

Cuestionamiento a la aplicación generalizada del método de la ponderación judicial a partir de una sentencia interpretativa de la corte constitucional

Resumen: llama la atención el garantismo retórico imperante en el neoconstitucionalismo en el que los derechos se reconocen de la manera más progresista en la Constitución pero se restringen en la ley y la jurisprudencia.

Salim Zaidán

En los últimos dos años, “neoconstitucionalistas” a través de abundante producción doctrinal se han empeñado en hacernos creer que por decreto hemos superado al Estado Legal para convertirnos en un Estado Constitucional, hemos transitado del Estado de Derecho al Estado de Derechos y hemos dejado atrás el Estado inequitativo para convertirnos en un Estado de Justicia. Y claro, han afirmado que la consecución del buen vivir se facilita gracias a las bondades del método de la ponderación judicial y que el órgano que ostenta el “poder dirimente” en el Ecuador a partir de la Constitución de 2008, la Corte Constitucional, producirá fallos más motivados y justos.

Los neoconstitucionalistas asumieron que todos los jueces conocerían el contenido de los derechos, particularmente aquellos que figuran en los instrumentos internacionales de derechos humanos y sabrían cómo resolver conflictos aplicando métodos de interpretación. Confiaron en que los assembleístas emprenderían una actividad de desarrollo legislativo armónico con la Constitución, que al menos no restringa derechos y garantías.

Meras aspiraciones y enunciados líricos distantes de la realidad, de la práctica judicial, del ritmo actual del litigio constitucional. Y es que parecería que algunos sectores de incidencia en la actividad legislativa no comprenden que el progresismo normativo no es nada sin el progresismo práctico, que solo se alcanza con la adecuación cultural de modelos externos y con la capacitación a los actores de incidencia en los procesos de cambio. Los jueces de todas las especialidades, ahora jueces constitucionales, necesitan herramientas prácticas para administrar justicia y necesitan conocer los métodos para resolver casos particularmente complejos. Pero también necesitan valorar la pertinencia para utilizarlos.

En la actividad judicial de nuestro medio los métodos de administración de justicia han variado en la doctrina pero en la práctica los jueces los aplican mal o simplemente no los aplican. Vemos que los métodos tradicionales para resolver conflictos como el método jerárquico (norma superior deroga a la inferior), el cronológico (ley posterior deroga a la anterior) y el de especialidad (ley especial deroga la ley general), han sido sustituidos por nuevos métodos, particularmente por la ponderación judicial.

La ponderación no es una fórmula nueva. No es un método para administrar justicia que de manera pionera la Corte Constitucional ecuatoriana se encuentre aplicando. La ponderación judicial es una fórmula de vieja data que se inscribe en el Derecho Constitucional libre y surge en la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica¹, fue aplicada posteriormente por el Tribunal Constitucional español y hace un par de décadas por la Corte Constitucional colombiana. Este método ha surgido en la actividad judicial de Estados Unidos bajo la denominación de “balancing”, fue desarrollado por el Tribunal Constitucional español² y ha cobrado fuerza en las últimas décadas en países sudamericanos como Argentina y Colombia.

Pero lamentablemente en el Ecuador la administración de justicia constitucional emplea el método de la ponderación en casos en los que podría buscar un equilibrio entre derechos sin sacrificar alguno de los que se encuentre en conflicto, en otros casos simplemente utiliza la ponderación inobservando la delimitación normativa de derechos o en ciertas sentencias se advierten considerandos progresistas acompañados de resoluciones restrictivas como la que vamos a analizar más adelante.

De ahí la preocupación en torno a la aplicación de la ponderación. Al ser un método que se basa en el fortalecimiento de la posición del juez, le da valor determinante a sus apreciaciones subjetivas, se fundamenta en el realismo jurídico y en la dimensión axiológica del Derecho, es un método que puede derivar en una discrecionalidad o subjetividad valorativa altamente peligrosa si los operadores de justicia no tienen una buena formación o no ajustan su actuación a los parámetros del derecho preestablecido.

