningún derecho puede ser exigible de manera perfecta y por completo.

El hecho de que los derechos tengan costos asociados permite generar con claridad la noción de responsabilidad, tanto del titular del derecho, como también desde el análisis del Estado que debe protegerlo.

Por este motivo, los derechos no son absolutos o inflexibles, porque dependen del presupuesto público, pero también implican un análisis relacional con la transparencia y

responsabilidad democrática en el proceso de asignación de los recursos, desde la concepción de ética distributiva y de justicia distributiva.

Por ello, se requiere un análisis para priorizar qué derechos y de qué manera se protegen; y, en dicha lógica cuáles son los costos asociados para su vigencia.

III

CONCLUSIONES

A manera de conclusión de los temas abordados, podemos señalar que:

1. La eficacia y la real vigencia de los derechos constitucionales depende de que el Estado tenga una verdadera capacidad para recaudar los impuestos requeridos para su financiamiento.
2. Lo señalado en el punto anterior exige una utilización transparente y absolutamente honesta de los recursos públicos; cualquier desviación que se compruebe al respecto debería merecer las más drásticas sanciones, siempre claro está en observancia del debido proceso.
3. En consecuencia, los derechos no son independientes de sus costos; sino que están asociados intrínsecamente los unos con los otros.
4. Los derechos no son civiles o sociales¹⁶, ni positivos o negativos, son derechos a secas; y, todos ellos cuestan dinero; por lo tanto, su protección y garantía no obedece a un atributo intrínseco de los derechos sino a una decisión política de las autoridades competentes.
5. Es el Estado, a través de sus órganos administrativos, el que decide qué derechos proteger y con qué intensidad, por lo que es imperativo poner énfasis en la forma como se toma esa clase de decisiones.¹⁷
6. Por lo expuesto, la discusión sobre cuáles son o deben ser los derechos prioritarios es más bien de carácter filosófico y de abundante análisis de justicia distributiva.
7. Para el efecto señalado en el punto anterior, se requiere generar los espacios adecuados y necesarios para que todos los ciudadanos tengamos la oportunidad de participar en la definición de los mecanismos de política pública que hagan efectivos de verdad los derechos correspondientes; incluyendo necesariamente un análisis respecto a cuestiones de cálculo presupuestario, que como todo tema de

¹⁶ ABRAMOVICH V. y Christian C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002

¹⁷ EVAN Peter, WOLFSON Leandro, *Estado como problema y como solución*, Desarrollo Económico, Vol. 35, No. 140, 35th Anniversary Issue, Jan. - Mar., 1996.

- concreción económica va muchísimo más allá de las solas buenas intenciones o de “idilios, cantos u odas románticas”.
8. Para todo lo expuesto, hemos señalado ya que no hay que descuidar la conexión que existe entre la eficacia recaudatoria de los impuestos por parte del Estado y la exigibilidad y vigencia plena de los derechos.
 9. Para todo ello, hay que reiterar en que se hace imprescindible un eficiente y adecuado control social en todo el proceso no solo para la definición presupuestaria de los derechos, sino también para la vigilancia efectiva respecto al manejo escrupuloso de los recursos públicos destinados a que se hagan realidad -en la práctica y no en la teoría- los derechos constitucionales, que ha quedado en claro, no pueden existir si no se considera el análisis correspondiente de los costos económicos que representan.
 10. No entender lo expuesto desde la óptica del análisis económico de los derechos constitucionales no solo es infantil, raya en lo ingenuo, sino que puede generar una peligrosa forma de afectar la confianza y la fe de las personas, pero también de no incluir el análisis de la responsabilidad y obligaciones que necesariamente deben asumir los mismos titulares de los derechos, pues dichos derechos no pueden ser vistos desde un análisis unidireccional y sin un permanente y continuo control de evaluación y seguimiento.
 11. En conclusión: No hay derechos gratuitos; ni hay derechos sin responsabilidades correlativas. Todos los derechos tienen costos económicos asociados que se pagan con los impuestos recaudados por el Estado, de lo contrario “son letra muerta”¹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABRAMOVICH Víctor. y COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002
2. ÁVILA Ramiro, *Ecuador estado constitucional de derechos y justicia, en Constitución del 2008 Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, t. 3, V&M Gráficas, Quito, 2008.
3. ÁVILA Ramiro, *Evolución de los derechos fundamentales en el Constitucionalismo ecuatoriano*”, en *Estudios comparativos*, Ayala Mora E.: (ed.), Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2014.
4. BALDEON Barriga Carlos, *La Acción de Protección ecuatoriana y Breves Comentarios del Recurso de Amparo Español*, Grupo CEAS, Oktupus Media, primera edición, Quito, Ecuador, 2014.

¹⁸ UCKMAR Víctor, *El principio de la equidad tributaria y el vínculo de solidaridad social: La relación entre las necesidades financieras del Estado y la justicia económica*, en *La capacidad contributiva, presupuesto jurídico y fundamento de la tributación*, Ministerio de Hacienda/CIAT-IED, Madrid, 2002.

5. DE LA GUERRA Eddy, *Los principios del deber de contribuir en Ecuador y España, Análisis Comparado*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, España, 2017.
6. EVAN Peter, WOLFSON Leandro, *Estado como problema y como solución*, Desarrollo Económico, Vol. 35, No. 140, 35th Anniversary Issue, Jan. - Mar., 1996.
7. FARREL Martin, *La Filosofía del Derecho y Economía*, primera edición, Editorial La Ley, 2006.
8. GANTMAN Ernesto, *La lucha contra la pobreza en América Latina: ¿asignatura pendiente u omitida en el plan de estudios?*, Comentario al libro de Bernardo Klinksberg: *Pobreza, el drama cotidiano. Clave para una nueva gerencia social*, Tesis Grupo Editorial Norma, Buenos Aires.
9. HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo 21 Editores, Buenos Aires, 2011.
10. UCKMAR Víctor, *El principio de la equidad tributaria y el vínculo de solidaridad social: La relación entre las necesidades financieras del Estado y la justicia económica*, en *La capacidad contributiva, presupuesto jurídico y fundamento de la tributación*, Ministerio de Hacienda/CIAT-IED, Madrid, 2002.

WEBGRAFÍA

1. Intervención del Dr. Ramiro Ávila Santamaría, Jurista ecuatoriano, actual Juez Constitucional constante en <https://www.youtube.com/watch?v=imdnt4Sa1jI>: fecha de visualización: 6 de mayo de 2019.

NORMAS CONSULTADAS.

1. Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, siendo su última reforma el 1 de agosto de 2018.
2. Plan Nacional del Buen Vivir 2017-2021 publicado como Resolución No. 2 en el Registro Oficial Suplemento No. 71 de 4 de septiembre de 2017.

SENTENCIA CONSULTADA

1. Sentencia interpretativa de la Corte Constitucional del Ecuador No. 001-12-SIC-CC el 05 de enero del 2012 en el caso No. 0008-10-IC contenida en la Resolución No. 1 publicada en el Registro Oficial Suplemento 629 de 30 de enero del 2012.