

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede – Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

“Control Constitucional y políticas públicas.

El rol de las y los jueces constitucionales

frente a los derechos del Buen Vivir”

María Paz Avila Ordóñez

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, Autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

María Paz Avila Ordóñez

Quito, septiembre de 2010

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede – Ecuador

Programa de Maestría Internacional de Derecho

Mención Derecho Constitucional

“Control Constitucional y políticas públicas.

El rol de las y los jueces constitucionales
frente a los derechos del Buen Vivir”

María Paz Avila Ordóñez

Tutor: Agustín Grijalva

Tesis realizada en Quito

2010

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito determinar el rol del juez en el control constitucional de las políticas públicas referentes a derechos del buen vivir o derechos económicos, sociales y culturales.

Para ello se ha enmarcado la primera fase de este trabajo en el análisis del Estado de Derecho y su evolución al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales, el derecho a la igualdad y no discriminación y el principio de no regresividad.

En la segunda parte se desarrolla el contenido del buen vivir o *sumak kawsay*, la comparación entre los derechos económicos sociales y culturales reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los derechos del buen vivir de la Constitución ecuatoriana. Adicionalmente se analizan los mecanismos de planificación previstos en la Constitución para la consecución del Buen vivir y las garantías constitucionales útiles para la exigibilidad de dichos derechos.

Finalmente se analiza, desde varias perspectivas, el rol del juez o jueza frente a políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC que vulneren lo establecido en la Constitución. En este punto se examinan distintitas visiones: la visión tradicional, la visión activista y la visión intermedia que combina varios postulados de las dos anteriores.

AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia del profundo agradecimiento que guardo hacia la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede-Ecuador, a todos los profesores que me brindaron solidariamente sus conocimientos y experiencias, en especial al Dr. Agustín Grijalva quien ha contribuido en gran medida a la culminación de este trabajo de investigación.

A mis compañeros de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y a Ramiro Avila quienes me enseñaron lo que es un verdadero trabajo en equipo.

DEDICATORIA

A mis padres:

Por ser el apoyo y la base fundamental para luchar en la vida.

A mis hermanos Diva, Cristina, Juan José y Sebastián

A Daniel Merchán, mi apoyo incondicional.

INDICE

RESUMEN	4
AGRADECIMIENTO	5
DEDICATORIA.....	6
INDICE	7
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I.....	13
LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.....	13
1.1 BREVE RESEÑA DEL ESTADO DE DERECHO.....	13
1.1.1 <i>Desarrollo constitucional de los derechos sociales en el Estado Liberal y Estado Social de Derecho.</i>	14
1.1.2 Desarrollo Constitucional de los DESC en el Estado Social de Derecho ecuatoriano.	16
1.1.3 Estado Constitucional de Derechos y Justicia.	18
1.2 EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.	20
1.3 LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.	21
1.3.1 Dificultades a la justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.	25
1.3.1.1 La ambigüedad de los textos constitucionales:	25
1.4 EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LOS DESC.	27
1.4.1 Referentes de Comparación.	28
1.4.2 Criterios de Razonabilidad.	30
1.5 PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD EN MATERIA DE DESC.	31
1.5.1 <i>Referentes de comparación de Regresividad</i>	33
1.5.1.1 Indicadores o Referentes Empíricos.	33
1.5.1.2 La política pública anterior	34
CAPÍTULO II	37

BUEN VIVIR Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.....	37
2.1 EL BUEN VIVIR O SUMAK KAWSAY.....	38
2.2. LOS DESC Y LOS DERECHOS DEL BUEN VIVIR EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR.....	45
2.3 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y BUEN VIVIR.....	46
2.3.1 GARANTÍAS POLÍTICAS.....	51
2.4 FASES DE DISEÑO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	53
2.5 POLÍTICAS PÚBLICAS Y ACTOS NORMATIVOS.....	55
2.6 RÉGIMEN DE DESARROLLO Y RÉGIMEN DEL BUEN VIVIR COMO INSTRUMENTOS PARA LA PLANIFICACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	55
2.6.1 El Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Nacional del Buen Vivir.....	57
2.7 Las Garantías Jurisdiccionales y los derechos del Buen Vivir.....	59
CAPÍTULO III.....	62
EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL.....	62
3.1 VISIÓN TRADICIONAL: EL JUEZ CONSTITUCIONAL NO DEBE SOMETER A CONTROL CONSTITUCIONAL LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESC.....	63
3.2 VISIÓN ACTIVISTA: EL JUEZ O JUEZA CONSTITUCIONAL DEBE EJERCER CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	64
3.2.1 Separación de Poderes.....	66
3.2.2 Presupuesto del Estado.....	68
3.2.3 ¿La Corte Constitucional y los jueces o juezas constitucionales tienen capacidad técnica?.....	70
3.2.5 ¿En busca de aceptación social?.....	74
3.3 VISIÓN INTERMEDIA. LA CORTE PUEDE EXHORTAR, SUGERIR O ESTABLECER LINEAMIENTOS A LOS DEMÁS PODERES DEL ESTADO EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS DESC.....	74
3.3.1 Jueces, juezas y Legislativo: ¿Contrarios o Complementarios?.....	76
3.3.2 Ventajas y Desventajas.....	77
3.4 EL ROL DEL JUEZ O JUEZA CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	78
3.4.1 Políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC, dentro de la visión	

<i>intermedia:</i>	79
3.4.2 Políticas públicas dentro de la visión tradicional y la visión activista:	83
3.5 REPARACIÓN INTEGRAL	86
3.5.1 Reparación Material e Inmaterial	87
CONCLUSIÓN	91
BIBLIOGRAFÍA	95

INTRODUCCIÓN

El “*Control Constitucional y las políticas públicas. El rol de las y los jueces constitucionales frente a los derechos del buen vivir*” plantea una pregunta central: ¿Cuál es el rol del juez o jueza constitucional frente a políticas públicas que vulneran derechos del buen vivir? Para responder esta pregunta se han desarrollado tres capítulos en este trabajo de investigación.

El primer capítulo “*Los Derechos Económicos Sociales y Culturales*” hace una breve referencia del Estado de Derecho para contextualizar el análisis del control constitucional de las políticas públicas al referirse específicamente al desarrollo constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales en el Estado Liberal y en el Estado Social de Derecho; para luego enfocarse específicamente en el modelo de Estado ecuatoriano. A su vez se contextualiza el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales (DESC) y se aborda la discusión sobre su exigibilidad así como los obstáculos prácticos frente a los órganos jurisdiccionales.

Se realiza una análisis acerca del principio de no regresividad y la obligación de progresividad, así como los estándares internacionales que guían la exigibilidad de éstos derechos.

El capítulo segundo “*Buen Vivir y Garantías Constitucionales*” plantea algunas reflexiones sobre el buen vivir o *sumak kawsay* y su relación con los DESC o los derechos del buen vivir a los cuales se hará referencia indistintamente a lo largo de este trabajo de investigación. Así mismo se desentrañan las definiciones de políticas públicas y se esbozan ciertas

diferencias frente a los actos normativos mediante el estudio de sus fases de elaboración y la sujeción al Régimen de Desarrollo, Régimen del Buen Vivir y el Plan Nacional del Buen Vivir como mecanismos que buscan garantizar el *sumak kawsay* o buen vivir.

Finalmente se cierra el capítulo dos haciendo mención a las garantías constitucionales y sus distintas clasificaciones para hacer un acercamiento al rol de la o el juez constitucional, entendiéndose como tal a cualquier juez o jueza de primera instancia que conozca de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución.

El capítulo III “*El rol del juez constitucional*” incluye una introducción a las diferentes visiones de actuación de la o el juez frente a políticas públicas que vulneren derechos del buen vivir: la visión tradicional, intermedia y activista, y posteriormente se incorporan críticas a favor y en contra de una u otra visión como por ejemplo la separación de poderes, la modificación en la planificación del presupuesto del Estado, la capacidad técnica de los y las jueces, la legitimación democrática, entre otros. Posteriormente se analiza el rol del juez o jueza frente a diversos tipos de políticas públicas que vulneren derechos del buen vivir desarrollando varios supuestos dependiendo, lógicamente, de la visión que se adopte, las circunstancias del caso y el tipo de política pública que se trate.

Así se han dividido las visiones de actuación de los jueces en virtud de los tipos de políticas públicas, a saber: dentro del primer grupo, (visión intermedia) se han incluido las demandas de políticas públicas regresivas, o aquellas cuyo procedimiento de aprobación o implementación se reclama, o cuando una política ha sido formulada pero no ejecutada por los órganos correspondientes.

En el segundo grupo se han incluido las políticas públicas dentro de la visión tradicional y la visión activista, pues se trata de casos en los que se reclama la ampliación de dichas políticas por afectación al derecho a la igualdad y no discriminación, o bien la formulación de políticas públicas concretas. En estos casos la actuación del o la jueza puede variar dependiendo de la visión que se incorpore en la resolución del caso y lógicamente de las circunstancias que le rodean.

“Control Constitucional y Políticas Públicas

“El Rol de las y los Jueces Constitucionales
frente a los Derechos del Buen Vivir”

María Paz Avila Ordóñez

Capítulo I

Los Derechos Económicos Sociales y Culturales

*“No tendremos desarrollo sin seguridad,
no tendremos seguridad sin desarrollo y
no tendremos ni seguridad ni desarrollo
si no se respetan los derechos humanos.”*

Kofi Annan¹

1.1 Breve reseña del Estado de Derecho

En cuanto al Estado de Derecho, Luigi Ferrajoli establece dos conceptos, uno en sentido formal y otro sustancial. En cuanto al concepto formal Ferrajoli

¹ Kofi Annan. (1938) Político ghanés, en 1996 fue elegido secretario general de la ONU para el período 1997-2001, y fue reelegido para un nuevo mandato. En octubre de ese mismo año, su labor al frente de Naciones Unidas fue reconocida con la concesión del Premio Nóbel de la Paz.

señala que el Estado de Derecho “designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.”² En cuanto a la definición sustancial Ferrajoli señala que el Estado de Derecho “designa solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además sujetos a la ley y, (por tanto limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, si no también a los contenidos.”³ En base a estos dos conceptos de Estado de Derecho se distingue entre el Estado Legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho.

Siendo muchos los elementos que se toman en cuenta para distinguir las formas o modalidades de Estado, y “tomando como referencia las relaciones entre la organización política y la sociedad, o bien las diversas finalidades que persigue el poder político en diferentes épocas históricas, las formas o modalidades de Estado son tan variables y cambiantes que hacen difícil, y quizá inútil, su exposición completa⁴. Por esta razón y teniendo como objeto de análisis el desarrollo constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales y el papel de los jueces en la administración de justicia en torno a estos derechos, enmarcaremos dentro del Estado de Derecho Legislativo al Estado Liberal de Derecho y al Estado Social de Derecho para luego dar paso al Estado Constitucional de Derecho dentro del cual analizaremos el Estado ecuatoriano.

1.1.1 Desarrollo constitucional de los derechos sociales en el Estado Liberal y Estado Social de Derecho.

El Estado de Derecho Legislativo centraba su poder en la ley y la Constitución

² Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del estado de derecho*, publicado en <http://e-espacio.uned.es>, marzo 2010 pag 1.

³ (L. Ferrajoli, *Pasado y futuro del estado de derecho*, pag 1.)

⁴ Véase Norberto Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pag. 158.

adquiriría únicamente un carácter político y programático. Siguiendo este esquema de análisis, el Estado Liberal de Derecho fue la primera modalidad dentro del Estado de Derecho legislativo, el cual nace con la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, “trasladando así el poder de la nobleza y alto clero a la burguesía, y en el caso de Ecuador, de los españoles a los criollos y mestizos”.⁵ Este modelo de Estado se basa principalmente en el liberalismo económico, es decir en la “abstención del Estado especialmente en materia económica y en todo aquello que no sea expedición de una ley o la administración de justicia, siempre que haya discusión acerca de la aplicación de la ley, mantenimiento del orden interno y de la seguridad interior.”⁶ En este sentido, la función primordial del Estado Liberal es la protección de los derechos civiles y políticos básicamente la libertad y la propiedad, pues estos derechos “para la filosofía política liberal son anteriores a cualquier manifestación institucional y precisamente si el Estado existe es para protegerlos”⁷.

Posteriormente, cuando el pueblo carecía de las condiciones necesarias para vivir adecuadamente se pensó en una estructura de Estado mucho más compleja que dejará atrás el modelo del Estado Liberal de Derecho para pasar al Estado Social de Derecho. Consecuentemente se incorpora la noción de Estado Social de Derecho, inicialmente en la Constitución Mexicana en 1917 y en la de Weimar de 1919⁸.

Este modelo de Estado Social de Derecho supone un ente organizador

⁵ Julio C. Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994 pag. 55.

⁶ (Véase J. Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, pag. 55.)

⁷ Véase Luis Prieto Sanchis, *Los Derechos Sociales y el principio de igualdad sustancial*, Editorial Porrúa, México 2001 pag 17 y ss.

⁸ Véase Ángel Garrorena, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991 pag. 46.

encargado de cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos que implican los derechos como salud, agua, educación, vivienda, trabajo, seguridad social, etc. mediante la institucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales, a los que en adelante se denominará DESC. En efecto, “los logros y avances más evidentes del Estado Social de Derecho han consistido en la implantación de un sistema universal de seguridad, protección social y la obtención de unos niveles educativos mínimos.”⁹

1.1.2 Desarrollo Constitucional de los DESC en el Estado Social de Derecho ecuatoriano.

En la historia constitucional ecuatoriana la Constitución Política de 1929 ya empezó a introducir elementos del Estado Social de Derecho, pero no se menciona literalmente el modelo de Estado Social de Derecho sino hasta la Constitución de 1979.

Pero veamos brevemente cómo se desarrollan los DESC en la historia constitucional ecuatoriana. Primero, y como ya señalamos anteriormente, la Constitución de 1929 establece nuevos derechos a los que posteriormente se los denominarán derechos sociales tales como la protección al trabajador. Adicionalmente y por primera vez en la historia constitucional se establece una regulación para restringir el derecho a la propiedad mediante la expropiación con la justificación de la utilidad pública. El Estado inicia su intervención en la economía mediante política tributaria y la creación de las superintendencias de bancos y compañías. Pero la Constitución que propiamente tiene un carácter social es la de 1945, la cual consagra la planificación estatal, seguridad social, y

⁹ Véase Ramón Casilda, *El Estado de Bienestar a Discusión*, en Reinoso y Reino Victoriano, *Pros y Contras del Estado de Bienestar*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996 pag. 18.

sobre todo la estatización de los servicios públicos. Con las Constituciones de 1967 y 1978 se consagran más específicamente a los derechos económicos sociales y culturales. En la Constitución de 1998 se concede al presidente iniciativa legal en materia económica, lo que genera la intervención directa del Estado en una materia que para el Estado Liberal estaba fuera de regulación.

Además de los derechos económicos, sociales y culturales la Constitución de 1998 reconoció los derechos colectivos de los pueblos indígenas, de los consumidores y del medio ambiente sano, así como los derechos de los grupos vulnerables.

Sin embargo y a pesar de los avances de la Constitución ecuatoriana de 1998, muchos cuestionaron el hecho de que se permitió una mayor participación del sector privado en la vida económica ecuatoriana.¹⁰

En referencia al papel de las y los jueces constitucionales para el desarrollo de los DESC, dentro del esquema del Estado Legislativo, hay que recalcar que su actitud estuvo condicionada a los “los límites del Estado impuestos por el poder legislativo: es decir el ejecutivo solo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es boca de la ley”¹¹. En base a ello y por la primacía del principio de legalidad los jueces como administradores de justicia no se cuestionaban si la ley era justa o no, lo importante era su aplicación y su carencia de subjetividad. Se creó así un sistema de previsión de conductas, sanciones y posibilidades que enmarcaban la vida humana dentro de los cuerpos legales, lo que en algunos casos conllevó la aplicación de leyes injustas para casos no necesariamente previstos. Si bien este modelo de Estado frenó la tiranía y arbitrariedad de los gobernantes, también resultó muchas veces injusto

¹⁰ Véase Juan Larrea Holguín, *Derechos y Constitución*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.

¹¹ Ramiro Avila, edit. *Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, en *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008 pag. 21.

e inoperante, pues no generó ningún desarrollo de políticas o medidas por el incumplimiento de los DESC, básicamente por que la ley no lo preveía. Así los jueces, dentro del Estado Legislativo de Derecho asumieron una actitud pasiva de mera aplicación de las disposiciones legales sin un desarrollo jurisprudencial.

Específicamente, en el Estado Liberal de Derecho, y por la abstención del Estado en materia económica (a excepción de los contratos y negocios privados) la función de los jueces radicó únicamente en la protección de los derechos civiles y políticos. En el estado Social de Derecho en cambio, si bien se busca el cumplimiento DESC, en muchos casos no se lo logra, pues los jueces al ser boca de la ley, no tienen facultades de control constitucional para el verdadero cumplimiento de estos derechos.

Posteriormente, en el año 2008, la Constitución ecuatoriana, aprobada mediante referéndum, introduce el modelo del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el cual analizaremos brevemente a continuación.