Nadie niega la oportunidad y urgencia de la búsqueda de nuevos métodos para resolver conflictos entre derechos, particularmente por el desgaste del método de la subsunción y la producción mecánica de fallos. Los neoconstitucionalistas dicen que es necesario superar al juez “*bouche de la loi*”, como lo llamaba Montesquieu³. Ellos destacan que “*en el Estado Constitucional de los derechos, el juez constitucional ya no es la boca muda de la ley, sino el creador y concretizador de la norma constitucional, mediante la cons-*

1 En 1936, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Harlan Fiske Stone (magistrado entre 1905 y 1942), habló del acomodo razonable del derecho a las cambiantes necesidades sociales. Afirmaba que el juez desempeña esencialmente la función del legislador y que en un sentido real elabora Derecho.

2 En España el Tribunal Constitucional, mediante sentencia 66/1995, fijó los pasos que comprende la ponderación judicial, aunque la aplicó desde los años 80.

3 Montesquieu estableció en 1758 su teoría sobre la separación de poderes y se refirió al poder judicial como «un poder de alguna forma nulo», que se limitaba a ser «la boca de la ley», que realizaba una simple operación lógica de subsunción de los hechos (premisa menor) en la ley (premisa mayor) para llegar a una decisión.

*trucción de reglas y sub-reglas generadas por la aplicación concreta de su texto*⁴. Lo que no se admite es la sobredimensión de los “logros” del Constitucionalismo actual que parte de un diagnóstico despegado de la realidad tomando en consideración que hace algún tiempo ya se superó ciertas enseñanzas de la escuela exegética. Para la justicia implica un riesgo ir al otro extremo de la subsunción y asignar al juez el rol de creador del derecho sin mayores límites y sin parámetros claros y preestablecidos. Diseñar un método que supere el limitado rol judicial, se tornaba necesario pero no podía ser la excusa para propagar su uso de manera indiscriminada. La subsunción, aplicada aisladamente, en ramas del Derecho como la Constitucional, era perjudicial pero aquello no autoriza ir al otro extremo convirtiendo al juez en actor político y legislativo.

Juristas y filósofos parecerían defender el método de la ponderación judicial afirmando que su utilidad práctica está dada por la ausencia de ponderación legislativa⁵, pues si existiera, el conflicto podría resolverse de acuerdo con el método jerárquico o el de especialidad.

Pero la concesión de márgenes excesivamente amplios desnaturaliza la función judicial y convierte a los jueces en el poder dirimente capaz de resolver en escasas semanas lo que al asambleísta o al poder ejecutivo le ha costado algunos meses ostentando al menos cierto grado de legitimidad democrática. Reconociendo que el Derecho al ser una rama social no debe ser estático, tampoco podemos confiar excesivo poder y legitimidad a la función judicial.

El método de la ponderación judicial ha sido recogido en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Han sido resaltadas sus bondades por “neoconstitucionalistas” de ciertas instituciones del Estado, que en libros y sentencias han puesto de relieve sus cualidades e incluso han reivindicando fórmulas filosóficas sustentadas en la lógica matemática, de compleja comprensión y escasa proyección de aplicación práctica generalizada para resolver conflictos entre derechos.

¿Pero es este el mecanismo de interpretación avalado por la Constitución de la República? Pues no, los asambleístas y principalmente quienes integraron las Mesas de la Asamblea Constituyente que redactaron los artículos de la parte orgánica de la Constitución se inclinaron por seguir a la escuela exegética y defender lo que ellos tanto criticaron: la operación mecánica de la subsunción en la que el juez hace una interpretación literal de la ley. Por supuesto que para no dar una apariencia de teoría clásica agregaron al artículo una referencia tibia al principio pro homine, para insinuar que la jerarquía normativa ha sido desplazada por el principio pro homi-

4 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 14.

5 El legislador pondera, lo hace cuando sus regulaciones privilegian la tutela de un principio en detrimento de otro. Debe hacerlo de manera clara o al menos a través de parámetros ciertos precisamente para reducir el amplio margen de apreciación judicial. Lo hace cuando sus regulaciones privilegian o acentúan la tutela de un principio en detrimento de otro. El asambleísta no puede eliminar un conflicto entre derechos de un modo definitivo mediante una norma general, pues estaría postergando en abstracto un derecho en beneficio de otro y establecería una jerarquía legislativa.

ne en que la jerarquía mayor la ostenta la norma más favorable a los derechos. El artículo es claro y privilegia la interpretación literal de la norma. El artículo 427 de la Constitución refiere que las normas constitucionales deben interpretarse por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

Cuestionamientos al método de la ponderación judicial.

A pesar de la vigencia de la disposición constitucional citada, la Corte Constitucional ha aplicado en la mayoría de los casos sometidos a su conocimiento, la ponderación judicial. Y en aquella práctica judicial, el método de la ponderación ha confirmado la tendencia a una excesiva discrecionalidad. Ronald Dworkin alerta sobre los riesgos de hacerlo. Asegura que la tesis de la discrecionalidad judicial debe ser revisada por dos razones. En primera instancia porque supone una violación del principio de separación de poderes, ya que prácticamente se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo⁶.

El juez constitucional “cerebro de la ley” y “creador del derecho” de ser una referencia “progresista” doctrinaria corre el riesgo de convertirse en práctica cotidiana.

La regulación de garantías jurisdiccionales como la acción de protección, nos dice que las demandas que incurran en la causal de improcedencia de pretendida declaración de derechos serán inadmisibles⁷, pero el método de la ponderación tiende precisamente a eso, a asignar al juez el rol de crear nuevos derechos o reconstruir los constantes en el catálogo de derechos de la Constitución e instrumentos internacionales.

El artículo 11(7) de la Constitución de la República consagra lo que en doctrina se conoce como la cláusula abierta que refiere la existencia de catálogos de derechos no taxativos: “*el reconocimiento de derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento*”, pero esta norma de ninguna manera puede interpretarse como la posibilidad del juez para crear nuevos derechos. Su lectura correcta debería ser que de acuerdo a la evolución de la sociedad y las necesidades de protección, el asambleísta podrá incorporar nuevos derechos a los catálogos vigentes. El juez no puede reemplazarlo en esta tarea.

Por otro lado, Robert Alexy reconoce que la ponderación permite niveles de subjetividad ilimitados y ha dicho que no existen estándares racionales y parámetros objetivos para ponderar. Jürgen Habermas con acierto ha dicho que la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera definida por conceptos como bueno y malo, correcto e incorrecto. Asegura que la consideración de los derechos como valores a ser ponderados convierte a los juzgadores en negociadores de valores, en una “*instancia autoritaria*” que obviamente se extralimita e invade las competencias del legislador y con ello “*aumenta el peligro de juicios irracionales porque con*

6 Ruiz, Ramón, La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales: especial referencia a la jurisprudencia constitucional española Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 10, 2006/2007, disponible en www.filosofiyderecho.com/rtdfd, página 55.

7 Ver artículo 42 (5) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos⁸. Pero mucho más grave es apreciar las fórmulas del peso propias de la ponderación en que se fijan números de importancia a derechos en un juicio por demás arbitrario, en el que supuestamente cuanto mayor es el grado de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro, pero aquello se valora en escalas numéricas basadas en la absoluta apreciación subjetiva del juez.

Pero el problema no radica solamente en la fórmula de la ponderación en sí misma sino en la aplicación generalizada por la Corte Constitucional y en las bondades mágicas que le atribuye. Bondades que quedan en entredicho cuando apreciamos cierta incoherencia en los criterios de neoconstitucionalistas como Luis Prieto Sanchís que considera que la aplicación del método de la ponderación *“desemboca en el triunfo de uno de los principios en pugna, no en la búsqueda de un punto intermedio que en parte sacrifique y en parte dé satisfacción a ambos”*⁹ y luego afirma que *“el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación, no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos”*¹⁰.

Se asegura también que la ponderación parte de la igualdad de las normas en conflicto sin embargo establece una “jerarquía móvil”¹¹ que contraviene el principio de aplicación de los derechos enunciado en el artículo 11 (6) de la Constitución. La jerarquización la realiza el juez muchas veces en claro desconocimiento de la normativa vigente. El juez no puede relativizar el valor normativo de los derechos, al que han llegado los asambleístas luego de procesos complejos de aprobación de leyes. El Derecho en sus distintas fuentes, particularmente la normativa y jurisprudencial ordenada, es necesario para brindar certeza y parámetros claros de resolución de los conflictos. No se puede magnificar el papel que cumplen los jueces en el proceso de formación del Derecho y darles competencias altas principalmente por el corto tiempo que tienen para resolver las causas constitucionales.