1.1.3 Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Para iniciar el análisis del caso ecuatoriano cabe recalcar algunas de las características fundamentales del Estado Constitucional de Derecho. En primer lugar, y dentro de esta forma de Estado, la Constitución adquiere un papel relevante y vinculante para las autoridades que ejercen el poder “alterando así el rol de la jurisdicción, que es aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida.”¹² Según lo señala Ferrajoli, la Constitución impone obligaciones de contenido y no meramente formales en referencia tanto a los derechos de libertad como a los DESC, de manera que los jueces y autoridades ya no se

¹² (L. Ferrajoli, *Pasado y futuro del estado de derecho*, pag 3.)

encuentran subordinados únicamente a la ley o al principio de legalidad sino a la Constitución.

La Constitución del 2008 en el art. 1 establece un nuevo modelo de Estado que se enmarca dentro del Estado Constitucional señalando que:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia...

En primer lugar, Ecuador es un Estado Constitucional porque la Constitución es la ley suprema del Estado en la que se consagran los derechos fundamentales y principios básicos mediante los cuales se organiza el poder y las instituciones públicas del Estado, sus competencias y atribuciones, siendo el “fundamento sobre el cual se levanta la totalidad del orden jurídico que determina las condiciones de validez de todas las demás normas.”¹³ Así “la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder”¹⁴. A diferencia del Estado de Derecho Legislativo en el que la ley es la que determina la actividad y la estructura del poder, dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia la Constitución es un cuerpo normativo vinculante y lo fundamental es el respeto a los principios constitucionales y los derechos humanos.

De esta manera, en el Estado Constitucional de Derechos la Carta Fundamental deja de ser una mera declaración de derechos, y pasa a ser una norma vinculante para autoridades y funcionarios o funcionarias judiciales, quienes tienen la obligación de aplicar directamente los derechos consagrados en ella, sin alegar falta de ley.

¹³ Hernán Salgado Pesantez, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, AED, 1996 Pág. 30.

¹⁴ (R. Avila, edit. *Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, en *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, pag. 22.)

Finalmente es un Estado de Justicia pues la Constitución es una norma vinculante que tiene aplicación directa, de tal manera que los jueces no pueden aplicar la ley independientemente de si es justa como sucedía en el Estado Legislativo de Derecho es decir “así el juez no puede ser solamente boca de la ley, si no que tiene la obligación de aplicar principios que constan en la Constitución convirtiéndose en cerebro y boca de la Constitución”.¹⁵

Adicionalmente se crea una Corte Constitucional como ente controlador del cumplimiento de la Carta Magna. Consecuentemente y con esta nueva estructura de administración de justicia no se busca únicamente la aplicación de la ley al caso -como tradicionalmente se lo hacía en el Estado Legislativo de Derecho- en el que justicia era sinónimo de aplicación de la ley, lo que se busca es la realización de la justicia mediante la aplicación directa de los derechos establecidos en la Constitución, así como la creación de mecanismos para su exigibilidad.

1.2 El Reconocimiento Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Los derechos económicos sociales y culturales son aquellos derechos que buscan garantizar un nivel de vida adecuado para todas las personas. Tradicionalmente los Estados y las organizaciones de derechos humanos se preocuparon únicamente de los derechos civiles y políticos, a pesar de que en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 ya se consagraba el principio de indivisibilidad de los derechos.

En 1966 se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

¹⁵ (R. Avila, edit. *Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y justicia, en Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, pag 30.)

Sociales y Culturales (PIDESC), y se creó el Comité de DESC como órgano encargado de impulsar el cumplimiento de dichos derechos por parte de los estados. Pero es en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, cuando se declaró la indivisibilidad interconexión e interdependencia de todos los derechos humanos para eliminar las jerarquizaciones de derechos en generaciones que descomponían su caracterización propia de derechos y generaban el cumplimiento y exigibilidad únicamente de los derechos civiles y políticos. En el año 2008 la Asamblea General de la ONU adoptó el Protocolo Facultativo al PIDESC para facilitar los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC permitiendo que las personas puedan presentar denuncias individuales o colectivas ante la comunidad internacional cuando sus derechos económicos sociales o culturales sean vulnerados. En el sistema Interamericano se cuenta adicionalmente con Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órganos a los cuales se puede acudir para reclamar o exigir el cumplimiento de derechos y su respectiva reparación en caso de incumplimiento por parte de un Estado.

En mayo de 2010 se reúne un grupo de trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Grupo DESC CIDH) para definir mecanismos de seguimiento del Protocolo de San Salvador.

1.3 La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

A pesar del reconocimiento de los DESC algunos operadores judiciales, o

más bien dicho, los operadores judiciales tradicionales, continúan fragmentando los derechos en generaciones y cuestionan la exigibilidad de estos derechos o los condicionan a la producción o disposición de recursos económicos para su efectiva satisfacción y ejercicio. Por el contrario quienes están a favor de la exigibilidad de los DESC sostienen que “lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, si no la existencia de algún poder jurídico para que el titular del derecho pueda actuar en caso de incumplimiento de la obligación debida.”¹⁶

Partiendo de esta afirmación ¿es posible demandar ante los y las juezas aquellas políticas públicas que vulneren los DESC garantizados en la Constitución? Pues bien en primer lugar cabe recalcar que la exigibilidad consiste en la facultad de demandar ante los órganos jurisdiccionales o internacionales el cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución. Sin embargo en el caso de los DESC se ha cuestionado mucho su exigibilidad al desnaturalizarlos precisamente como derechos o bien clasificándolos en categorías inferiores de derechos para cuestionar su justiciabilidad esbozando los siguientes argumentos:

Una de las razones para esta clasificación de los derechos se basa en la actuación del Estado frente a los derechos. En el caso de los derechos civiles y políticos se consideran plenamente exigibles ante los órganos jurisdiccionales pues para su cumplimiento supuestamente solo hace falta una actitud abstencionista, negativa o de respeto por parte del Estado, por ejemplo el derecho a la libertad de expresión requiere únicamente el respeto del Estado para su efectivo cumplimiento. En cambio en el caso de los DESC se requiere

¹⁶ Victor Abramovich y Cristian Courtis, *Los derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, Pag. 45.

supuestamente prestaciones o actitudes positivas por parte del Estado, lo que implica la necesidad de recursos suficientes para cubrir todas las necesidades básicas, por ejemplo el derecho a la salud requiere de implementación de políticas públicas para una mejor atención en hospitales y centros de salud públicos, lo que incluye recursos, planificación, personal, etc.

En resumen, esta clasificación de los derechos en categorías se establece en función de las actuaciones del Estado frente a éstos. En el caso de los derechos civiles y políticos el Estado sólo tiene obligaciones negativas y en el caso de los derechos económicos sociales y culturales el Estado tiene aparentemente obligaciones positivas.

Por el contrario, y aunque para el cumplimiento de los DESC el Estado está en la obligación de adoptar medidas para la plena efectividad de los derechos reconocidos, según lo señala el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como la provisión y planificación de los recursos estatales y la elaboración de políticas públicas para garantizar niveles esenciales de los derechos, también es cierto que para los derechos civiles y políticos se requiere de obligaciones positivas, pues por ejemplo en el caso del derecho a la libertad de expresión no solo se requiere el respeto y la actitud abstencionista del Estado, sino también el dotar de condiciones óptimas para que esto se dé mediante la reglamentación para la concesión de frecuencias de radio y televisión por ejemplo.

Otro ejemplo que desvirtúa el argumento de la categorización de los derechos en virtud de la actuación del Estado se vislumbra frente al derecho a la propiedad al que se destinan gran cantidad de recursos, no sólo frente a los órganos jurisdiccionales cuya misión fundamental es protegerla, sino también

los registros de la propiedad los catastros municipales, los planes para uso y control del suelo y una serie de entidades creadas para regularla.¹⁷

Ahora bien, no existen simplemente violaciones de los DESC por incumplimiento de obligaciones positivas si no también por incumplimiento de obligaciones negativas como por ejemplo la obligación de no discriminar.

Para el cumplimiento de los DESC el Estado también tiene obligaciones positivas pero también negativas. Por ejemplo respecto al derecho a un medio ambiente sano se requiere tanto del respeto del Estado como de la planificación de políticas, proyectos y recursos para ello. De lo dicho, no se puede desnaturalizar la exigibilidad de los DESC argumentando las distintas obligaciones -positivas y negativas- del Estado.

Prieto Sanchís señala que “si la Constitución es un acuerdo integrador entre las dos filosofías que atraviesan el mundo contemporáneo (concepciones liberal y socialista de la sociedad política), entonces ningún contenido constitucional puede quedar hasta tal punto devaluado que sea excluido de la protección de la justicia”.¹⁸

Además “la dignidad humana es unitaria, razón por la cual la bifurcación de los derechos humanos en categorías... derechos civiles y políticos, por una parte, y DESC, por otra, solo conduce a la creación de falsas dicotomías”¹⁹ que al parecer, y a decir de muchos, han sido superadas. Sin embargo, en la práctica de la administración de justicia tradicional existen ciertas dificultades u obstáculos para la verdadera exigibilidad de estos derechos.

¹⁷ (Véase V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos Sociales como derechos exigibles*, Pag. 45.)

¹⁸ Prieto Sanchís citado por Víctor Bazán, *Los Derechos Económicos, Sociales y culturales en acción*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Montevideo, Konrad, 2005 pag. 549.

¹⁹ (V. Bazán, *Los Derechos Económicos, Sociales y culturales en acción*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, pag. 548.)

1.3.1 Dificultades a la justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

1.3.1.1 La ambigüedad de los textos constitucionales:

Abramovich y Curtis mencionan ciertos límites a la justiciabilidad de los DESC, aunque personalmente preferiría denominarlos como dificultades pues el tema de su exigibilidad ha quedado superado al considerarlos como derechos propiamente. Sin embargo, no se puede ocultar que en la práctica existen ciertos obstáculos que impiden su exigibilidad como cualquier otro derecho. En primer lugar una dificultad para la justiciabilidad de los DESC representa la ambigüedad de los textos constitucionales, que en materia de DESC no señala hasta que medida se protegerán los derechos. “Cuando una Constitución o un tratado internacional de derecho humanos habla de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cual es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas”²⁰. Sin embargo respecto a este tema existen principios que podrían guiar el avance en cuanto al cumplimiento y protección de los DESC como son el principio de no regresividad y progresividad, tema que trataremos más adelante. Incluso en cuanto a la educación la constitución ecuatoriana²¹ presenta un gran avance pues dispone que la educación pública sea gratuita hasta el tercer nivel. Adicionalmente se han elaborado estándares internacionales mínimos de protección de los derechos, en virtud de los cuales se puede guiar la actuación de los Estados frente al cumplimiento de los DESC.

²⁰ (V. Abramovich, *Los derechos Sociales como derechos exigibles*, pag. 49.)

²¹ Véase art. 356 de la Constitución de la República del Ecuador.

1.3.1.2 Inadecuación técnica de los jueces y juezas constitucionales.

Otra de las limitaciones frente a la exigibilidad de los DESC resulta ser la inadecuación técnica de los y las jueces para resolver asuntos que versen sobre la disposición de recursos o fondos de los poderes políticos, más aún cuando estos se encuentran dentro de una planificación estructurada.

En el caso ecuatoriano cuando un juez o jueza resuelva una demanda por la vulneración de un derecho social económico o cultural a través de una política pública que requiera para su cumplimiento la disposición de fondos públicos por parte del Ejecutivo o la creación de políticas públicas para su reparación nos plantea la siguiente interrogante ¿hasta dónde puede ir el rol del o la jueza para garantizar los derechos establecidos en la Constitución?

Personalmente considero que la capacidad técnica de los y las jueces puede ser evidentemente un obstáculo para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, principalmente por la renuencia y el temor a resolver casos que no se enmarcan en supuestos establecidos legalmente y que no tienen una tasación respecto a una prestación debida, sin embargo existe la posibilidad de asistencia de peritos técnicos sobre materias específicas que requieran de un especialista.

1.3.1.3 Escasa tradición constitucional

Es también necesario mencionar, como último punto, que ha habido una escasa tradición de control constitucional en materia de DESC. En el caso ecuatoriano, en la mayoría de demandas el antiguo Tribunal Constitucional simplemente se abstenía de resolver estas cuestiones por considerar que eran

competencia de otras funciones del Estado. En otros países como Colombia o Argentina ha habido mayor apertura en este sentido, sin embargo queda un largo camino de desarrollo de la jurisprudencia para la verdadera tutela de los DESC.

Pues bien analizados algunas de las dificultades prácticas de la justiciabilidad de los DESC, se espera que con la creación de la Corte Constitucional avance la cultura constitucional, y sobre todo que los operadores de justicia se conviertan en sujetos creativos e innovadores que busquen el real cumplimiento de los DESC.

1.4 El derecho a la igualdad y los DESC.

Prieto Sanchís señala que “los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad que pueden ser reclamados ante los órganos jurisdiccionales no ante cualquier discriminación legal o normativa, si no más bien ante la posibilidad de gozar de un régimen diferenciado en atención a la desigualdad de hecho que trata de ser superada”.²²

Aquí es necesario hacer una diferenciación entre la igualdad formal y sustancial. La igualdad formal establece que todos somos iguales ante la ley. Este precepto se encuentra establecido en el art. 11 de la Constitución ecuatoriana, y adicional a ello se establecen ciertas categorías o criterios en base a los cuales no se puede establecer ningún tipo de discriminación como son la raza, sexo, preferencia sexual, condición económica, entre otras. En este sentido, se establece una obligación negativa o abstencionista del Estado, es decir la obligación de no discriminar.

“La igual sustancial va más allá de este presupuesto y se establece en

²² (Véase L. Prieto Sanchís, *Los Derechos Sociales y el principio de igualdad sustancial*, pag 17 y ss.)

virtud del tratamiento igualitario para los iguales y desigual para los desiguales”²³ que conlleva a establecer una discriminación positiva o desigualdad normativa en base a ciertos criterios que son los que fundamentan el Estado Social de Derechos y Justicia.

En la reclamación del derecho a la igualdad y no discriminación frente a una política pública de derechos económicos, sociales o culturales lo que se podría demandar es una diferenciación injustificada establecida mediante dicha política por ejemplo de programas de vivienda, que sin embargo no se aplica sino para un determinado grupo de personas, sin que se justifiquen los criterios diferenciadores para la aplicación de esa política. Pero ¿cuándo una política pública resulta discriminatoria? Para responder a esta pregunta es necesario tener en cuenta dos puntos: el primero los referentes de comparación para establecer una situación de igualdad o desigualdad y el segundo los criterios de razonabilidad para establecer dicha discriminación. Analicemos a continuación cada uno de ellos.

1.4.1 Referentes de Comparación.

En un juicio de exigibilidad de una situación igualitaria de una política pública de DESC es necesario tener en cuenta que debe existir una relación comparativa que refleje esa desigualdad de facto. Por ejemplo, y para el caso que nos atañe, una política pública que establezca una diferenciación en cuanto a la prestación del servicio de salud para determinados ciudadanos. La relación comparativa de esta política pública se establecería entre los individuos sobre los cuales recae dicha prestación y sobre aquellos que no son beneficiarios. En esta

²³ Aristóteles, citado por Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, México Editorial Porrúa, 2001 pag 31.

relación comparativa no se toman en cuenta las meras semejanzas que puedan existir entre estos dos sujetos, pues los juicios de igualdad son siempre juicios sobre una igualdad fáctica parcial de los sujetos sometidos a esta relación comparativa, es decir una situación de hecho que ha generado dicha desigualdad y sobre la cual se deben basar los parámetros de comparación.

“Cuales sean los rasgos de los términos de la comparación que se tomaran en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan (...) toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada y la fijación de ese *tertium* es una decisión libre, aunque no arbitraria de quien juzga”²⁴

Concluyendo sobre este punto, para la determinación de una desigualdad de facto se debe tomar como referentes comparativos las situaciones de los distintos individuos beneficiarios y no beneficiarios de una política pública. Por ejemplo una situación fáctica que podría determinar una desigualdad entre los sujetos beneficiarios de una política sería su edad, o estado de salud en el caso de que se establezcan políticas públicas de atención de salud para beneficiar únicamente a personas adultas mayores o aquellas personas que han sido atacados por una epidemia y que merece especial atención, frente a otros ciudadanos que no la padecen.

²⁴ F. Rubi, citado por Luis Prieto Sanchís, *Los Derechos Sociales y el principio de igualdad sustancial*, México, Editorial Porrúa, 2001 pag 17 y ss.

1.4.2 Criterios de Razonabilidad.

Ahora bien las razones o justificaciones para establecer una política pública o una normativa diferenciadora se fundamentan en criterios de razonabilidad que deben ser examinados estrictamente. En estos casos existe discriminación cuando la desigualdad de tratamiento o de una norma no se justifique o no sea razonable. Según Robert Alexy si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces esta ordenado un tratamiento igual (...) si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces esta ordenado un tratamiento desigual²⁵ sin embargo el tratamiento discriminatorio o diferenciador debe ser motivado para establecer los criterios de su razonabilidad.

Para Prieto Sanchís el control constitucional o la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales cabe en primer lugar cuando ha habido una normativa o política pública que ha vulnerado el principio de igualdad cuando: a) cuando se imponga un tratamiento desigual sin una justificación razonable y b) cuando se impone un tratamiento igual cuando se debería diferenciar o tratar desigual.