Al respecto, Ignacio Villaverde con acierto señala que *“la ponderación conduce inevitablemente a la jerarquización entre los derechos fundamentales, por cuanto la resolución de sus conflictos no se solventará examinando sus recíprocos límites, sino postergando la aplicación de uno en beneficio de la aplicación del otro según la jerarquía de los valores o intereses que encarnen”*¹². Carlos Bernal Pulido reconoce que *“es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías”*¹³.

8 Habermas, Jürgen, Facticidad y validez, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pág. 332.

9 Ver Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, editor: Miguel Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, tomo VI, artículo de autoría de Luis Prieto Sanchís: El juicio de ponderación constitucional, pág. 85-123.

10 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 14.

11 Los defensores de la ponderación afirman que la jerarquía móvil se da a partir de las circunstancias de un caso en concreto y no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes en conflicto.

12 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, editor: Miguel Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, tomo VI, artículo de autoría de Ignacio Villaverde, pág. 179.

13 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, editor: Miguel Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, tomo VI, artículo de autoría de Carlos Bernal Pulido: La racionalidad de la ponderación, pág. 48.

El constitucionalista Fabián Corral describe a la perfección lo que está ocurriendo en la actividad judicial y con el método de la ponderación en el Ecuador, cuando manifiesta que *“en contraste con la función inspiradora de valores y principios sobre la legislación, la tesis en boga es que las autoridades y jueces remonten la ley y decidan lo que corresponda sentenciar, a su buen saber y entender, desde la filosofía y no desde la norma, desde la literatura y no desde la regla. La idea es que los jueces sean una especie de filósofos, sociólogos o antropólogos que lleguen a particulares convicciones de lo que debe ser la justicia en cada caso. La ley es entonces una especie de plastilina”*¹⁴.

A la función judicial neoconstitucionalista, Alejandro Ponce Martínez, por su parte la caracteriza como la responsable del retorno de la justicia relativa que no decide de acuerdo al Derecho, sino de acuerdo a la moral de los juzgadores¹⁵. Luis Fernando Torres confirma la posición precedente al señalar que *“bajo los principios de justicia y de verdad, lo que ahora es seguro mañana puede convertirse en inseguro, sin que, necesariamente, cambien las normas. Gracias al activismo judicial se ha abierto el cauce para que los jueces construyan “su” justicia e impongan “su” verdad, en lugar de aplicar el derecho preestablecido”*.¹⁶

Ponderación y Corte Constitucional: un método y un órgano que en algunos casos crean incertidumbre, inseguridad y desconocen a una de las principales fuentes del Derecho: la normativa.

El caso de la explotación del GLP

El objeto de la consulta.-

La doctrina nos dice que en el Estado Constitucional de Derechos y de Justicia quien ostenta el poder dirimente es la Corte Constitucional. La normativa lo confirma reconociendo a este organismo la facultad de interpretar la Constitución en reemplazo del órgano político que antes lo hacía: el Congreso Nacional.

Los artículos 429 y 436 (1) de la Constitución de la República reconocen la condición de único intérprete de la Constitución a la Corte Constitucional. El artículo 19 de las Reglas de procedimiento para el período de transición lo permitía y se reafirma esta facultad en el artículo 154 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Corte Constitucional es el órgano competente para conocer y absolver la consulta del presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, publicado conjuntamente con la Constitución de la República del Ecuador y la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 451 del 22 de octubre del 2008.

En ejercicio de su facultad, el 14 de mayo de 2009, la Corte Constitucional, dentro del caso 0003-09-IC, mediante Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC, explicó

¹⁴ Corral, Fabián, ¿Incertidumbre como regla?, Columna de opinión en Diario El Comercio, edición de jueves 6 de mayo de 2010.

¹⁵ Torres, Luis Fernando, editor, Debate Constitucional: monografías, Corporación Autogobierno y Democracia y Fundación Hanns Seidel, Artículo de autoría de Alejandro Ponce Martínez, Quito, 2010, pág. 77.