En estos dos casos es necesaria una justificación o argumentación que razone el establecimiento de una diferenciación, más aún cuando dichas diferencias se establecen en base a lo que Roberto Saba ha denominado *categorías sospechosas*. Estas categorías sospechosas son aquellas circunstancias que el art. 11 de la Constitución del Ecuador establece como criterios sobre los cuales no se puede discriminar a una persona como son la

²⁵ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 pag 395 y ss.

raza, orientación sexual, condición económica etc. Sin embargo, en el evento de que se elaborare una política pública que beneficie a un grupo de personas en base a una *categoría sospechosa* como por ejemplo su situación económica, dicha política merece una carga argumentativa mayor que justifique la razonabilidad de la medida empleada.

De esta manera el test de razonabilidad se traducen en lo que Prieto Sanchis denomina como un problema doble: “de un lado determinar que tipo de desigualdades de hecho cabe alegar como fundamento de una desigualdad jurídica; y segundo, si en algún caso aquellas desigualdades son capaces de representar una razón suficiente que imponga el trato desigual”.²⁶

1.5 Principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de DESC.

La progresividad es un principio básico en materia de DESC. Según lo señala el art. 5.1 del Protocolo de San Salvador, la progresividad es el avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico social o cultural.

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios según el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: “por un lado el reconocimiento de que la satisfacción de los derechos establecidos en el Pacto supone cierta gradualidad (...) y por otro lado el progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales”.²⁷

²⁶ (Véase L. Prieto Sanchis, *Los Derechos Sociales y el principio de igualdad sustancial*, pag 17 y ss.)

²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG No 3, agosto 2009 (...) El concepto de realización progresiva constituye el reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere

El Pacto Internacional de Derechos Económicos sociales y culturales en el art. 2.numeral 1 establece que:

“cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas y la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

El art. 26 de la Convención América sobre Derechos humanos establece:

Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Ahora bien, el art. 11 del Pacto de San Salvador define por medidas regresivas todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido. De lo dicho, tanto la regresividad como la progresividad tienen una estrecha relación, ya que el principio de progresividad comporta la correspondiente obligación de no

significativamente de la contenida en el art. 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes... Sin embargo el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo el país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos sociales y culturales.

regresividad consistente en una limitación a los poderes del Estado y autoridades públicas para el respeto de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales y en la Constitución. Con ello lo que se pretende es evitar que se eliminen los avances logrados en cuanto al ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales.

Sobre este punto es necesario tener en cuenta que se ha establecido esta gradualidad en la aplicación de los derechos, asegurándose de que la aplicación e implementación conlleve un proceso que en ningún caso pretenda un retroceso o eliminación de los derechos y avances reconocidos. Pero ¿Cómo se puede analizar si realmente una política pública de DESC es regresiva o no? Para responder a esta pregunta se debe hacer un análisis en cuanto a los referentes de comparación y la política anterior, tema que analizaremos a continuación.

1.5.1 Referentes de comparación de Regresividad

Para establecer si hay o no regresividad se debe tener un referente de comparación que nos permita alegar que ha habido o no un retroceso en el ejercicio de los derechos, dichos referentes son los indicadores empíricos y la norma o política anterior que establecía mayores beneficios para el ejercicio de los derechos.

1.5.1.1 Indicadores o Referentes Empíricos.

En base a los resultados de la implementación de las políticas públicas los referentes de comparación serían los “indicadores o referencias empíricas”. “La noción de regresividad puede ser aplicada a cada indicador empleado en particular, o bien a la evaluación conjunta de varios indicadores que permitan

una consideración general de los resultados de una política pública”²⁸.

Obviamente esta noción no es fácilmente aplicable en las instancias judiciales. “En primer lugar por la escasa tradición de litigio sobre la base de pruebas que requieran la sistematización de datos empíricos ante los tribunales (...) En segundo lugar por problemas vinculados con la relación de causalidad, es decir la imputación del resultado regresivo (...) por el gobierno en la materia”.²⁹

De esta manera resulta complejo tomar en cuenta los resultados o la experiencia de la implementación o ejecución de una política pública en sede judicial por las complicaciones que implica para los jueces el tratar con indicadores de aplicación y su comparación, además de la dificultad de probar que autoridad fue el sujeto activo de la implementación o diseño de una política regresiva, sin embargo el o la juez podrían partir de una situación en particular como indicio de que una política relacionada con DESC resulta o no regresiva para los derechos.

1.5.1.2 La política pública anterior

El segundo referente de comparación para alegar regresividad sería la política pública o acto normativo de implementación anterior o aquella que se reforma, evaluando así un estudio comparativo para establecer si realmente con la nueva política se viola la prohibición de regresividad ya sea eliminando o limitando derechos, por ejemplo una política pública que en base a estudios de factibilidad suprime el desayuno escolar al programa de ayuda escolar que

²⁸ Catarina Tomasevski, citada por Cristian Courtis, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, en *Ni un paso Atrás*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006 pag 4.

²⁹ (C. Courtis, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, en *Ni un paso Atrás*, pag 4.)

preveía que a los estudiantes de primaria se les brindará uniformes, útiles escolares y desayuno escolar.

Sin embargo hay que tener en cuenta que en materia de DESC y políticas públicas existe un escaso tratamiento por parte de los jueces, pues la tradición ha sido el rechazo a temas, que si bien abarcan el cumplimiento de derechos, conllevan políticas o normas que enredan a los jueces en un papel conflictivo con la autoridad que las creó.

Sin embargo si una política pública ha sido implementada mediante un acto normativo la situación resulta más fácil porque se puede realizar un estudio comparativo de los dos actos normativos de implementación para establecer si el nuevo acto normativo conlleva regresividad para los DESC. De hecho, al demandar la regresividad de un acto normativo se debe acreditar el grado de regresividad que impone la nueva norma sobre una anterior, lo que conlleva una presunción de inconstitucionalidad de la norma, en este caso le corresponde al Estado desvirtuar esta presunción, es decir, el Estado debe demostrar que la norma supuestamente regresiva tiene fundamento o interés imperioso para la sociedad, lo que le permite cierta regresividad.

El principio de progresividad y la prohibición correlativa de no regresividad, impone al Estado la obligación de mejorar gradualmente la protección de los DESC. Para ello existen estándares fijados por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, estos estándares jurídicos o indicadores “pueden servir para fijar un marco para la definición de

las políticas... otorgando un contenido más preciso a algunos derechos”³⁰ Así cuando hubieren políticas o normas regresivas que eliminen derechos o políticas que disminuyan las condiciones de goce de estos derechos podrían ser demandadas.

La Organización de los Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2008 establecieron ciertos lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos sociales y culturales atendiendo a posibles estrategias para adoptar la mayor operatividad a los estándares sobre DESC. Estos lineamientos establecen la diferenciación entre indicadores socioeconómicos y de derechos; así como la propuesta metodológica de indicadores cuantitativos y señales de progreso cualitativas.

Es importante la distinción que se hace entre los tipos de indicadores y categorías analíticas: I) estructurales, II) de procesos y III) de resultados, adicionalmente se establecen las categorías analíticas como son I) recepción del derecho II) capacidades estatales y III) contexto financiero y compromiso presupuestario. Estos lineamientos toman en cuenta también temas transversales para el cumplimiento de los DESC como son la igualdad, el acceso a la justicia y el acceso a la información y participación³¹ para servir como guía y análisis del cumplimiento de los DESC en cada Estado.

³⁰ Víctor Abramovich, *Formulación y control de políticas sociales, en La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

³¹ Véase Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales, en www.cidh.org.

Capítulo II

Buen Vivir y Garantías Constitucionales.

“La bondad de una política pública no sólo se juzga por los avances en materia de crecimiento económico, sino, esencialmente por sus consecuencias sobre el cumplimiento y respeto a los derechos humanos.”

Luis Pérez Murcia³²

El segundo capítulo de este trabajo de investigación “Buen Vivir y Garantías Constitucionales” plantea la relación de los DESC, tema analizado en el primer capítulo, con los derechos del buen vivir, pues la nueva Constitución ecuatoriana ya no se refiere a derechos económicos sociales y culturales específicamente, sino a derechos del buen vivir. Posteriormente, y según lo establece la Constitución ecuatoriana dentro de las garantías constitucionales están las políticas públicas orientadas al buen vivir, *art. 85.1 “Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir...”* De ahí la estrecha relación entre las políticas públicas y el buen vivir, como objetivo y guía de orientación en la formulación de políticas

³² Luis E. Perez, *Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas*, en César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Luis Eduardo Perez Murcia *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Dejusticia, 2007 pag 93.

públicas, y más aún al tratarse de los derechos del buen vivir. En base a ello, y luego del análisis del buen vivir, se analizarán las garantías constitucionales, sus clasificaciones y se conceptualizará lo que son las políticas públicas, sus fases de diseño, la relación con los actos normativos, el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Nacional del Buen Vivir como ejes articuladores de la formulación de políticas públicas en el régimen constitucional.

Posteriormente se realizará un análisis de las garantías jurisdiccionales idóneas para el amparo directo de los derechos contra políticas públicas cuando éstas supongan la privación del goce o ejercicio de derechos constitucionales.

2.1 El Buen Vivir o *Sumak kawsay*.

Tradicionalmente el concepto de desarrollo se ha basado en una perspectiva de bienestar económico que tiene como objetivo fundamental la mayor obtención de riqueza traducida específicamente en recursos económicos, tomando de esta forma como referente único del crecimiento o déficit el Producto Interno Bruto (PIB).

De esta visión de desarrollo reflejado en el crecimiento económico, como lo señala Alberto Acosta³³, nace la división entre países desarrollados y subdesarrollados, es decir aquellos países que han alcanzado una gran producción y riqueza y los subdesarrollados o países en vías de desarrollo, como se les ha llamado de manera más sutil a los países pobres que no han logrado obtener un crecimiento de su PIB de manera exitosa. “En general, para esta visión desarrollista, no hay una preocupación explícita por la distribución de bienes y servicios, mucho menos por considerar los logros que alcanzan las

³³ Véase Alberto Acosta, *El Buen Vivir, una oportunidad por construir*, publicado en www.otrodesarrollo/buenvivir, junio 2010.

personas con el acceso a los mismos”.³⁴ Es decir “los individuos se convierten en el vehículo para la mayor consecución de riqueza o desarrollo, y en este sentido, se pueden aceptar sacrificios humanos como las hambrunas con la pretensión de favorecer a la mayoría”.³⁵

A este respecto la Comisión de Derechos Humanos ha señalado que:

Toda estrategia basada en el desarrollo de los recursos humanos no sólo se traducirá en una tasa más alta y acelerada de crecimiento, sino que además tendrá por resultado una mejor distribución de los ingresos y una sociedad más justa. La obsesión de que hay que elegir entre crecimiento económico y justicia social se debe a una concepción miope de factores económicos.³⁶

Esta concepción miope, como lo ha denominado la Comisión de Derechos Humanos, ha generado una cosmovisión que invisibiliza a la naturaleza o la considera como un mero recurso del cual servirse; lo que incluso ha llevado a considerar al individuo fuera de la naturaleza, lo que, según Alberto Acosta, ha abierto la puerta para dominarla y manipularla.³⁷

Por estas y otras consecuencias negativas se ha denominado a este modelo de desarrollo como un modelo “mal desarrollador” pues es un sistema basado en la eficiencia, que trata de maximizar los resultados, reducir costes y conseguir una acumulación incesante de capital³⁸.

³⁴ (L. Pérez, *Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas, en los derechos sociales en serio* pag 134.)

³⁵ (L. Perez, *Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas, en los derechos sociales en serio* pag 134.)

³⁶ Manouchehr Ganji, Comisión de Derechos Humanos sobre la realización de los derechos económicos sociales y culturales, citado en Luis Eduardo Perez, *Desarrollo derechos sociales y políticas públicas...*, pag 96.

³⁷ Véase Alberto Acosta, *El Buen Vivir, una oportunidad por construir*, publicado en www.otrodesarrollo/buenvivir, junio 2010.

³⁸ Tortosa, citado por Alberto Acosta, *El buen vivir, una oportunidad para construir*, publicado en

Es así que a finales del siglo XX y principios del siglo XXI se empieza a cuestionar el papel del ser humano frente a la naturaleza y frente a este modelo *mal desarrollador* que genera riqueza para pocos, pobreza para muchos y destrozos ambientales para todos.

Amartya Sen³⁹ y Mahbub ul Haq,⁴⁰ son los primeros impulsores de esta visión humana y ambiental de desarrollo que va más allá del crecimiento económico y pretende construir un modelo de análisis de políticas públicas con enfoque de derechos humanos, el cual ha sido tomado varias veces por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en los informes mundiales de desarrollo humano en una perspectiva que:

No sólo genera crecimiento económico sino distribuye equitativamente sus beneficios, que regenera el medio ambiente en vez de destruirlo, que enriquece a la gente en vez de marginarla. Es el desarrollo que da prioridad a los pobres, aumenta sus posibilidades de elección y sus oportunidades y prevé su participación en las decisiones que afectan sus vidas.⁴¹

Para Amartya Sen existen básicamente dos orientaciones de desarrollo humano que las ha definido como BLAST (*blood, sweet and tears*) *sangre sudor y lágrimas*; que considera que para lograr el crecimiento económico se requieren

www.otrodesarrollo.com/buenvivir, junio 2010.

³⁹ Amartya Sen: (1933) Economista y filósofo indio. Ejerció como profesor de la Universidad de Javadpur, Calcuta, Trinity College, Cambridge, Universidad de Delhi de la London School of Economics, de la Universidad de Oxford, de la de Harvard. Autor de *Sobre la desigualdad económica, Pobreza y hambrunas, Sobre ética y economía, La calidad de vida y La mujer inexistente*, entre otros libros. En 1997 recibió el Premio Internacional de Cataluña. Especializado en el estudio de la pobreza y de las hambrunas, fue proclamado ganador del Premio Nobel de Economía en 1998.

⁴⁰ Mahbub ul Haq: (1934-1998) Economista procedente de Pakistán, uno de los fundadores de las teorías de desarrollo humano, y amigo personal de Amartya Sen, a quien conoció cuando estudiaban en la Universidad de Cambridge. Ideó el Índice de Desarrollo Humano (IDH), usado desde 1990 por el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) en su informe anual.

⁴¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe de Desarrollo Humano*, 1994 pag 3.

sacrificios a corto plazo, restringir las libertades individuales, aceptar la desigualdad y la exclusión social y GALA (*geetting by with a little asistence*) *subsistiendo con un poco de ayuda*, que rechaza la idea de que se requieren sacrificios en el presente para alcanzar el bienestar en el futuro, así el crecimiento económico resulta ser un medio para lograr el cumplimiento de los derechos y libertades, en especial los DESC.⁴² “Desde este punto de vista, para Amartya Sen el desarrollo es el proceso de expansión de las libertades humanas, y su evolución ha de inspirarse en esta consideración.⁴³ Es aquí donde nace la relación entre los derechos humanos y las políticas públicas.

Específicamente en Ecuador, con la nueva Constitución de 2008 se reemplaza este concepto tradicional o clásico de desarrollo y se introduce una nueva concepción el “buen vivir o *sumak kawsay*”.

Pero ¿qué es el *sumak kawsay* y de donde proviene? “*Sumak Kawsay* significa una vida armoniosa, o en su traducción literal *sumak* significa hermoso o bello y *kawsay* vida, por lo que podría decirse que *sumak kawsay* es vida hermosa”.⁴⁴

El *sumak kawsay* “significa lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización y *Kawsay*, es la vida, en referencia a una vida digna, en armonía y equilibrio con el universo y el ser humano, en síntesis el *sumak kawsay* significa la plenitud de la vida”.⁴⁵

Esta concepción del buen vivir⁴⁶ o *sumak kawsay* de la Constitución

⁴² Véase (L. Perez, Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas en *Los Derechos sociales en serio...*)

⁴³ Amartya Sen, citado por Luis E. Perez, *Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas*, en César Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny Yepes, Luis Eduardo Perez Murcia *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Dejusticia, Bogotá, 2007 pag 93.

⁴⁴ Ariruma Kowii, *El sumak Kawsay*, publicado en www.un.org, junio 2010.

Véase también Carolina Silva, *El Buen Vivir en la Constitución Ecuatoriana*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos pag 113 y ss.

⁴⁵ Ariruma Kowii, *El sumak Kawsay*, publicado en www.un.org, junio 2010.

⁴⁶ El buen vivir consiste en esa relación armónica basada en cuatro principios: el principio de relacionalidad que

ecuatoriana ha sido extraída de nuestras culturas ancestrales indígenas, las cuales no tienen un concepto en sí de desarrollo, sino una concepción mucho más amplia en la que se conjugan varios elementos: “la vida en comunidad, el conocimiento, el reconocimiento social y cultural, los códigos de ética e incluso espirituales en la relación con la sociedad y la naturaleza, los valores humanos, la visión de futuro, entre otros”.⁴⁷

El Buen Vivir “nace entonces de la experiencia de vida colectiva de los pueblos y nacionalidades indígenas y busca la relación armoniosa entre los seres humanos y de éstos con la naturaleza (...) Es un elemento fundamental para pensar en una sociedad diferente, una sociedad que rescate los saberes y las tecnologías populares, la forma solidaria de organizarse, de dar respuesta propia (...)”⁴⁸

Esta relación armónica entre los seres humanos y de éstos con la naturaleza implica un cambio en el estilo de vida clásico occidental al que estamos acostumbrados, en el que los seres humanos nos clasificamos en función de distintos factores (raza, clase social, nacionalidad) que conllevan diferentes posiciones e indiscutiblemente a discriminaciones; un estilo de vida en el que la naturaleza es un elemento del cual nos servimos para cubrir necesidades y acumular objetos. Estermann denomina a este fenómeno como cuantificación de las plantas y animales en bienes y productos, una artificialidad que transforma a la naturaleza en un producto al servicio del hombre⁴⁹.

consiste en la conexión o convivencia entre todos los seres, el principio de correspondencia entre los diferentes elementos de la realidad, el principio de complementariedad que complementa los dos anteriores pues empareja los opuestos y los complementa y el cuarto principio, la reciprocidad que resulta ser la expresión de la correspondencia y complementariedad. Según Estermann este principio no sólo compete a las relaciones humanas sino a todo tipo de relación: infrahumana, ser humano-naturaliza, o humano y lo divino.

⁴⁷ (Alberto Acosta, *El buen vivir...* pag 2.)

⁴⁸ (Alberto Acosta, *El buen vivir...* pag 2.)

⁴⁹ Josef Estermann, *Crecimiento cancerígeno versus buen vivir, La concepción andina indígena de un desarrollo*

Por el contrario en la cosmovisión indígena la naturaleza es el eje central del cual somos parte los seres humanos en el que se “construyen valores no sólo materiales sino espirituales, que unen fuerzas y energías en vez de ponerlas en competición y que apuntan a la con-vivencia, la vivienda con el resto en armonía (...)”⁵⁰

El buen vivir, como elemento de nuestras culturas ancestrales y como objetivo transversalizado que plantea la Constitución ecuatoriana se viabiliza entre otros factores, a través de la interculturalidad y los derechos de la naturaleza. La interculturalidad “en su forma más general, es el contacto entre culturas en términos equitativos, en condiciones de igualdad”⁵¹ y pretende un intercambio entre culturas (convivir), resaltando sus diferencias sin que por ello unas se subordinen a otras. Es decir un diálogo intercultural no hegemónico, “que sea capaz de frenar las pretensiones supra y super culturales de una parte de la humanidad”⁵² pues la interculturalidad apunta poco más que al reconocimiento y la inclusión de la diversidad de un Estado⁵³.

De esta manera, la interculturalidad es un factor indispensable para alcanzar el buen vivir, pues en primer lugar, de esa comunicación entre culturas se ha extraído el *sumak kawsay* o buen vivir como concepción de vida y objetivo primordial de la nueva Constitución, y en segundo lugar, sólo el relacionamiento armónico y sin discriminación entre culturas y razas permitirá una convivencia de respeto y armonía entre los seres humanos, sin que existan culturas consideradas superiores o culturas salvajes que deban adaptarse, sino

sostenible como alternativa al desarrollismo occidental, publicado en http://culturaandina.khipu.net/pdf/filosofia/publicaciones_diversos_josef_estermann.pdf.

⁵⁰ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas decoloniales de nuestra época*, Quito, Ediciones Abya Yala, 2009 pag 216.

⁵¹ (C. Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas decoloniales de nuestra época*, pag 41.)

⁵² Josef Estermann, *Filosofía andina, Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya Yala, 1998.

⁵³ (C. Walsh, *Estado Plurinacional e intercultural, complementariedad y complicidad hacia el buen vivir*, pag 178.)

más bien culturas diferentes que se comunican e interactúan con respeto. De esta manera la interculturalidad requiere la transformación no sólo relacional sino estructural de la sociedad y Estado ecuatoriano, por ende, es considerado como proceso e instrumento de descolonización.⁵⁴

Los derechos de la naturaleza por su parte, pretenden que se respete integralmente la *Pacha Mama* para el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales. Esta concepción de vida nos lleva a abandonar las categorías del antropocentrismo en la que figura el individuo como centro y dueño de la naturaleza. Tal como propone Alberto Acosta esto “supone transitar del actual antropocentrismo al biopluralismo, otorgando a las especies el mismo derecho ontológico a la vida”.⁵⁵

Estos dos elementos, la interculturalidad y los derechos de la naturaleza, viabilizan, en gran medida, esa armonía entre los seres humanos y estos con la naturaleza como pilares fundamentales para alcanzar el buen vivir. De esta manera la Constitución ecuatoriana tanto en su preámbulo como a lo largo del texto constitucional establece al buen vivir como un objetivo trasnversalizado no sólo en el ámbito económico, si no también en el reconocimiento de los derechos.

*“los ecuatorianos y ecuatorianas decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades⁵⁶*

⁵⁴ Catherine Walsh, *Estado Plurinacional e intercultural, complementariedad y complicidad hacia el buen vivir*, Quito Abya Yala 2009, pag 173

⁵⁵ (A. Acosta, *El buen vivir...* pag 1.)

⁵⁶ Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador.

Finalmente y para guardar coherencia con lo anterior, la Constitución ecuatoriana configura al sistema económico como *social y solidario*, y reconoce al ser humano como sujeto y fin; en contraposición con la concepción de economía social de mercado que establecía la Constitución de 1998 y que colocaba como centro del sistema económico al mercado.

En esta nueva perspectiva social y solidaria de la economía que tiene como sujeto y fin al ser humano tal como lo señala Agustín Grijalva⁵⁷ el mercado pierde esa centralidad en la búsqueda de un equilibrio entre la sociedad, el papel del Estado y el funcionamiento del mercado para garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.⁵⁸

“En otras palabras a las relaciones del Estado con el mercado, en la economía solidaria añade se la sociedad como escenario en el que actúa el mercado y a cuya paz debe contribuir.”⁵⁹

2.2. Los Desc y los derechos del buen vivir en la nueva Constitución del Ecuador.⁶⁰

¿Son lo mismo los DESC y los derechos del buen vivir? En la mayoría de casos se ha asimilado a los derechos económicos sociales y culturales como los derechos del Buen Vivir, que según la Constitución Ecuatoriana son el derecho a: agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y

⁵⁷ Véase Agustín Grijalva y Julio Cesar Trujillo, *El fundamento Constitucional de la Nueva Economía*, Revista de análisis político la Tendencia No 10 feb marzo 2010 pag 88 y ss.

⁵⁸ Véase art. 283 de la Constitución Ecuatoriana.

⁵⁹ (A. Grijalva, *El fundamento Constitucional de la nueva economía*, pag 90.)

⁶⁰ Véase Carolina Silva Portero, *¿Qué es el buen vivir en la Constitución?*, en Ramiro Avila ed. *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, en el cual se hace no sólo una comparación de los derechos del buen vivir y los DESC en el derecho internacional, si no también una comparación con la Constitución Ecuatoriana de 1998.

ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social. Sin embargo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nivel regional se reconoce en el Protocolo Adicional a la Convención Americana (Pacto de San Salvador) como derechos económicos sociales y culturales al trabajo, familia, salud, seguridad social, cultura, educación, y grupos vulnerables. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (PIDESC) reconoce como DESC al derecho al trabajo, familia, salud, cultura, educación, ciencia y tecnología.

Los derechos del buen vivir, en comparación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, coinciden mayoritariamente a excepción de los derechos de la familia y grupos vulnerables que según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pertenecen a esta categoría de derechos. Según la Constitución Ecuatoriana los derechos de familia se encuentran dentro de los derechos de libertad,⁶¹ y los derechos de los grupos vulnerables la Constitución del Ecuador los establece en un capítulo aparte designado como derechos de las personas y grupos de atención prioritaria en los que se abordan los derechos de los adultos y adultas mayores, niños, niñas y adolescentes, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, personas con discapacitadas, con enfermedades catastróficas, personas usuarias y consumidores y personas privadas de libertad.

2.3 Garantías Constitucionales y Buen Vivir

Siendo uno de los objetivos fundamentales del Estado Constitucional de Derechos y Justicia y del Régimen del Buen Vivir el pleno ejercicio y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución se crea la necesidad de contar

⁶¹ Véase art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador.

con mecanismos que lo permitan. Estos mecanismos de protección se los ha denominado garantías. “Las garantías, en estricto sentido son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que esta reconocido en la misma Constitución. “Sin las garantías los derechos serían meros enunciados líricos, que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad”.⁶²

Según Pisarello “las garantías son las técnicas o mecanismos predispuestos para la protección de los derechos”,⁶³ sin embargo este autor destaca que las vías jurisdiccionales no deben ser las únicas vías para la exigibilidad de los derechos y por eso distingue varios tipos de garantías desde diversos enfoques:

a) Desde el punto de vista de los sujetos que están llamados a proteger los derechos: Pisarello distingue entre las garantías *institucionales* y *las extra-institucionales*.

Las garantías institucionales son aquellas encargadas a los poderes públicos; y las garantías extrainstitucionales, o como el autor las denomina, garantías sociales son aquellas encargadas a los titulares de los derechos. Ahora bien, dentro de las garantías institucionales el autor distingue las garantías políticas, jurisdiccionales y semi jurisdiccionales.

Las primeras son las políticas públicas como instrumentos del ejecutivo y legislativo para el cumplimiento de los derechos. Las segundas son aquellas encomendadas a los órganos jurisdiccionales, y las garantías semi

⁶² Ramiro Avila Santamaría, *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos, en Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008 pag 89.

⁶³ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pag 111.

jurisdiccionales que comprenden aquellas que han sido encomendadas a órganos que reciben denuncias como las defensorías del pueblo pero que carecen de una capacidad sancionatoria.

b) Garantías respecto de su alcance: En segundo lugar Pisarello ha establecido otro tipo de clasificación de las garantías respecto del alcance de las mismas y las ha dividido en garantías primarias y garantías secundarias. “Las garantías primarias son aquellas que establecen el contenido de un derecho y a su vez imponen una serie de obligaciones dirigidas tanto a otros poderes públicos como a actores particulares”.⁶⁴ Las garantías secundarias comprenden los mecanismos de control y reparación cuando no han sido efectivas las garantías primarias.

Pisarello asimila la primera clasificación con la segunda, no de manera absoluta, pues cada una tiene sus particularidades, sin embargo considera que las garantías primarias se podrían asimilar con las garantías encomendadas al ejecutivo y legislativo y las garantías secundarias con las garantías jurisdiccionales

c) Garantías Estatales, infraestatales y supraestatales: En tercer lugar Pisarello ha clasificado las garantías en función de las escalas en que actúan dichas garantías, distingue así garantías estatales, infraestatales y supraestatales. Las garantías estatales son aquellas encomendadas a los órganos de los poderes públicos, las infraestatales aquellas que prevén un ámbito municipal que generalmente se da en estados federales y las últimas

⁶⁴ (G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías...*, pag 114.)

consideradas como los mecanismos para exigir el cumplimiento de un derecho a nivel regional o internacional, como sería el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ramiro Avila⁶⁵ distingue dos tipos de garantías en función de lo establecido en la Constitución Ecuatoriana: las primeras respecto de los poderes del Estado y las segundas en función de los derechos.

Garantías respecto de los poderes del Estado: Las garantías respecto de los poderes del Estado son las normativas, políticas y jurisdiccionales.

a) Las garantías normativas, según la Constitución ecuatoriana son aquellas que establecen la obligación de todo órgano con potestad normativa de adecuar las leyes y demás normas a la Constitución y Tratados Internacionales.⁶⁶

b) Las garantías políticas se refieren a la formulación, ejecución, evaluación y control de las *políticas públicas*, programas, planes, y servicios públicos a los derechos establecidos en la Constitución y la consecución del buen vivir.⁶⁷

c) Las garantías jurisdiccionales, según la Constitución ecuatoriana, son aquellas que permiten que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad pueda proponer las acciones previstas en la

⁶⁵ (R. Avila, *Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los Derechos..* en Desafíos Constitucionales, pag 89 y ss.)

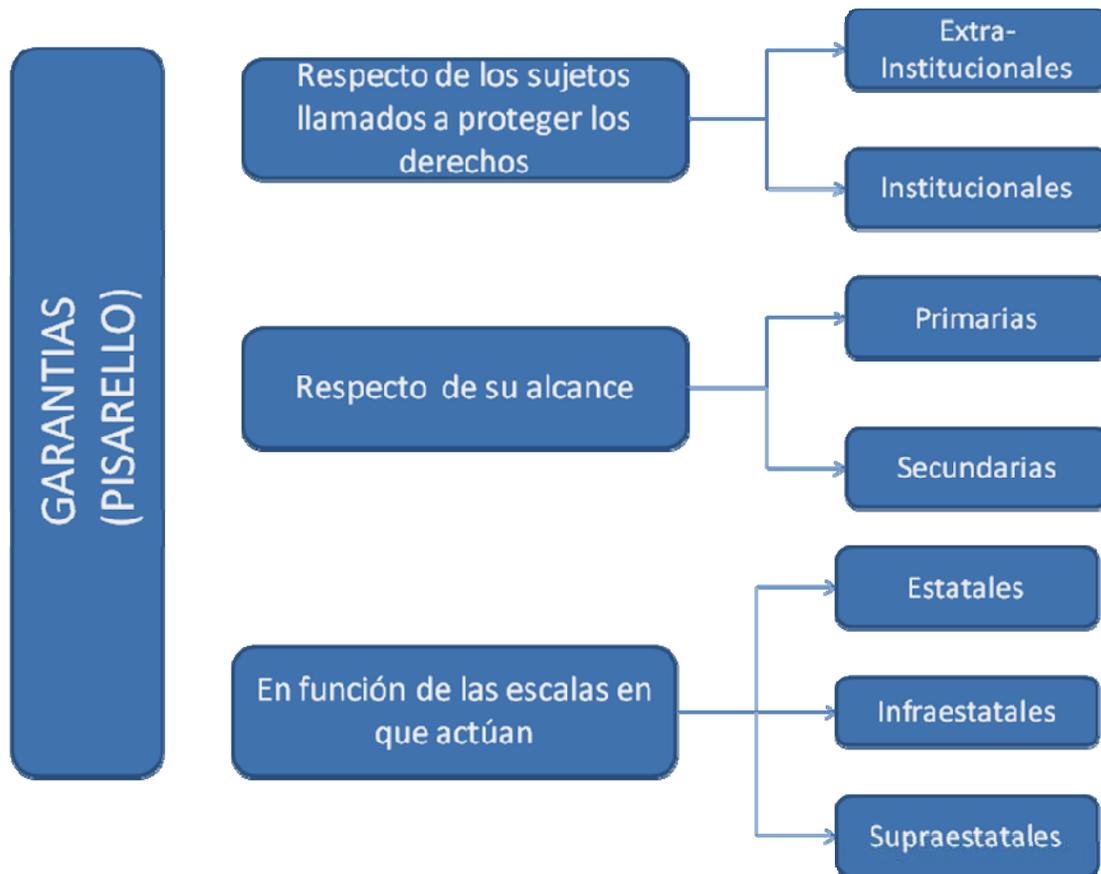
⁶⁶ Véase art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁶⁷ Véase art. 85 de la Constitución de la República del Ecuador.

Constitución para el cumplimiento de los derechos⁶⁸. Estas garantías, según Ramiro Avila a su vez se desarrollan en función de los derechos por ejemplo frente al derecho a la libertad existe la garantía del habeas corpus, o frente al derecho a la información pública el habeas data.⁶⁹

Representaremos entonces los diversos tipos de Garantías en un cuadro sinóptico:

Cuadro No 2. Clasificación de las Garantías (Pisarello)



Fuente: Gerardo Pisarello, *Los Derechos Sociales y sus garantías...*, Madrid, Editorial Trotta, 2007

⁶⁸ Véase art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁶⁹ Véase (R. Avila, *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los Derechos..* en Desafíos Constitucionales..) El autor además de hacer la división de las garantías en función de los derechos elabora una comparación de la Constitución ecuatoriana de 1998 y las innovaciones en este tema en Constitución Ecuatoriana de 2008.

Elaboración: María Paz Avila Ordóñez

Cuadro No 3. Garantías Constitucionales



Fuente: Constitución del Ecuador

Elaboración: María Paz Avila Ordóñez

2.3.1 Garantías Políticas

Si dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia se busca el cumplimiento de los Derechos Humanos no basta entonces con una declaración de derechos si no se cuenta con las herramientas necesarias para implementarlos y reclamarlos. Ahora bien, precisamente los mecanismos o garantías para implementar los derechos humanos, particularmente los derechos del buen vivir, son las garantías políticas o políticas públicas, tema del cual nos ocuparemos a continuación.

Para iniciar este análisis debemos preguntarnos: ¿Qué son entonces las políticas públicas?; según Alejo Vargas Velásquez “política pública es el conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas que buscan una solución, o bien llevarlas a niveles manejables”.⁷⁰ Este estudio enfoca como una situación socialmente problemática el incumplimiento o la posible restricción en el

⁷⁰ Alejo, Vargas Velásquez, *El Estado y las Políticas Públicas*, Colombia, Almudena Editores, 1999 pag 35.

ejercicio o goce de un derecho del buen vivir, entendiéndose a las políticas públicas como el mecanismo o la herramienta para lograr el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos, es decir disposiciones operacionales que buscan la materialización de aquellos, a través de varias fases o etapas sucesivas.