¹⁶ Ibid, Comentarios del editor a una sentencia por acción extraordinaria de protección en un caso de expropiación, Quito, 2010, pág. 214.

el contenido y alcance de las normas constitucionales en conflicto a partir de la Resolución N° 36-DIR-2007-06-26, a través de la cual el Directorio Político de PETROECUADOR, resolvió que “La Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP en tierra en Monteverde. PETROECUADOR y FLOPEC, el 25 de julio del 2007 suscribieron el Convenio de Alianza Estratégica N° 2007027 para la “Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP en Tierra en Monteverde y Obras Complementarias”, correspondiéndole a PETROCOMERCIAL construir y operar el Gasoducto y el Terminal de Almacenamiento y Despacho, para lo cual, la institución requiere adquirir varios terrenos de propiedad de las Comunas Monteverde, Saya y San Miguel, ubicados en la Parroquia Colonche, Cantón Santa Elena, Provincia de Santa Elena.

PETROCOMERCIAL mediante Resolución N.º 2008883 de 24 de octubre del 2008 declaró de utilidad pública 58 has., para la construcción del Terminal de Almacenamiento y Distribución de GLP, de un total de superficie aproximada de 2.557,60 perteneciente a la Comuna Monteverde; sin embargo, no se ha podido registrar la declaratoria de utilidad pública en el Registro de la Propiedad del Cantón Santa Elena, por la negativa del Registrador de la Propiedad. PETROCOMERCIAL no ha podido continuar con el proceso de adquisición de los terrenos por la aparente contradicción que existiría con el artículo 57 de la Constitución.

Por un lado, el Registrador de la Propiedad de Santa Elena manifestó que no podía registrar ninguna transferencia de dominio que implique la división de tierras pertenecientes a comunas, inclusive las que requiere el Estado, basado en lo previsto en el numeral 4 del artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador. Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 313 de la Constitución de la República, se diseñó el Proyecto para la construcción del sistema de almacenamiento de GLP en tierra, en Monteverde.

Las normas cuya interpretación se solicita son:

Artículo 57 (4): *“Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas de pagos de tasas e impuestos.”*

Artículo 313: *“El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficacia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se considerarán 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”.*

Artículo 321: *“El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta y que deberá cumplir su función social y ambiental”.*

Artículo 323: “Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.”

Se indaga si los artículos 313, 321 y 323 de la Constitución de la República se encuentran en contradicción con el artículo 57, numeral 4, a fin de determinar la continuidad del proceso de expropiación de tierras para la construcción del Terminal de Almacenamiento y Distribución de GLP para la Zona Sur del País.

El razonamiento preliminar: el fin justifica los medios, la importancia económica de un proyecto extractivo admite la restricción de derechos de comunidades.-

Al iniciar el análisis del conflicto normativo planteado, la Corte Constitucional da la pauta de la postura que va a adoptar más adelante, cuando en el último párrafo de la parte introductoria de su sentencia afirma que “la declaratoria de expropiación de tierras comunales se está realizando previa justa valoración, indemnización y pago, con total aceptación de los representantes de las comunas involucradas”, olvidando que el justo precio no debería estar dado solamente por la aceptación de una comunidad sino también por las características étnicas y sociales de los expropiados, su estrecha relación con sus tierras y el desequilibrio de poder existente en la relación expropiante-expropiado.

La Corte Constitucional confunde dos componentes de la expropiación: por un lado la facultad expropiatoria legítima de los Estados que puede ser revisada administrativamente y controvertida judicialmente en la vía contencioso administrativa y constitucional y el justo precio como compensación justa cuando ha quedado en firme la declaratoria de utilidad pública y se debe pagar un precio por la privación del uso y goce de un bien. La Corte defiende la función social de las tierras expropiadas y reconoce la facultad del Estado para ejecutar planes de desarrollo social para lograr el bienestar colectivo por sobre el interés particular o de grupo, presueltos que a su entender prevalecen en relación al artículo 57 (4) de la Constitución de la República. Equivocada conclusión si se considera la complejidad que comporta la resolución de un conflicto, que exigiría la valoración preliminar de la declaratoria de utilidad pública y un juicio previo de ponderación, antes de evaluar si el justo precio cabe en la lógica de una comunidad con una cosmovisión distinta a la nuestra.