De ahí nace esta estrecha relación entre las políticas públicas y derechos del buen vivir, sin embargo, y como se señaló anteriormente, no todas las políticas públicas coadyuvan al cumplimiento de los Derechos Humanos, así las políticas públicas pueden ser enfocadas desde dos puntos de vista: primero como medidas para resolver problemas o satisfacer cualquier necesidad y, en segundo lugar como medidas destinadas a hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución. Siguiendo esta misma orientación las políticas públicas pueden ser con enfoque o sin enfoque de Derechos Humanos.

En el ámbito internacional la formulación de políticas públicas generalmente conlleva la celebración de negocios multilaterales, lo que requiere una participación extensa de los Estados parte.⁷¹ Sin embargo no siempre se “presta suficiente atención a los mecanismos que emplean los gobiernos nacionales para reunir sus actos con el propósito de defender y exponer sus intereses nacionales”⁷². De ahí se pueden generar conflictos por la vulneración de derechos del buen vivir, pues como bien señala José Vidal la política internacional es un campo muy fragmentado y de una complejidad impresionante.⁷³

⁷¹ Véase Les Metcalfe, *Coordinación de Políticas Internacionales y reforma de la Administración Pública*, en Kliksberg, Bernardo, comp, *El rediseño del estado: una perspectiva internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pag. 235-253.

⁷² (L. Metcalfe, *Coordinación de Políticas Internacionales y reforma de la Administración Pública*, en Kliksberg, Bernardo, comp, *El rediseño del estado: una perspectiva internacional*, pag. 240.)

⁷³ Rolan Roth, *Las ONG y las políticas internacionales*, en Jose Vidal, *Hacia una sociedad Civil Global*, Madrid, Santillana Edicionales, 2003 pag 254.

La Constitución ecuatoriana, para la defensa de los derechos humanos y los derechos constitucionales ha previsto el control constitucional previo de los tratados internacionales cuando se refieran a derechos y garantías establecidos en la Constitución o cuando comprometan la política económica del Estado establecida en el Plan Nacional de Desarrollo, o bien cuando comprometan el patrimonio natural, en especial el agua y la biodiversidad, lo que implica un control constitucional previo cuando se trate de derechos del buen vivir. Sin embargo puede darse el caso de que una vez ratificado el tratado internacional, al implementarse las políticas que éste contiene, llegue a darse algún tipo de limitación o vulneración a los derechos. En este caso podría considerarse que al ratificarse un tratado internacional, éste pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional lo que podría abrir la puerta para un control constitucional posterior.

Dicho esto, es preciso especificar que las políticas públicas que conllevan nuestro estudio son aquellas que tienen como objetivo el cumplimiento o materialización de los Derechos Humanos, pero para lograrlo necesitan cumplir un proceso programático que comporta varias fases que analizaremos brevemente a continuación.

2.4 Fases de Diseño de las Políticas Públicas.

Una política pública no simplemente es la disposición de recursos para el cumplimiento de un fin, requiere de un proceso de planificación desarrollo y diseño que contiene varias fases para su implementación entre las cuales están:

- a) **Iniciación u Origen:** En esta fase inicial se identifica el área o problema social que requiere la atención estatal mediante la formulación de políticas

públicas, por ejemplo se identifica que la población carcelaria carece de adecuadas instalaciones para la garantía de sus derechos.

- b) **Diseño:** Una vez identificada el área a intervenir, las instituciones del Estado discuten las soluciones o planes a implementar a través de una política pública.

En esta fase del diseño de las políticas públicas tanto actores políticos como técnicos negocian las diferentes opciones, por lo que indudablemente, resulta muy útil la participación de los diversos sectores de la sociedad en procura de la inclusión de sus inquietudes y necesidades.

- c) **Decisión o implementación:** Aquí se materializan las políticas diseñadas, ya sea mediante uno o varios actos administrativos o normativos, para la implementación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos mediante planes de salud, trabajo y adecuación las instalaciones de las cárceles por ejemplo.

- d) **Evaluación:** En esta fase se juzgan o valoran los resultados obtenidos mediante la implementación de las políticas públicas, aunque no se puede negar la posibilidad de una evaluación continua que evitará desaciertos y contribuirá al mejoramiento del proceso de implementación. Esta fase es de trascendental importancia para la exigibilidad de los DESC, pues genera datos ciertos sobre su cumplimiento o incumplimiento.⁷⁴

⁷⁴ Véase (A. Vargas, *El Estado y las políticas públicas*, pag 73.)

Véase también Mireya Maritza Peña, *Derechos Humanos y Políticas Publicas*, publicado en

2.5 Políticas públicas y actos normativos

Ahora bien, una vez que se ha definido lo que son las políticas públicas y se ha esbozado sus fases cabe preguntarnos ¿son lo mismo las políticas públicas y los actos normativos de carácter general? Pues bien, para responder esta pregunta es necesario remitirnos a la Constitución que claramente se refiere en distintos supuestos a políticas públicas y actos normativos de carácter general, generando distintas posibilidades de acción frente a una política y un acto normativo. En este sentido Alejo Vargas nos advierte sobre este tipo de confusiones al señalar que “en primer lugar que la política pública no es igual a la ley o norma, como tienden a considerarlo los colegas abogados, la norma es el mecanismo a través del cual la decisión previamente tomada se formaliza jurídicamente”⁷⁵.

De lo dicho una política pública no constituye un acto aislado sino un conjunto de acciones que se van modificando de acuerdo al contexto, su diseño puede darse a través de un plan y su fase implementación a través de un acto normativo general, una disposición, o una serie de actos, etc. Es decir el acto normativo constituye únicamente una de las fases de implementación de una política pública.

2.6 Régimen de Desarrollo y Régimen del Buen Vivir como instrumentos para la planificación de políticas públicas.

Ahora bien, la formulación de políticas públicas operativas de Derechos

http://www.observatorio_merco_sur.org publicado en agosto de 2009.

⁷⁵ (A. Vargas, *El Estado y las políticas públicas*, pag 57.)

Humanos se guía en estándares de protección de los derechos que son de obligatorio cumplimiento para los Estados. Así por ejemplo, el Protocolo de San Salvador establece pautas de protección para derechos como la salud, educación y trabajo. Otro estándar internacional es la propuesta de 1993 en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos desarrollada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. La Conferencia Mundial de los Derechos Humanos propuso en primer lugar la creación de un Plan Nacional de Desarrollo que identifique las prioridades en materia de derechos humanos para guiar la formulación de políticas públicas, así como la creación de un órgano encargado del desarrollo de estrategias y medios para la ejecución y evaluación del plan. Además en dicha conferencia se invitó a los Estados a que adopten medidas para el cumplimiento de los derechos humanos a través de estos planes nacionales. Así mismo, se sugirió que se incluya la participación de la sociedad civil para la búsqueda de soluciones a los problemas en materia de derechos humanos.⁷⁶

El estudio de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es un buen referente, si bien no es exacto, pues para hacer una precisión se deben tomar en cuenta las realidades de cada uno de los países, sin embargo este tipo de indicadores son herramientas útiles para de alguna manera medir y evaluar el cumplimiento de los Derechos Humanos a través de las políticas públicas.

En cumplimiento con lo señalado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la Constitución ecuatoriana establece el Régimen de Desarrollo como el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos,

⁷⁶ Véase Mireya Maritza Peña, *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, publicado en http://www.observatorio_mercosur.org publicado en agosto de 2009.

políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*.⁷⁷

Los objetivos para alcanzar el buen vivir son:

El mejoramiento de la calidad y esperanza de vida, el aumento de las capacidades de las personas; un sistema justo, democrático, solidario y sostenible; el fomento de la participación y control social; recuperar, respetar y conservar la naturaleza; garantizar la soberanía nacional y la integración latinoamericana, proteger y promover la diversidad cultural. Para ello se prevé un organismo rector y un Plan Nacional de Desarrollo al cual se sujetarán las políticas públicas para alcanzar el buen vivir.

2.6.1 El Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Nacional del Buen Vivir.

El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento del Régimen de Desarrollo al que se sujetan las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; la inversión y la asignación de los recursos públicos.⁷⁸

Ahora bien, este Plan de Desarrollo ha sido elaborado, en su segunda fase, mediante el Plan Nacional para el Buen Vivir que se plantea, acorde a lo establecido en la Constitución, como objetivos claves:

1. Igualdad, cohesión e integración social y territorial en la diversidad
2. Mejorar las capacidades de la personas
3. Mejorar la calidad de vida de la población
4. Garantizar los derechos de la naturaleza
5. Garantizar la soberanía y la integración Latinoamericana

⁷⁷ Véase art. 375 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁷⁸ Véase art. 280 de la Constitución de la República del Ecuador.

6. Garantizar el trabajo estable, justo y digno
7. Construir y fortalecer espacios públicos, interculturales y de encuentro común
8. Afirmar y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad
9. Garantizar la vigencia de los derechos y la justicia
10. Garantizar el acceso a la participación pública y política⁷⁹
11. Establecer una economía social solidaria y sostenible
12. Construir un Estado democrático para el Buen Vivir.⁸⁰

El Plan Nacional del Buen Vivir, en su primera parte, identifica los principios y ejes orientadores para la consecución del Buen vivir y el diagnóstico de los procesos económicos que ha experimentado el Ecuador. En la segunda parte establece los objetivos a seguir, los cuales han sido señalados anteriormente, y es en base a ellos que se establecerán las políticas públicas necesarias. Finalmente en la tercera parte se establece una estrategia territorial para las intervenciones y proyectos, así como la asignación de recursos para el cumplimiento de la planificación.

Ahora bien, es necesario contextualizar el Plan de Desarrollo en lo que la Constitución ha denominado el Régimen del Desarrollo entendido como el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen

⁷⁹ La Constitución de la República del Ecuador establece entre los derechos de participación el derecho a elegir y ser elegidos, participar en los asuntos de interés público, presentar proyectos de iniciativa popular normativa, ser consultados, fiscalizar los actos de poder público, lo que puede englobarse dentro de la participación pública y política. Véase art. 61 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁸⁰ Véase Senplades, *Plan Nacional para el Buen Vivir*, 2009-2013.

vivir, del *sumak kawsay*⁸¹, al cual también se articula el régimen del buen vivir entendido como un sistema nacional de inclusión y equidad coordinado con los demás sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios para garantizar el ejercicio de los derechos y los objetivos del Régimen de Desarrollo.⁸²

2.7 Las Garantías Jurisdiccionales y los derechos del Buen Vivir.

En el caso que atañe a este análisis, el control constitucional de las políticas públicas que vulneren los derechos los derechos del buen vivir se puede realizar a través de la acción de protección o la acción de inconstitucionalidad. En el primer caso es necesario remitirnos específicamente a la acción de protección como garantía jurisdiccional o garantía secundaria, cuyo objeto es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.

Acción de Protección.- Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

⁸¹ Véase 275 y ss de la Constitución de la República del Ecuador.

⁸² Véase art. 340 de la Constitución de la República del Ecuador.

Del artículo citado se puede extraer dos supuestos en los que se puede proponer una acción de protección y que son los que nos interesan para este estudio:

1.- Exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial. Por ejemplo la discriminación en la concesión de matrícula para un establecimiento educativo público.

2.- Contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.

Para diferenciar el primer supuesto con el segundo se debe tener en cuenta la definición y el proceso que conlleva una política y un acto u omisión de autoridad pública. Un acto u omisión es cualquier declaración de voluntad o bien la falta de esta cuando debiere pronunciarse por parte de una autoridad pública, lo que genera ciertos efectos jurídicos. Una política pública no consiste simplemente en cierto acto de las autoridades públicas sino en un conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones, en este caso para el cumplimiento de los derechos, mediante un proceso que implica origen, diseño, gestión o implementación y evaluación. Sin embargo en ambos supuestos lo que interesa es la vulneración o privación en el goce o ejercicio de los derechos constitucionales, independientemente de si se trata de una política pública o un acto u omisión de autoridad pública, pues la garantía jurisdiccional es la misma.

Centrándonos en nuestro estudio, el numeral dos establece la facultad para demandar ante los órganos jurisdiccionales políticas públicas emanadas de órganos estatales, que priven el goce o ejercicio de derechos. La problemática que

se genera en este tipo de demandas es el rol que asume la o el juez constitucional frente a las demás autoridades públicas para determinar la reparación del derecho vulnerado, tema que será debatido en el siguiente capítulo.

Se podría plantear adicionalmente la inconstitucionalidad del acto normativo de carácter general, cuando se contraria a lo establecido en la Constitución y cuando lo que se busca es atacar es la validez del acto de implementación de una política pública, entendiéndose a este acto normativo como parte del proceso de implementación de una política pública.⁸³ Finalmente la Constitución prevé también la acción de incumplimiento cuando se pretenda garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, o cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible⁸⁴, que podría ser el caso por ejemplo de una política pública formulada pero no ejecutada por los órganos operativos correspondientes.

Teniendo en cuenta estos mecanismos jurisdiccionales para ejercer un control constitucional de las políticas públicas se puede emprender el debate sobre el rol que asume el juez o jueza en este sentido, debate que será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

⁸³ Véase art. 426.4 de la Constitución de la República del Ecuador.

Véase también la definición de políticas públicas y su proceso en la pag 43 de este trabajo de investigación.

⁸⁴ Véase art. 93 de la Constitución de la República del Ecuador.

Capítulo III

El rol del juez constitucional.

*“La peor de las cobardías es
saber lo qué es justo y no hacerlo”*
(Confucio⁸⁵)

Con la creación de la Corte Constitucional y la competencia constitucional de los jueces y juezas de primera instancia para conocer ciertas garantías jurisdiccionales, se pone en debate los alcances de sus sentencias, especialmente en cuanto al rol que desempeñan frente a las demás funciones del Estado. De ahí se generan algunas interrogantes entre ellas la siguiente: ¿Cuál es el rol del las y los jueces constitucionales frente al control constitucional de políticas públicas sobre derechos del buen vivir? Evidentemente la respuesta no es única pues existen diversas posibilidades en base a visiones distintas de actuación de las y los jueces.

Para resolver la interrogante planteada, a continuación analizaremos algunos de los postulados de dos de las visiones en torno al rol del juez constitucional (visión tradicional y visión activista) sus argumentos a favor y en contra de someter a control constitucional políticas públicas que abarquen derechos del buen vivir para posteriormente analizar la visión intermedia que recoge ciertos postulados de las dos visiones anteriores.

⁸⁵ Filósofo chino, (551 AC-479 DC) y una de las figuras más influyentes de la historia. Creador de confucianismo.

3.1 Visión Tradicional: El juez constitucional no debe someter a control constitucional las políticas públicas de DESC.⁸⁶

Néstor Pedro Sagués señala que existen asuntos no comprendidos dentro del control constitucional, pues son privativos o reservados al Presidente o a la Asamblea Nacional, ya que “tratan sobre cuestiones políticas no judiciales, áreas donde impera, por lo común, una autorrestricción del órgano jurisdiccional de control (...) claro que no existe un listado pético y dogmáticamente establecido de cuestiones políticas, si no que esta nomina ha sido diseñada pretorianamente por el propio poder judicial a través de los años... que tiende a restringir la superficie de las *political questions*”⁸⁷

Siguiendo esta línea, la visión tradicional propone que el juez o jueza constitucional debe eximirse de someter a control constitucional políticas públicas de derechos económicos, sociales o culturales o derecho del buen vivir por varias razones, entre ellas principalmente por el respeto al principio de separación de poderes, la falta de capacidad técnica de los jueces o juezas constitucionales para resolver estos casos, la interferencia en la planificación y presupuesto estatal, entre otras, pues “la jurisdicción constitucional debe evitar

⁸⁶ Véase Néstor Pedro Sagues, *Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico*, en *Un cambio ineludible*, Quito, Tribunal Constitucional, 2008 pag 72 y ss.

Véase Sandra, Morelli, *La posibilidad de Control Constitucional de los Actos Económicos del Estado*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000.

Véase Hugo Mejía Palacio, *En busca de un control constitucional eficiente en Memorias del Seminario Corte Constitucional y Economía: Una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil*, BID y Universidad de los Andes, 2008.

Véase Juan Carlos Ramirez, *Derechos Económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad*, Bogotá, CEPAL, 2004 publicado en www.edac.org. El autor esboza algunos de los criterios que son parte de la visión tradicional aunque al final opta más bien por una visión intermedia.

Véase Rodrigo Uprimny, *Reflexiones tentativas sobre constitución, economía y justicia constitucional en América Latina*, en *Un cambio ineludible*, Quito, Tribunal Constitucional, 2008 pag 206 y ss. El autor expone claramente los argumentos en lo que se basa la visión tradicional de la actuación del juez constitucional a pesar de pertenecer mas bien a la visión activista.

⁸⁷ Néstor Pedro Sagués, *Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina*, en Luis Lopez Guerra, *La justicia Constitucional. en la Actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002 pag. 185.

abusos o sobreactuaciones que la conviertan en un tutor del poder legislativo”⁸⁸.