Lo lamentable es que la Corte Constitucional parece aproximarse a aquello cuando recuerda en su sentencia que “los tratados internacionales de derechos humanos (...) hacen parte del Bloque de Constitucionalidad”, sin embargo hace abstracción de algunas normas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución, 13 de septiembre de 2007.

La Corte busca honrar compromisos internacionales a favor de comunidades y pueblos, asumidos a través de la ratificación de instrumentos internacionales, pero en la práctica desconoce artículos como el 8 (2) b) de la Declaración citada que dice que “los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto

que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos”, el artículo 23 que señala que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo”. Finalmente el artículo 26 (1) dice que “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido” y el artículo 32 (1) “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”.

La argumentación de la Corte Constitucional: la aplicación del método de la ponderación judicial.-

Después de una extensa explicación de lo que debe entenderse como interpretación y luego de explicar los tipos de interpretación, la Corte hace una referencia a la ponderación desde la perspectiva de dos autores: Luis Prieto Sanchís y Carlos Bernal Pulido. Comienza manifestando su acuerdo con el criterio de Bernal Pulido de que la ponderación “se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos humanos”.

Para justificar el empleo de la ponderación la Corte dice que “en razón de que existiría una tensión entre dos normas constitucionales de igual jerarquía, esto es, la norma constitucional prevista en el numeral 4 del artículo 57, respecto de las normas constitucionales determinadas en los artículos 313, 321 y 323, respectivamente. El método a utilizarse en el análisis de la presente causa es el de la “ponderación”.

Posteriormente aplica el criterio de Prieto Sanchís de “encontrar un justo medio entre la búsqueda de la justicia y la aplicación estricta de su texto”¹⁷, utilizando la proporcionalidad primero antes de utilizar la ponderación incurriendo en el error de pretender armonizar métodos totalmente incompatibles con resultados diametralmente opuestos. En la ponderación es inevitable el sacrificio de un derecho para proteger otro, en la proporcionalidad es posible buscar el punto de equilibrio entre dos derechos sin necesidad de sacrificar ninguno de ellos, sin embargo la Corte Constitucional asegura conciliar ambos métodos.

La Corte se alinea con el criterio de Prieto Sanchís que destaca que con la ponderación “se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso. Se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que, inevitablemente, ante cada caso de conflicto, sea preciso reconocer primacía a uno u otro, y agrega que el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación, no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos”¹⁸. Teoría que asegura haber seguido pero es evidente ha sido inaplicada en este caso.

17 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 11.

18 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 14.

¿Cómo resolvió el conflicto la Corte Constitucional?

La Corte Constitucional consideró que *“la tensión existente entre las normas constitucionales arriba analizadas se inclina, de manera preferente, por las disposiciones constitucionales determinadas en los artículos 313, 321 y 323 al caso concreto; sin que esto signifique una declaración de invalidez de la norma constitucional prevista en el numeral 4 del artículo 57, ni la formulación de excepción permanente frente a las otras, y menos todavía, la prevalencia de las unas respecto de la otra”*.

Reconoció que *“el numeral 4 del artículo 57 de la Constitución de la República, respecto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades que tienen sobre sus tierras, determina que éstas son inalienables, inembargables e indivisibles, situación que impediría que el señor Registrador de la Propiedad de Santa Elena registre, como en efecto lo ha hecho, la declaratoria de utilidad pública, precisamente al amparo del referido numeral 4 del artículo 57”*.

El máximo órgano de control y justicia constitucional, en apariencia está consciente del carácter que tienen las tierras para las comunidades y no identifica norma alguna que establezca excepciones y relativice el valor de este reconocimiento y afirmó que el Registrador encontró amparo constitucional para impedir el registro. Sin embargo resulta curioso e incoherente advertir una sólida argumentación guiada por el principio *pro homine* que parecería sustentar una posición a favor de los derechos de las comunidades y ver a línea seguida una conclusión en la que dice que no se puede *“descuidar que el Proyecto para la Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP en tierra, en la Comuna Monteverde, por su trascendencia y magnitud, tiene decidida influencia económica, social, política y ambiental para el Estado y está orientado al pleno desarrollo de los derechos y al interés social y general de la población en los términos del artículo 313 de la norma constitucional; es decir, en efecto, se evidencia una verdadera tensión entre las normas constitucionales”*¹⁹.

Posteriormente en un esfuerzo por justificar mejor la restricción de derechos, la Corte Constitucional se apoyó en el contenido de los artículos 321 y 323 de la Constitución de la República, que reconocen el derecho de propiedad en su forma comunitaria, pero que autoriza al Estado limitarla con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo.

La Corte advirtió la íntegra satisfacción de los requisitos para limitar la propiedad a través de la expropiación previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley, autorización y opinión de los comuneros, estudios de impacto ambiental y plan de manejo ambiental, recordando que *“hay que destacar que en el trámite de expropiación llevado adelante por PETROCOMERCIAL, a través de sus representantes, no ha encontrado oposición de la Comuna Monteverde”*²⁰.

Lo extraño es que la Corte Constitucional se alinea con la visión que tanto criticó

19 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 14.

20 Ibid, pág. 15.

del pasado: la extracción de recursos naturales debe emprenderse y las comunidades del área de incidencia del proyecto no tienen otra opción que allanarse a ella y aprobarla sin tomar en cuenta sus creencias y costumbres sino los beneficios económicos que les oferta nuestra visión de “desarrollo”. La Corte afirmó que *“en una suerte de beneficios, la comunidad en su conjunto con la Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP, se vería beneficiada”*. En el presente caso, la declaratoria de expropiación de tierras comunales, se está realizando previa justa valoración, indemnización y pago, con el visto bueno de los representantes de las comunas involucradas; tomando en cuenta, además, que dichos terrenos van a cumplir con una función social, con la ejecución de planes de desarrollo social, con un manejo sustentable del ambiente, cuyo objetivo es lograr el bienestar colectivo²¹. Bajo esa lógica, la Corte sugiere que las comunidades sacrifiquen su estilo de vida por un interés superior que incluso les reportará beneficios económicos aún a costa del sacrificio de su esencia como comunidad: su estrecha relación con el territorio.

A partir de esta argumentación, no se alcanza a comprender la pertinencia de invocar algunas de las características del Estado como Constitucional de Derechos para reconocer valor prevaleciente a la potestad expropiatoria del Estado y el bien común frente a los derechos de las comunidades. La Corte Constitucional optó por la solución simple y previsible para futuros casos: privilegiar el bien común respecto a derechos de un grupo, olvidando que en el sistema garantista que ofreció a los usuarios de la administración de justicia, no existe jerarquía entre derechos y los límites de los derechos deben constar en el derecho preestablecido y en este caso se limitaron derechos más allá de los límites normativos.

La Corte al aplicar la ponderación en este caso hizo abstracción de una norma constitucional que obliga al Estado a reformular políticas públicas cuando derechos fundamentales sean violados o amenazados a partir de su diseño o implementación. Se trata del artículo 85 (2) de la Constitución de la República, en el cual el asambleísta ha hecho ejercicio de la ponderación legislativa para exigir la reformulación de una política pública cuando los efectos de su ejecución amenace vulnerar derechos fundamentales. Las políticas públicas extrativistas rara vez son revisadas y reformuladas bajo este criterio, no obstante el mandato constitucional. La ponderación que en ellas se hace es totalmente distante a la ponderación que formuló el asambleísta al redactar esta nueva garantía constitucional denominada política pública. En cambio la ponderación judicial aplicada por la Corte Constitucional coincide con la decisión de las autoridades que privilegian el interés general a costa del sacrificio del interés de una comunidad.

Como bien lo señaló Hugo Black, político, jurista y uno de los más influyentes ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia estadounidense, al manifestar su objeción al método de la ponderación: *“el gran peligro que supone es que en tiempos de crisis confiere al Gobierno el poder de hacer lo que estime necesario para protegerse con independencia de los derechos de los individuos. Si la necesidad es grande, siempre podrá decirse que el derecho del Gobierno tiene más valor o importancia que los derechos individuales”*²².

21 *Ibid.*, pág. 15 y 16.