Hugo Palacio Mejía ha esbozado algunas críticas respecto del control constitucional sobre políticas públicas de DESC señalando que a) existe una gran posibilidad de abuso de poder por parte de la Corte, b) existe la posibilidad de que las decisiones que tengan que ver con aspectos económicos se guíen en función de las presiones políticas.⁸⁹

3.2 Visión Activista: El juez o jueza constitucional debe ejercer control constitucional sobre las políticas públicas.⁹⁰

La visión activista plantea que un juez o jueza si pueden someter a control constitucional políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC, pues dado el caso de que las autoridades públicas hayan formulado políticas en contradicción con la Constitución, o bien vulnerando los derechos del buen vivir, el juez o la jueza mal harían en desatender el reclamo para el cumplimiento de los derechos, ya que no solo estarían incumpliendo con sus obligaciones, sino que también estarían incumpliendo con su labor de ser garantes de la

⁸⁸ (N. Sagues, *Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico...* pag. 83)

⁸⁹ Véase Hugo Palacio Mejía citado por Clara Eugenia López, *Economía de los Derechos*, Medellín, Ediciones Rosaristas 2005 pag 27.

⁹⁰ Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos Fundamentales*, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta pag 31.

Véase Gaspar Caballero Sierra, *Corte Constitucional y Legislador- Contrarios o Complementarios*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

Véase Victor Abramovich edit. *El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales en La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto 2009.

Véase Cristian Courtis edit, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, en *Ni un paso Atrás*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

Véase también, (L. Perez Desarrollo, *derechos sociales y políticas públicas*, en *los derechos sociales en serio*, pag 93).

Véase Gerardo Pisarello, *Derechos Sociales y principio de no regresividad en España* en Cristian Courtis edit., *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Editores del Puerto 2006 pag. 307 y ss.

Véase Victor Bazán, *Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad, 2005.

Véase Ramiro Avila Santamaría y Cristian Courtis edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Constitución y de los derechos que ésta establece.

En primer lugar la visión activista propone que los jueces o juezas en sus sentencias vayan mas allá y puedan incluso, en algunos casos, en aras de una reparación integral, ordenar la corrección de una política o su mejor formulación para alcanzar el buen vivir como establece la Constitución. Pero cabe aclarar que estas órdenes que se imparten a su vez tienen distintos alcances, en algunos casos son de carácter de general, por ejemplo, señalan que el ejecutivo debe implementar políticas para el cumplimiento del derecho a la salud o incluso en algunos casos dichas sentencias establecen periodos de evaluación, o mínimas exigencias u objetivos de dichas políticas.

Lo más común en este tipo de sentencias son las órdenes concretas de formulación de una política específica o bien su mismo diseño para reparar la vulneración de un derecho del buen vivir

Pisarello incluso señala incluso que los tribunales disponen de diversos instrumentos para instar a los poderes públicos a argumentar mejor su actuación en materia de derechos sociales, obligándolos a probar como exige el PIDESC, que están realizando todos los esfuerzos posibles y hasta el máximo de los recursos humanos (...) y financieros a su alcance para satisfacerlos.⁹¹

Se podría decir que la visión activista de los y las juezas prevé una tutela directa de los derechos fundamentales pues no se limitan a ser meramente declarativas o inciertas sino que establecen claros mecanismos de reparación ante la vulneración de un derecho reconocido constitucionalmente.

Estos son a breves rasgos las posiciones que sugieren la visión tradicional y activista frente al papel los jueces y juezas en el control constitucional de

⁹¹ (G. Pisarello, *Derechos sociales y principio de no regresividad en España*, pag 326.)

políticas públicas de DESC o derechos del buen vivir, pero analicemos más detenidamente cada uno de sus argumentos a favor y en contra.

3.2.1 Separación de Poderes

No es materia de este análisis precisamente entrar a definir lo que es la separación de poderes, pero brevemente podemos decir que la separación de poderes constituyó un logro del liberalismo político contra el absolutismo monárquico del siglo XVII y XVIII que consiste en la distribución de competencias y atribuciones entre los distintos órganos del Estado para evitar la concentración de poder en una persona o en una misma función. Montesquieu fue quien desarrolló la teoría de la división de poderes pues consideraba que “todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejercieran los tres poderes, el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones políticas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.⁹²

Ahora bien, la visión tradicional del rol de los y las jueces considera que los operadores judiciales deben eximirse de someter a control constitucional políticas públicas de DESC so pena de atentar contra el principio de separación de poderes, en primer lugar porque es al ejecutivo a quien le corresponde la definición y dirección de las políticas públicas así por ejemplo señala el art. 147 de la Constitución Ecuatoriana establece:

Art. 147.- *Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:*

⁹² Montesquieu, *Del Espiritu de las Leyes, Libro XI*, Madrid, 1980, pag 151.

3.- Definir y dirigir las políticas públicas.

A su vez existen diversas autoridades con potestad normativa que pueden ser los encargados de llevar a cabo la implementación de una política pública sobre derechos del buen vivir, como son en primer lugar la Asamblea Nacional, los Concejos Provinciales, Consejos Municipales, Ministerios, etc.

De esta manera, según la visión tradicional, cuando un juez o jueza someta a control constitucional políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC estaría invadiendo la esfera de las atribuciones exclusivas de la Asamblea, el Presidente y demás órganos con potestad normativa, violando así el principio de separación de poderes.”⁹³

En cuanto a la visión activista Clara López por el contrario señala que “no se trata de una invasión abusiva de la órbita del legislador, sino del ejercicio legítimo y necesario de sus facultades para salvaguardar la integridad de la Constitución”⁹⁴. Personalmente considero que este argumento puede ser fácilmente debatido, en el caso ecuatoriano, pues el control constitucional de políticas públicas con el nuevo modelo Estado Constitucional de Derechos y Justicia se generan nuevas relaciones entre el Legislativo-Ejecutivo versus la Corte y los jueces o juezas, lo que impone un cuestionamiento a las actuaciones clásicas de los poderes o funciones del Estado, teniendo en cuenta que lo prioritario en este modelo de Estado es la defensa de los derechos constitucionales.

Según los activistas, con el control constitucional de políticas públicas de derechos económicos sociales y culturales o derechos del buen vivir se mantiene

⁹³ Véase, Clara Eugenia Lopez, *Economía de los Derechos*, Medellín, Ediciones Rosaristas, 2005.

⁹⁴ (C. Lopez, *Economía de los Derechos*, 2005 pag 3.)

un equilibrio de poderes ya que dado el caso de que el ejecutivo o el legislativo formulen políticas atentatorias a los derechos fundamentales, estarían no solo incumpliendo con sus obligaciones sino también con lo que manda la Constitución, por lo que se vuelve necesaria e indispensable la intervención de los jueces o juezas. Además que lo que se defiende con la visión tradicional es un modelo clásico de división de los tres poderes del Estado, cuando la nueva Constitución ecuatoriana ha evolucionado en esta división clásica incorporando dos nuevos poderes: el Electoral y el de Transparencia y Control Social.

La Sentencia de Ciro Angarita Baron de la Corte Constitucional Colombiana presenta elementos interesantes a favor de la visión activista y la separación de poderes al señalar que:

“la interpretación contemporánea de la separación de poderes, a partir de la cual el juez puede convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, debe adoptar responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden...Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de protección efectiva de los derechos de los asociados.”⁹⁵

3.2.2 Presupuesto del Estado

La Constitución Ecuatoriana⁹⁶ define al presupuesto general como el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado. Para ello el ejecutivo elabora cada año una pro forma presupuestaria

⁹⁵ Véase, Ciro Angarita Baron, *Sentencia Corte Constitucional Colombiana No T-406/92*, en www.corteconstitucionalcolombiana.gov.co, septiembre 2009.

⁹⁶ Véase Constitución de la República del Ecuador art. 292.

anual y la programación presupuestaria cuatrianual⁹⁷. Esta planificación presupuestaria a su vez debe adecuarse al Plan Nacional de Desarrollo o Buen Vivir que es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos;⁹⁸

De esta manera, los recursos del Estado se encuentran articulados dentro de una programación anual y cuatrianual, cuyas políticas van encaminadas a los objetivos y directrices del Plan Nacional de Desarrollo por lo que, según la visión tradicional, mal haría el o la juez al someter a control constitucional políticas públicas de DESC y poner en movimiento recursos que ya han sido planificados y destinados por el ejecutivo para ciertos fines. Por ello, la regulación cumplimiento y la asignación de recursos para los DESC serían propias de las decisiones del poder político y legislativo, y no de los jueces. En este sentido, la definición del alcance de las normas y la asignación de recursos no son un asunto judicial⁹⁹.

Como señala Sandra Morelli “muchas decisiones han conducido a esa movilización de recursos, mediante acciones de tutela o constitucionalidad de normas, desconociendo la totalidad de necesidades de nuestra sociedad y la totalidad de recursos del Estado para hacerle frente, y tanto menos, el impacto de las decisiones, y por tanto sin contar con todos los elementos para la toma racional de la decisión”.¹⁰⁰

La visión activista en este mismo sentido argumenta, en primer lugar, que la planificación presupuestaria debe estar enfocada al cumplimiento de los

⁹⁷ Véase Constitución de la República del Ecuador art. 294.

⁹⁸ Véase Constitución de la República del Ecuador art. 280.

⁹⁹ (J. Ramírez, Derechos Económicos, sociales y culturales... pag 12.)

¹⁰⁰ Sandra, Morelli, *La posibilidad de Control Constitucional de los Actos Económicos del Estado*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000 pag. 205.

derechos fundamentales, en este sentido no podría alegarse que la decisión de la Corte o los jueces puede incidir negativamente en el presupuesto general y la planificación al disponer la creación de políticas públicas para dar cumplimiento a los derechos del buen vivir o DESC que resultan ser el eje para dicha planificación.

3.2.3 ¿La Corte Constitucional y los jueces o juezas constitucionales tienen capacidad técnica?

En tercer lugar, la visión tradicional contraria al control constitucional de políticas públicas de DESC o buen vivir señala que las y los jueces no tienen capacidad técnica para determinar la utilización y distribución de los recursos así como la forma en la que se corrige o invalida una política pública determinada, y menos aun un juez o jueza de primera instancia, que según la ley ecuatoriana es el encargado de conocer ciertas garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos fundamentales, pues para ello se requiere a más de conocimientos técnicos, enmarcarse dentro del Plan Nacional de Desarrollo o Buen Vivir..

La visión tradicional sostiene que la Corte Constitucional y los jueces o juezas estarían cayendo en un activismo judicial que les llevaría a excederse en sus funciones, pues claramente dentro de sus competencias no se encuentra someter a su control políticas públicas y peor aún sugerir al ejecutivo o legislativo la ampliación o la formulación de éstas.

Por otro lado la visión activista aclara que argumentar que la Corte no es un órgano técnico no es criterio suficiente para negarle esta tarea, ya que en la mayoría de juicios, se cual fuere su naturaleza, existe la necesidad de un perito

para determinadas circunstancias técnicas, de igual modo en materia constitucional.

3.2.4 Legitimación Democrática

La visión tradicional, para deslegitimar la actuación de los jueces o juezas respecto a políticas públicas de derechos sociales o DESC ha aclarado que no se podría validar su actuación frente a los demás poderes del Estado, pues tanto el ejecutivo como el legislativo son funciones elegidas democráticamente por el pueblo. En el caso de las y los magistrados de la Corte Constitucional y los y las jueces de primera instancia su elección no es democrática lo que evidentemente restringe o los deslegitima para anular o corregir políticas públicas formuladas por órganos que sí lo son como el Presidente y la Asamblea Nacional.

Sandra Morelli ha expresado que “el pretender imponer políticas públicas mediante sentencias, sobre todo mediante aquellas que deciden tutelas, tiene un doble efecto perverso: la ineficacia de la política misma y la deslegitimación de la Corte Constitucional..., pues las decisiones de este órgano en las dos hipótesis tienden a verse relegadas a una mera función retórica”¹⁰¹

La visión activista, respecto a la crítica de la falta de legitimación democrática de los juezas y jueces constitucionales para invalidar decisiones democráticas de las funciones ejecutiva y legislativa, señala que los jueces y juezas están investidos de un legitimidad democrática sustancial¹⁰² al defender los derechos que están consagrados en la Constitución, la cual fue aprobada mediante referéndum, de manera que no se podría alegar su falta de carácter democrático frente a los demás poderes del Estado.

En Ecuador la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías

¹⁰¹ (S. Morelli, *El control de Constitucionalidad de los Actos Económicos del Estado*, pag 204.)

¹⁰² (Véase L. Ferrajoli, *Derechos Fundamentales*, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, pag 31 y ss.)

Jurisdiccionales establecen diversas las garantías jurisdiccionales¹⁰³ que permiten el control constitucional de políticas públicas que vulneren derechos constitucionales, lo que evidentemente legitima a la Corte y a los jueces o juezas al conocimiento de estas causas para la defensa de los derechos fundamentales. En este sentido, si existe una vulneración de derechos del buen vivir y la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones, la Corte y los jueces o juezas tienen válidos fundamentos para actuar y reparar esta vulneración. Así el art. 85 y 88 de la Constitución ecuatoriana establecen:

Art. 85.- *La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:*

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

Aquí existen varios elementos a ser tomados en cuenta, en primer lugar al hablar de los efectos de las políticas públicas se refiere no sólo a aquellas que vulneren derechos fundamentales sino también a aquellas que amenacen con vulnerar derechos fundamentales, es decir a más de las garantías jurisdiccionales establecidas para la protección de los derechos, se podría solicitar la concesión de una medida cautelar para evitar una vulneración

¹⁰³ Véase art. 39 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador.

inminente de un derecho constitucional.

En segundo lugar la disposición mencionada se refiere directamente a la reformulación de la política pública cuando vulnere derechos fundamentales, en este caso son los jueces o juezas pueden ejercer el control constitucional frente a este tipo de políticas. Finalmente la norma considera la adopción de medidas alternativas para conciliar derechos en conflicto, es aquí donde se podría evidenciar la visión activista de los jueces o juezas al ordenar mecanismos de reparación creativos que pueden incluir la reformulación o la adopción de nuevas políticas públicas.

***Art. 88.-** La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; **contra políticas públicas** cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*

Como se desprende del texto constitucional cuando una política pública afecte derechos del buen vivir o DESC, mediante la garantía de la acción de protección se puede exigir que el derecho que se ha vulnerado sea reparado. Así el activismo judicial del que se le acusa a la Corte “implica que la Constitución

es un vehículo de vida y no un simple documento para abogados”¹⁰⁴

3.2.5 ¿En busca de aceptación social?

Finalmente, en base a la visión tradicional se ha criticado que lo que puede motivar al juez o jueza o a la Corte Constitucional a resolver estos casos sea únicamente la aceptación social derivada de sus decisiones, pues obviamente al atender necesidades como salud, educación, vivienda o trabajo etc., la ciudadanía aprobaría su actuación. De tal manera por aceptación social, se podría atentar contra el Plan Nacional del Buen Vivir, al desmoronar la planificación existente con el pretexto de atender una manera más adecuada a los derechos del buen vivir.

Por el contrario la visión activista podría tomar este punto a favor, teniendo en cuenta que la misión primordial del juez es velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales, al eximirse de someter a control constitucional políticas públicas de DESC o derechos del buen vivir estarían dando la venia a arbitrariedades y evadiendo situaciones conflictivas con los demás poderes del Estado, lo que no precisamente genera aceptación social.

3.3 Visión Intermedia. La Corte puede exhortar, sugerir o establecer lineamientos a los demás poderes del Estado en la formulación de políticas públicas para el cumplimiento de los DESC.¹⁰⁵

En base a los criterios expuestos anteriormente, en contra y a favor de que

¹⁰⁴ Christopher Wolfe, en Gaspar Caballero Sierra, *Corte Constitucional y Legislador- Contrarios o Complementarios*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002 .

¹⁰⁵ Véase Marcelo Alegre, *Igualitarismo, democracia y activismo judicial*, en *Los derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

Véase José Ariza Librado, *La realidad contra el texto: Una aproximación al estado de cosas inconstitucional*, en *Perspectivas Críticas*, Bogotá, Legis, 2001.

la Corte Constitucional y los jueces o juezas sometan control constitucional políticas públicas en materia de DESC o derechos del buen vivir, la visión intermedia recoge varios de los postulados de la visión tradicional y la visión activista en la búsqueda de un equilibrio para el desempeño del juez o jueza en estos casos.

En este sentido, la visión intermedia propone que los jueces o juezas no se eximan de someter a control constitucional políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC como plantea la visión tradicional, o que se reformule u ordene la formulación de políticas como propone la visión activista. La visión intermedia plantea que los jueces o juezas, para evadir la interferencia en las atribuciones de las demás funciones del Estado, exhorten, recomienden o establezcan parámetros para que los organismos encargados de dicha formulación redireccionen o creen las políticas públicas de manera adecuada a la Constitución, en busca del cumplimiento de un derecho o su correlativa reparación.

Respecto a la visión activista Marcelo Alegre sostiene que la actuación de los jueces constitucionales frente a políticas públicas de DESC debe restringirse a aquellos casos en los que se exija niveles mínimos de prestaciones respecto a estos derechos. “Por encima de este mínimo de derechos la intervención judicial debería, correlativamente ser más cautelosa”.¹⁰⁶

Así, mediante las sentencias constitucionales, los jueces solicitan a las autoridades públicas que formulen o amplíen las políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC, estableciendo parámetros de acción y declarando que una u otra política pública contradice los estándares internacionales sin

¹⁰⁶ (M. Alegre, *Igualitarismo, democracia y activismo judicial...* pag 102.)

establecer una prestación o un referente de actuación directa o específica a los órganos del Estado, adoptando así, tanto la Corte como los jueces o juezas una posición prudente de acción que se limita al control constitucional y no a la formulación propia de dichas políticas.

Con ello “se reenvía a la esfera política la definición final de la línea concreta de intervención pública para resolver el conflicto de manera ajustada a los estándares jurídicos, resguardando así un campo de acción importante para el gobierno y el Congreso, y, al mismo tiempo, resguardando el espacio propio del poder judicial que se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento de la instrucción”¹⁰⁷.

Abramovich señala que “este modelo de remedio judicial es propio del denominado litigio de reforma estructural y procura asegurar no solo un margen prudente de actuación de la instancia judicial frente a las competencias propias de las instancias políticas, si no también la participación ciudadana a fin de dotar de mayor legitimidad social a las decisiones que se adoptan...”¹⁰⁸

3.3.1 Jueces, juezas y Legislativo: ¿Contrarios o Complementarios?

Ahora bien, según la visión intermedia mediante el control constitucional de políticas públicas de derechos del buen vivir no se estaría atentando contra el principio de la separación de poderes, pues la Corte y los jueces o juezas estarían dejando que la función correspondiente del Estado sea el que realice los actos de su competencia, y en su papel de garantista de la Constitución los y las jueces ordenarían en sus sentencias a las demás funciones o poderes del Estado

¹⁰⁷ Víctor Abramovich, *El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales*, en Víctor Abramovich y Laura Pautáis edit., *La Revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009. pag 62.

¹⁰⁸ (V. Abramovich edit, *El rol de la justicia en la articulación....* pag 63.)

cumplan lo que establece la Carta Fundamental. Sin embargo cabe señalar que aunque este parezca ser la visión más eficaz, el o la juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. Siguiendo este punto no se plantea la hipótesis de una Corte Constitucional y un poder Legislativo como funciones contrarias, más bien se busca funciones complementarias que garanticen el cumplimiento de los derechos constitucionales.

3.3.2 Ventajas y Desventajas

Resulta totalmente perjudicial para la protección y el cumplimiento de los derechos del buen vivir los postulados de la visión tradicional pues existen evidentemente cuestiones políticas en las que se debe intervenir la Corte Constitucionales y las y los jueces cuando se prive o se pretenda privar el ejercicio de derechos. En cuanto a la visión activista, si bien parece ser la mas protectora de derechos resulta también cuestionable que los jueces constitucionales formulen políticas en aras de una reparación integral. Parecería ser que la solución mas conveniente para la resolución de los casos de vulneración los derechos económicos, sociales y culturales o derechos del buen vivir mediante las políticas públicas, es que la Corte Constitucional o los jueces o juezas en sus sentencias ordenen y reenvíe al ejecutivo o a las autoridades públicas la formulación, corrección o eliminación de políticas públicas en pro de la reparación de un derecho del buen vivir vulnerado, pues de esta manera claramente la Corte y los jueces y juezas estarían cumpliendo con su misión de velar por el cumplimiento de los derechos garantizados en la Constitución y por otro lado no se estarían inmiscuyendo en las obligaciones de los demás poderes del Estado. Con ello se logra no solo armonía y trabajo conjunto entre las

distintas funciones del Estado si no también una adecuada programación y diseño de las políticas públicas.

En estos casos se ve la necesidad de combinar remedios y medidas que garanticen la tutela y reparación de los DESC o derechos del buen vivir, con ello se puede concluir que en el caso de control constitucional de políticas públicas no hay una solución única y determinada, pues cada una de ellas presentan resultados positivos como negativos. Entonces cuando una política pública vulnere total o parcialmente un derecho del buen vivir, debemos analizar todas las posibilidades que puede adoptar la Corte Constitucional y los y las jueces constitucionales frente a estos casos. A continuación analizaremos entonces los distintos supuestos de los alcances de la actuación de los y las jueces constitucionales frente a políticas públicas relativas a derechos del buen vivir en base a las distintas visiones analizadas.

3.4 El rol del juez o jueza constitucional y las políticas públicas.

El juez o jueza en materia constitucional tiene diversas opciones en cuanto al alcance de sus sentencias que controlan políticas públicas relacionadas a derechos del buen vivir o DESC, ello dependerá muchas veces de la materia y los remedios que establezcan, enmarcándose así en una u otra visión de actuación.¹⁰⁹ Sin embargo cabe aclarar que no siempre las sentencias sobre

¹⁰⁹ Véase (V. Abramovich, *El rol de la justicia...*). En este tema el maestro Abramovich esquematiza los alcances de las sentencias dependiendo de los remedios y materias o asuntos sobre los que puede decidir el juez cuando se trata de derechos económicos sociales o culturales y establece cinco tipos de materias o formas de control judicial de las políticas públicas:

a) decisiones judiciales que invalidan políticas sociales por ser contrarias a estándares jurídicos b) decisiones judiciales que disponen la implementación de políticas públicas definidas por las instancias políticas y no ejecutadas por las burocracias inferiores o locales; c) decisiones judiciales que obligan a definir políticas públicas o emprender reformas estructurales de los sistemas de protección social, a partir de la aplicación directa de las normas constitucionales; d) decisiones judiciales que reconfiguran aspectos parciales de las políticas públicas o de los sistemas de protección social en curso, obligando a extender el alcance de las prestaciones y servicios no contemplados y beneficiarios excluidos; e) decisiones judiciales que ordenan reformular los procedimientos para la elaboración o

políticas públicas de DESC o derechos del buen vivir se enmarcan o adecuan completamente en una u otra visión, pues la mayoría de casos presentan supuestos complejos en los que se pueden combinar las distintas visiones dependiendo de los enfoques y reparaciones. Sin embargo, y para el estudio claro de cada uno de los casos, dividiremos los diferentes tipos de políticas dentro de las tres visiones analizadas anteriormente, atendiendo a la pretensión de los demandantes, aclarando que los tipos de políticas públicas que se demanden pueden variar o adecuarse a una u otra visión, dependiendo de las circunstancias del caso y el contexto social, entre otros factores.

3.4.1 Políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC, dentro de la visión intermedia:

a) Políticas públicas regresivas: Cuando se somete a control constitucional políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC consideradas como regresivas para ejercicio o goce de derechos, la actuación del juez o jueza generalmente gira en torno a la visión intermedia, mediante sentencias constitucionales que limitan la actuación de las demás funciones o poderes del Estado al restringir por ejemplo la aplicación de estas políticas, es decir al declarar que dichas políticas no se adecuan a los estándares internacionales o la Constitución, sin generar obligaciones prestacionales adicionales, o bien únicamente recomendando, sugiriendo o estableciendo un marco de acción general, o parámetros de referencia para la elaboración o corrección de las políticas públicas, sin especificar como se llevarán a cabo estas medidas.

Así la solución que se plantea no es la ingerencia en las demás funciones

implementación de las políticas, los espacios de participación o los niveles de información pública disponibles sobre ellas.

del Estado, y mas bien se remite a que los órganos encargados de la formulación de políticas las reformulen o adecuen a los estándares internacionales y la Constitución. Una referencia a este tipo de sentencias es el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Bangladesh¹¹⁰, en el que gran cantidad de residentes de asentamientos informales de la ciudad de Dhaka fueron desalojados sin aviso previo y sus viviendas fueron demolidas.

Debido a esta situación, los afectados presentaron un reclamo ante la Corte Suprema cuestionando las demoliciones. La Corte Suprema sostuvo que los habitantes tenían derecho a una vivienda y a una audiencia justa y emitió recomendaciones para su reasentamiento, señalando que el Estado debe orientar sus políticas hacia el objetivo de satisfacer las necesidades básicas de la vida, incluyendo la vivienda, por ello la Corte ordenó que: (1) el gobierno debía desarrollar pautas generales o proyectos pilotos de reasentamiento; (2) el plan debía permitir que los desalojos tengan lugar en forma paulatina y de acuerdo con la posibilidad de cada persona de conseguir otra vivienda; (3) se debía avisar en forma anticipada al desalojo; (4) el gobierno debía “limpiar” las villas miserias ubicadas junto a vías férreas y caminos, proporcionando un reasentamiento para los residentes. En este caso la Corte estableció parámetros generales de actuación ante las políticas regresivas en el ejercicio del derecho a la vivienda, sin embargo no estableció medidas exactas a llevar a cabo ni un plazo para ejecutarlas. Aunque cabe aclarar que en este caso a más de establecer un marco general de actuación, el numeral 3 y 4 si establece un parámetro más específico de actuación para el Estado.

¹¹⁰ Véase, Caso Corte Suprema de Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) v Government and Bangladesh & Ors 19 BLD, julio (1999) 488*, publicado en <http://www.esrcnet.org/> febrero 2010.

b) Procedimiento de aprobación de políticas públicas: No todos los casos en los que se demanda la protección del Estado por políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC se refieren propiamente a su contenido. Podrían darse casos en los que se reclama el procedimiento de aprobación de políticas públicas, bien por no incluir participación ciudadana, por no rendir cuentas de su aplicación, por no brindar información suficiente para su correcta aplicación, o en último caso por la omisión de consulta de las personas afectadas o destinatarias de las políticas a ser implementadas. Este último caso es frecuente en políticas de afectación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para los cuales es obligatoria la consulta previa para la extracción y explotación de sus recursos o la aprobación de medidas legislativas según lo dispone Constitución Ecuatoriana. Aquí lo que se demanda entonces no es la política pública directamente sino el mecanismo de su aprobación, ya que en estos casos y para la correcta aplicación de ciertas políticas es imprescindible la participación y conocimiento de los destinatarios de dichas políticas. Un ejemplo claro de estos casos es la acción de amparo planteada ante el Tribunal Constitucional Ecuatoriano por la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) contra Arco Oriente¹¹¹, porque la compañía firmó con el Estado ecuatoriano un contrato de explotación de hidrocarburos dentro del territorio del pueblo Shuar sin que los miembros de dicha comunidad fueran notificados del contenido del contrato ni de los efectos que se podría causar en la salud de la comunidad y la contaminación ambiental por dicha actividad. Por ello la (FIPSE) resolvió prohibir toda negociación o contratación individual de los miembros de la comunidad con la compañía, lo que fue notificado al Estado y a

¹¹¹ Tribunal Constitucional Ecuatoriano, *Caso Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) c. Arco Oriente s/ Amparo 1 de abril de 2000*, publicado en <http://www.escrnet.org/>, febrero 2010.

la empresa. Sin embargo, Arco Oriente suscribió un convenio con varias personas de la comunidad que permitían el ingreso de los técnicos de la compañía para realizar un estudio de impacto ambiental, FIPSE entonces presentó una acción de amparo solicitando que se respetara su derecho a la inviolabilidad del domicilio, organización política y formas propias de ejercicio de la autoridad. El Tribunal Constitucional resolvió que la conducta de Arco era contraria al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Constitución, que protegen el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente, los derechos a conservar sus costumbres e instituciones propias y a mantener su identidad cultural, y los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Tribunal Constitucional entonces resolvió que la empresa Arco Oriente estaba prohibida de promover acercamientos o acuerdos con miembros de la comunidad, sin la debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación, otorgando protección legal a las formas tradicionales de organización y representación política de las comunidades indígenas. Del caso en mención se denota una clara reclamación acerca del procedimiento para la aprobación, construcción e implementación de las políticas públicas. En el caso concreto lo que se busca es una mayor participación de las comunidades pueblos y nacionalidades en cuanto a la política de extracción petrolífera del Estado. Se encasilla este tipo de medidas dentro de la visión intermedia pues el papel de los y las jueces, en este caso de los ex vocales del Tribunal Constitucional del Ecuador gira en torno a crear mecanismos de participación en las políticas públicas para los afectados que son

las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas.

c) Políticas públicas no ejecutadas: En ocasiones existen políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC formuladas y diseñadas por los actores políticos que, sin embargo no han sido implementadas por los órganos técnicos encargados. En estos casos, y ante la vulneración de un DESC o derecho del buen vivir, lo que se demanda es la falta de implementación de dichas políticas. La sentencia del o la juez va encaminada a exigir su ejecución, al tratarse de una política pública planificada y previamente diseñada, por lo que su decisión no se inmiscuye dentro del marco de actuación de las autoridades públicas encargadas de la planificación del presupuesto, por el contrario es una política plenamente exigible ante los y las jueces constitucionales.

Por ejemplo en Letonia¹¹² algunos parlamentarios demandaron a la Corte Constitucional que ciertos empleadores no estaban aportando primas del seguro social de sus trabajadores violando el derecho constitucional a la seguridad social y de los Artículos 9 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). La Corte consideró, entre otras cosas que el Estado debía ejecutar las políticas de supervisión y control como mecanismo efectivo para la implementación de las normas a fin de garantizar el derecho a la seguridad social ⁸³

3.4.2 Políticas públicas dentro de la visión tradicional y la visión activista:

El grado de injerencia judicial en políticas públicas de derechos del buen vivir o DESC es mayor o menor dependiendo de la visión que se aplique para

¹¹² Case No. 2000-08-0109 Constitutional Court of Latvia (“*On Compliance of Item 1 of the Transitional Provisions of the Law “On Social Insurance” with Articles 1 and 109 of the Satversme (Constitution) of the Republic of Latvia and Articles 9 and 11 (the First Part) of the December 16, 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*”), Riga, 13 March, 2001, publicado en <http://www.escri-net.org/>, febrero 2009.

cada caso. Por ello se ha considerado dos tipos de políticas que se podrían enmarcar en las visiones tradicional y activista de actuación de los y las jueces.

a) Ampliación de políticas públicas: Existen políticas públicas que por diversos criterios excluyen o restringen a ciertas personas o grupos de personas el goce o ejercicio de derechos. En este tipo de casos lo que se demanda ante el juez o jueza es un mayor alcance o ampliación de dichas políticas públicas para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en el ejercicio de sus derechos del buen vivir o DESC, lo que implica una modificación parcial o bien la reformulación de la política pública para lograr la inclusión de sectores excluidos. Por ejemplo una política de atención de salud para los discapacitados de cierto sector poblacional vulnera el derecho a la igualdad en el ejercicio de su derecho a la salud de las personas con la misma discapacidad pero de otro sector poblacional que no han sido beneficiados con la aplicación de esta política o medida. Aquí juega un papel preponderante el principio de igualdad y no discriminación, pues a más de que con dicha política se violan derechos del buen vivir o DESC, se genera una situación discriminatoria que restringe el goce y ejercicio de estos derechos.

Por ejemplo¹¹³ la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela resolvió una acción de amparo que se planteó por la falta de provisión de medicamentos necesarios para el tratamiento del HIV/SIDA. En este caso los demandantes solicitaron la extensión de los efectos de la política a todas las personas en igual situación. El Tribunal consideró que la omisión denunciada por los demandantes constituía una violación del derecho a la salud, igualdad y

¹¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo. Expediente 00-1343. Sentencia N° 48* Abril 6, 2001 publicado en <http://www.escri-net.org/>, febrero 2009.

una amenaza al derecho a la vida y adicionalmente extendió esta resolución para que la política no sólo se aplicara a los demandantes si no a todas las personas que sufren esta enfermedad. La relevancia de este caso reside en el reconocimiento judicial de los intereses difusos, pues permite que ciertas personas demanden en representación de los intereses de un grupo, en este caso de las personas que portan VIH, ampliando la aplicación de las medidas no sólo para los demandantes.

b) Formulación de políticas públicas concretas: Finalmente pueden darse casos en los que el juez o la jueza constitucional, en base a la normativa constitucional, establezca obligaciones de formulación de políticas públicas para el ejecutivo o autoridades en la búsqueda del adecuado cumplimiento de lo establecido en la Carta Fundamental. Este tipo de sentencias exigen una verdadera creatividad por parte de los y las jueces constitucionales pues no existe una política pública previa, “se trata de la imposición lisa y llana de prestaciones, servicios (...) es quizá la expresión mas extrema del activismo judicial”¹¹⁴ En estos casos se puede visualizar tanto la visión clásica o tradicional de abstención de los y las jueces constitucionales por la conflictividad de los supuestos, o bien la creatividad y gran argumentación para ordenar la formulación de políticas públicas de derechos sociales o DESC. Por ejemplo en la provincia del Chaco, el Defensor del Pueblo dedujo una acción de amparo contra la provincia del Chaco y el Estado Nacional para que adopten las medidas necesarias con el fin de modificar las condiciones de vida de las poblaciones indígenas debido a las reiteradas omisiones en prestar la debida asistencia

¹¹⁴ (V. Abramovich edit, *El rol de la justicia..* pag. 52.)

humanitaria y social. La Corte en primer lugar requiere al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco para que en el plazo de treinta días informen al Tribunal, con relación a las medidas de protección de la comunidad indígena, el presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas, así como el diseño de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria, ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección, ejecución de planes de educación, ejecución de programas habitacionales. Finalmente la Corte ordena al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco formulen políticas para el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región así como también de un medio de transporte y comunicación adecuados, estableciendo así medidas precisas para reparar y cesar la vulneración de los DESC.¹¹⁵

3.5 Reparación Integral

La reparación integral constituye un mecanismo indispensable en la búsqueda del cumplimiento de los derechos fundamentales con un gran desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos.