22 Black, Hugo, “The Hill of rights”, *New York University Law Review*, vol. 35, 1960, pp. 878 y 869-870, citado por: Santiago Sánchez González, profesor de Derecho Constitucional en “La imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”.

Y el peligro se encuentra no solo en tiempos de crisis sino cuando en un juicio en el que dos derechos se encuentran en pugna una de las partes que interviene es el Estado. El otro asunto es preguntarnos si el Estado es o no titular de derechos y si lo es ¿respecto a qué derechos puede ser titular? O ¿qué derechos precavetela con su actuación?. Si la tutela judicial efectiva ha sido menoscabada resulta claro que el Estado está legitimado y es titular de ese derecho, pero si como en este caso se encuentran derechos en conflicto dentro de un proceso de expropiación, no existe derecho tutelado a favor del Estado, lo que existe es una acción estatal orientada a la supuesta satisfacción de derechos de la población sacrificando los derechos de otros.

Para la Corte Constitucional el interés público siempre se impondrá. Bajo la línea argumental de la Corte siempre va a prevalecer. Una de las conclusiones de la sentencia interpretativa y la decisión final de la Corte Constitucional lo confirman: *“prioriza el interés general que representa a toda la nación, respecto del interés particular o comunal como en la especie así sucede; tanto es así, que el Eco. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República mediante Decreto N.º 1691, del 29 de abril del 2009, declaró de interés nacional los proyectos hidrocarburíferos específicos de gran magnitud sobre prospección, exploración y explotación de petróleo y de gas natural, que se encuentran ubicados en el Golfo de Guayaquil, Isla Puná y la Península de Santa Elena, así como la construcción del complejo refinador de la Provincia de Manabí y el centro de almacenamiento de gas licuado de petróleo de Monteverde, Provincia de Santa Elena”*.

Bajo ese criterio, la decisión de la Corte Constitucional en la parte declarativa prioriza el interés general respecto al interés comunal en consideración a lo dispuesto en los artículos 313, 321 y 323 de la Constitución de la República del Ecuador y en la parte dispositiva la Corte llamó al Registrador de la Propiedad del Cantón Santa Elena a registrar inmediatamente la declaratoria de utilidad pública de las tierras pertenecientes a la Comuna Monteverde, para destinarlas a la construcción del Terminal de Almacenamiento y Distribución de GLP para la Zona Sur del país²³.

El reconocimiento de derechos que realiza la Corte Constitucional en este caso a favor de las comunidades no tiene ningún sentido práctico frente al valor prevaleciente que otorgó al interés general. En adelante, las sentencias de la Corte tendrán un alto grado de previsibilidad en casos en los que el Estado pretenda hacer valer su facultad expropiatoria para emprender proyectos extractivos de recursos naturales.

El desarrollo humano que tanto privilegia el Plan Nacional de Desarrollo ha sido desplazado por una agenda política en el que el crecimiento económico sigue teniendo valor prevaleciente frente a derechos de una comunidad. El Estado limita derechos de un grupo para proteger los de la mayoría pero solo de manera aparente, pues la justa redistribución de la riqueza generada gracias a estos proyectos no es precisamente la regla en el país.

23 Corte Constitucional, Sentencia interpretativa No. 0002-09-SIC-CC dentro del caso 0003-09-IC, de 14 de mayo de 2009, pág. 16.

Es clara la importancia que se continúa asignando a las actividades extractivas de recursos naturales, anulando el valor de los derechos de las comunidades cuya relación con sus tierras responde a una visión distinta a la nuestra.

Sin entrar a hacer valoraciones de fondo en torno al caso en análisis, llama la atención el garantismo retórico imperante en el “neoconstitucionalismo” en el que los derechos se reconocen de la manera más progresista en la Constitución pero se restringen en la ley y la jurisprudencia.

Si el Juez Constitucional ya no es “*boca muda de la ley*” y ahora bajo estos conceptos plasmados en la sentencia interpretativa analizada es “*cerebro de la ley*”, me declaro antineoconstitucionalista y partidario de “mínimos” normativos coherentes, realizables y sensatos, antes que sumarme a una corriente de soportes doctrinarios llenos de utopías y “máximos” de papel.