Según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador la reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado, en este caso de derechos del buen vivir o DESC, gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.¹¹⁶

De lo anotado se desprenden dos elementos fundamentales de la reparación:

a) que las personas titulares del derecho violado gocen y disfruten de la manera

¹¹⁵ Véase, <http://www.defensor.gov.ar/informes/fallochaco.pdf>.

¹¹⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional art. 18.

más adecuada posible de sus derechos y b) que se restablezca la situación al momento anterior a la violación, en este punto el principio¹¹⁷ que guía la reparación integral en esencia es la “*restitutio integris*”, obviamente esto no siempre es posible, es por ello que existen diferentes formas de reparación, la material y la inmaterial.

3.5.1 Reparación Material e Inmaterial

La reparación material es aquel mecanismo mediante el cual se busca compensar económica o patrimonialmente la vulneración de un derecho y la reparación inmaterial es aquella que busca la compensación de la vulneración de un derecho de manera simbólica, por ejemplo mediante las disculpas públicas.

En el establecimiento de los mecanismos para llevar a cabo una reparación integral ante la vulneración de un derecho del buen vivir el juez adquiere un papel activo y creador de derecho pues debe construir mecanismos adecuados para reparar el derecho vulnerado. Estos mecanismos de reparación pueden variar e ir desde el pago de una cantidad de dinero u obligaciones de hacer y no hacer algo.

En esta etapa es necesario que el juez involucre a la víctima no simplemente de una manera pasiva si no de forma inclusiva para que la reparación no se convierta en el cumplimiento de una mera formalidad sino en una verdadera compensación ante de la vulneración de un derecho.

Para ello la reparación podrá incluir, entre otras formas, *la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a*

¹¹⁷ (Véase R. Avila, Las garantías: *herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los Derechos..* en Desafíos Constitucionales..pag. 105.)

*la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos*¹¹⁸ que es el caso que mas se apega cuando existe una política pública que vulnera derechos del buen vivir o DESC, o bien *la atención de salud* que es un caso también frecuente.¹¹⁹

Ahora bien la reparación podrá ser material o inmaterial dependiendo también del tipo de violación de derechos de que se trate. Así, cuando el daño ha sido material la reparación consistirá en la *compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso*. Cuando el daño ha sido inmaterial la reparación comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada y a sus familiares, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario. Ahora bien se han establecido otros tipos de reparación en función de su alcance, sobre este punto se deberá tener en cuenta si la demanda tiene un alcance individual o colectivo, o si la afectación o vulneración del derecho comprende un ámbito individual o colectivo. Por ejemplo en el caso de ampliación de políticas públicas por violación al derecho a la igualdad y no discriminación al excluir a ciertos beneficiarios de una política de derechos del buen vivir o DESC, la reparación no será individual, pues lo que se busca es que la política y la reparación se aplique para un grupo de personas que han sido excluidos y a quienes también se ha vulnerado sus derechos.

¹¹⁸ Véase Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹¹⁹ Véase Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional art. 18.

Concluyendo sobre este punto, en el caso de que una política pública vulnere derechos del buen vivir, en la reparación integral el juez o jueza debe combinar mecanismos de reparación ya sea materiales o inmateriales para compensar el derecho vulnerado de una manera adecuada, e incluso mecanismos para el seguimiento del cumplimiento de las sentencias, como el establecimiento de plazos, la remisión de informes de cumplimiento, o la expedición de autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso la evaluación del impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, la modificación de las medidas de reparación según lo dispone el art. 21 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En Ecuador aún no se ha planteado caso contra políticas públicas que vulnere derechos del buen vivir, sin embargo la Corte Constitucional expidió una sentencia en la que se experimentaron algunos mecanismos de reparación interesantes.

En una acción de incumplimiento presentada ante la Corte Constitucional Ecuatoriana¹²⁰ por una resolución del ex Tribunal Constitucional que no se cumplió y en la que se aceptó un amparo constitucional (ahora acción de protección) en la que se dejó sin efectos los actos administrativos de los funcionarios del IEES por denegar las prestaciones de jubilación y acceso a la salud del demandado. Ante la denegación de los servicios de salud y prestaciones jubilares el demandado recurrió al Hospital de las Fuerzas Armadas, en el que debió pagar la cantidad de 26.862.53 dólares por la atención médica y hospitalaria.

¹²⁰ Véase, Corte Constitucional Ecuatoriana, *Sentencia 012-09-SIS-CC*, Juez Ponente Dr. Patricio Pazmiño.

La Corte Constitucional decidió entonces declarar el incumplimiento parcial de la Resolución expedida por la Tercera Sala del ex-Tribunal Constitucional, al denegar el acceso a la compensación de gastos incurridos por enfermedad grave del señor Miguel Elicio Arroba Paéz.

Adicionalmente se ordenó el cumplimiento cabal de la resolución inicial para que se proceda a la reparación integral de daños causados por el IESS al impedir el acceso del señor Miguel Elicio Arroba Paéz al tratamiento requerido en el Hospital del Seguro Carlos Andrade Marín.

En razón de lo expuesto se crearon mecanismos de reparación patrimonial al ordenar al Consejo Directivo del IESS, y/o a la autoridad legal y reglamentada facultada, el pago de la cantidad de 26,862.53 USD al Hospital General de las Fuerzas Armadas, en razón de los gastos realizados por el señor Miguel Elicio Arroba Paéz, por enfermedad grave, en un plazo no mayor de 30 días hábiles.

Complementando esta facultad se dispuso que el IESS ejerza el derecho de repetición sobre los funcionarios de sus dependencias que, previo el respectivo proceso administrativo y legal, determine como responsables, por acción u omisión, del incumplimiento de las resoluciones materia de la presente acción.

Finalmente se estableció un plazo de 30 días para que la Dirección General del IESS comunique a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de dicha Sentencia, estableciendo de esta manera un control en el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia.

CONCLUSIÓN

La pregunta inicial de este trabajo de investigación consistía en averiguar ¿Cuál es el rol del juez o jueza cuando una política pública vulnera derechos del buen vivir? Respondiendo a esta pregunta y después del análisis realizado podemos concluir este trabajo de investigación en tres puntos fundamentales:

En primer lugar hemos recabado en los orígenes del Estado de Derecho (liberal y social) para recorrer en el avance del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y el papel de las y los jueces hasta llegar al nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia ecuatoriano que se caracteriza por la supremacía constitucional y la exigibilidad de los derechos mediante la aplicación directa de la Constitución.

En segundo lugar, para llevar a cabo este cumplimiento efectivo de los derechos del buen vivir o DESC existen diversos mecanismos, entre ellos las garantías constitucionales dentro de las cuales están las políticas públicas, entendidas como el conjunto de actos de las autoridades públicas para el cumplimiento de los derechos del buen vivir. En este sentido la Constitución ecuatoriana ciertamente introduce un giro en la focalización de la riqueza *per se*, a la riqueza ciudadana, riqueza entendida no sólo en cifras sino en conocimientos y convivencia con la comunidad y la naturaleza, riqueza que ha sido denominada como buen vivir o *sumak kawsay*

En este contexto, queda claro entonces que los DESC o derechos del buen vivir son plenamente exigibles ante los órganos jurisdiccionales, ante los cuales se puede plantear las diversas garantías jurisdiccionales que prevé la Constitución, principalmente la acción de protección, la acción de

inconstitucionalidad del acto normativo de implementación de una política e incluso en algunos casos también la acción de incumplimiento.

Respecto a este punto es preciso tener en cuenta la diferenciación entre lo que se entiende por política pública, o un simple acto u omisión de una autoridad pública y un acto normativo. Como lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo investigativo, las autoridades públicas se manifiestan principalmente a través de actos administrativos, los cuales pueden resultar en algunas ocasiones como actos u omisiones vulneradores de derechos. En este sentido cabe plenamente la interposición de una acción de protección.

Ahora bien, cuando existe una política pública vulneradora de derechos, el accionante podría demandar todo ese conjunto de actos u omisiones que componen dicha política y no simplemente uno sólo de estos actos, de ahí nace la diferencia con un acto administrativo y una política pública, pues un acto normativo con carácter general constituye únicamente una fase de aplicación o implementación de una política pública, sin embargo lo importante en este caso será el análisis de la vulneración o privación en el ejercicio de los derechos del buen vivir.

Establecidas estas diferencias queda claro que la acción que se plantee dependerá de cierta forma de la pretensión del accionante, pues si lo que se pretende es la declaratoria de vulneración de los derechos del buen vivir y su reparación, se podrá interponer la acción de protección, caso contrario si el objetivo es la declaratoria de inconstitucionalidad únicamente del acto normativo por el cual se implementa la política pública lo que cabría sería una acción de inconstitucional o bien exigir su cumplimiento mediante una acción de incumplimiento en el caso de que se tratase por ejemplo de una política pública

formulada pero no ejecutada. Podrían también darse casos en los que se plantee una acción extraordinaria de protección de un proceso previo en el que se demando la vulneración de los derechos del buen vivir mediante una política pública, una vez que se hayan cumplido con los requisitos que exige la Constitución.

Lo complejo sobre este punto se traduce en la combinación de pretensiones y acciones, habrá que ver como resuelven los jueces y juezas constitucionales cuando existe una acción de protección en contra de una política pública vulneradora de derechos que a su vez requiere la declaratoria de inconstitucionalidad del acto normativo mediante el cual se implementó.

En tercer lugar respecto a las diferentes visiones de actuación de los jueces y juezas ante la vulneración de derechos del buen vivir o DESC mediante una política pública, y después del análisis de los argumentos vertidos en contra y a favor de la visión tradicional, intermedia y activista se puede concluir que la Constitución ecuatoriana exige una visión activista por parte de los y las juezas constitucionales al establecer las garantías jurisdiccionales como mecanismos idóneos para la reclamación de la vulneración del buen vivir.

Respecto a la visión tradicional, personalmente considero que ciertamente no es adecuada para la protección de los derechos, pues resulta fácil para un juez inhibirse de resolver un caso cuando las causas sometidas a su consideración presentan tintes complejos, y más aún políticos, frente a la vulneración de derechos económicos sociales y culturales mediante una política pública, cuando la Constitución exigen la construcción de mecanismos de reparación ante la vulneración de un derecho.

Por ello considero que la misión principal de los y las jueces y juezas es

precautelar por el cumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución, sin embargo y con el objeto de establecer una reparación integral, habrá que analizar cada caso, pues la solución que se plantee dependerá de las circunstancias y el contexto. Sin embargo es obligación ineludible de los jueces y juezas generar un campo creador de derecho en el que se viabilice la tutela efectiva de los derechos, pues de una interpretación integral de la Constitución resulta evidente el papel de los jueces como fuente primaria de derecho.

Siempre he creído que los extremos no son buenos, por ello considero que una visión activista radical no resultaría positiva para la efectiva protección de los derechos, pues podría traducirse en sentencias ciertamente garantistas pero difícilmente aplicables en la práctica. Es ahí cuando deben combinarse ciertos mecanismos de la visión intermedia con la visión activista como por ejemplo mecanismos de reparación que no establezcan políticas concretas sino mecanismos de acción para los que los órganos encargados formulen dichas políticas, y a ello sumado un proceso de control y seguimiento del cumplimiento de la formulación de dichas política para lograr una efectiva reparación integral ante la vulneración de los derechos económicos sociales o culturales.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Courtis Cristian, *Los derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- Abramovich Víctor, *Formulación y control de políticas sociales, en La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ambito local*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Abramovich, Víctor, *El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales en La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto 2009.
- Alegre, Marcelo, *Igualitarismo, democracia y activismo judicial*, en *Los derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- Ariza Librado, José, *La realidad contra el texto: Una aproximación al estado de cosas inconstitucional*, en *Perspectivas Críticas*, Bogotá, Legis, 2001.
- Avila, Ramiro edit., *Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, en *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Avila Santamaría, Ramiro edit., *Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos*, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Avila Santamaría, Ramiro y Cristian Courtis edit., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

- Bazán, Víctor, *Los Derechos Económicos, Sociales y culturales en acción, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*.
- Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- Casilda, Ramón El Estado de Bienestar a Discusión, en *Pros y Contras del Estado de Bienestar*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996.
- Courtis Cristian edit, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes indroductorios, en Ni un paso Atrás*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Gaspar Caballero Sierra, *Corte Constitucional y Legislador- Contrarios o Complementarios*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- Garrorena Angel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991.
- Grijalva, Agustín y Trujillo Julio Cesar, *El fundamento Constitucional de la Nueva Economía*, *Revista de análisis político la Tendencia* No 10 feb marzo 2010.
- Holguín, Juan Larrea, *Derechos y Constitución*, Quito, Corporación de Estudios y publicaciones, 2001.
- López, Clara Eugenia, *Economía de los Derechos*, Medellín, Ediciones Rosaristas, 2005.
- Montesquieau, *Del Espiritu de las Leyes, Libro XI*, Madrid, 1980.
- Morelli, Sandra, *La posibilidad de Control Constitucional de los Actos Económicos del Estado*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000.
- Olano, Carlos Alberto, *La Sociedad, el Estado y los Ordenamientos Jurídicos*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional.

- Perez, Luis E. *Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas, en los derechos sociales en serio*, Dejusticia, Bogotá, 2007.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis en Víctor Bazán, *Los Derechos Económicos, Sociales y culturales en acción, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Montevideo, Konrad, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis, *Los Derechos Sociales y el principio de igualdad sustancial*, Editorial Porrúa, México 2001.
- Sagués, Néstor Pedro, *Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina*, en Luis Lopez Guerra, *La justicia Constitucional. En la Actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.
- Sagues, Néstor Pedro, *Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico*, en *Un cambio ineludible*, Quito, Tribunal Constitucional, 2008.
- Salgado Pesantez, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, AED, 1996.
- Silva Carolina, *El Buen Vivir en la Constitución Ecuatoriana*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Trujillo, Julio C., *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994.
- Uprimny, Rodrigo, *Reflexiones tentativas sobre constitución, economía y justicia constitucional en América Latina*, en *Un cambio ineludible*, Quito, Tribunal Constitucional, 2008.

- Vargas, Alejo, *El Estado y las políticas públicas*, Bogotá, Almudena Editores, 1999.
- Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas decoloniales de nuestra época*, Quito, Ediciones Abya Yala, 2009.
- Walsh, Catherine, *Estado Plurinacional e intercultural, complementariedad y complicidad hacia el buen vivir*, Quito Abya Yala 2009

Leyes e Instrumentos Internacionales

- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG No 3, agosto 2009.
- Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales 2008.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe de Desarrollo Humano, 1994 pag 3.
- Senplades, Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013.

Fuente de Internet

- Acosta, Alberto, *El Buen Vivir, una oportunidad por construir*. Publicado en www.otrodesarrollo/buenvivir, junio 2010.
- Angarita Baron, Ciro, Sentencia Corte Constitucional Colombiana No T-406/92, en www.corteconstitucionalcolombiana.gov.co, septiembre 2009.
- Case No. 2000-08-0109 Constitutional Court of Latvia (*“On Compliance of*

Item 1 of the Transitional Provisions of the Law “On Social Insurance” with Articles 1 and 109 of the Satversme (Constitution) of the Republic of Latvia and Articles 9 and 11 (the First Part) of the December 16, 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”), Riga, 13 March, 2001 publicado en <http://www.escrnet.org/>, febrero 2010

- Caso Corte Suprema de Bangladesh, *Kendra (ASK) v Government and Bangladesh & Ors 19 BLD*, julio (1999) 488, publicado en <http://www.escrnet.org/>
- Estermann, Josef, *Crecimiento cancerígeno versus buen vivir, La concepción andina indígena de un desarrollo sostenible como alternativa al desarrollismo occidental*, publicado en http://culturaandina.khipu.net/pdf/filosofia/publicaciones_diversos_josef_estermann.pdf.
- Ferrajoli, Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*, publicado en <http://e-espacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:filopo:-2001-17-0011/pdf>
- Kowii Ariruma, *El sumak Kawsay*, publicado en www.un.org
- Peña, Mireya Maritza, *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, en <http://www.observatoriomercosur.org> publicado en agosto de 2009
- Ramírez, Juan Carlos, *Derechos Económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad*, Bogotá, CEPAL, 2004 publicado en www.edac.org
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *López, Glenda y otros c. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) s/ acción de amparo. Expediente 00-1343. Sentencia N° 48* Abril 6, 2001 publicado en <http://www.escr-net.org/>, febrero 2009

- Tribunal Constitucional Ecuatoriano, *Caso Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) c. Arco Oriente s/ Amparo* 1 de abril de 2000, publicado en <http://www.escrnet.org/>, febrero 2010
- <http://www.defensor.gov.ar/informes/fallochaco.pdf>.