

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención Derecho Constitucional

El tránsito del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia: Su implicación en la garantía jurisdiccional de los derechos sociales

Paul Mancero Carrillo

2011



Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magister 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.

.....

Paul Hernán Mancero Carrillo

2011-09-20

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención Derecho Constitucional

**El tránsito del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional
de Derechos y Justicia: Su implicación en la garantía
jurisdiccional de los derechos sociales**

Paul Mancero Carrillo

2011

Tutor: Pablo Alarcón Peña

Quito

RESUMEN

El presente tiene como propósitos analizar el cambio de modelo de Estado que trajo la Constitución del 2008, (Estado Constitucional de Derechos y Justicia), a diferencia de lo que estableció la Constitución de 1998, (Estado Social de Derecho), y en función de la transformación de este principio rector, evidenciar los avances en materia de derechos constitucionales, sus principios de aplicación, así como la protección judicial de los mismos, dando especial énfasis en los derechos sociales y su justiciabilidad.

El estudio abarca un examen comparativo teórico-normativo de los dos regímenes constitucionales en lo que respecta al contenido, alcances, denominación y garantía judicial de los derechos sociales, y en esta perspectiva la tarea de los jueces frente a una nueva realidad constitucional en lo atinente a la interpretación, rol creador de derechos y guardián del Estado Constitucional de Derechos. Se incluyen también algunos datos relevantes referentes a la utilización de la acción de protección como mecanismo idóneo para tutelar derechos del buen vivir, así como una breve referencia al problema de la residualidad como característica asignada a dicha acción, lo que se ha constituido en un fuerte obstáculo para obtener una garantía jurisdiccional efectiva de los derechos constitucionales, incluidos los sociales.

Por último se estudia resoluciones y sentencias concretas de acciones de amparo (Constitución 1998) y de acciones de protección (Constitución del 2008), con la finalidad de evidenciar si el cambio constitucional ha tenido eficacia en la realidad jurisprudencial, llegando a concluir que pese a la mutación de modelo, no se refleja en la realidad judicial un cambio considerable en relación a la protección eficaz de los derechos sociales.

Agradecimientos:

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, forjadora de personas y profesionales comprometidas con las causas de la patria, en especial al Área de Derecho, en su personal administrativo y fundamentalmente docente, maestros que me han hecho un mejor profesional y ser humano. Mención particular a mi tutor Pablo Alarcón Peña, joven jurista que con sus amplios conocimientos me ha sabido orientar para llegar a culminar este objetivo. Mi permanente gratitud.

Dedicatoria:

A mis padres, hijo, esposa y hermanos, quienes me han acompañado solidariamente en la consecución de este objetivo académico.

A mi país, necesitado de libertad y justicia.

TABLA DE CONTENIDOS

	P.
Introducción.....	9

Capítulo I

LOS DERECHOS SOCIALES Y SU GARANTÍA JURISDICCIONAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

1.1.-Estado Social de Derecho y Estado Constitucional de Derechos y Justicia.....	11
1.1.1.-El Estado Social de Derecho: Origen y Contenido.....	11
1.1.2.-Estado Social de Derecho en Ecuador.....	14
1.1.3.- Estado Constitucional de Derechos y Justicia.....	14
1.2.-Los Derechos Sociales en las Constituciones de 1998 y 2008.....	19
1.2.1.-Denominación y contenido.....	20
1.2.2.-Principios de los derechos constitucionales, incluidos los sociales.....	24
1.2.3.- Influencia de la teoría del derecho subjetivo.....	41
1.2.4.-Las garantías de los derechos.....	49
1.2.5.-La garantía judicial de los derechos sociales.....	53
1.2.6.- La acción de protección. Garantía jurisdiccional de los derechos sociales.....	61

Capítulo II

ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y TENDENCIA DE UTILIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN RESPECTO A LOS DERECHOS DEL BUEN VIVIR:

ANÁLISIS DE FALLOS SOBRE VIVIENDA Y SALUD

2.1.-Rol de los jueces y Estado Constitucional.....	65
2.1.1.-La interpretación constitucional.....	66
2.1.2.- El rol creador de derecho del juez constitucional.....	67
2.2.-Tendencia en la utilización de la acción de protección para tutelar derechos del buen vivir y su respuesta judicial: Vivienda y Salud.....	71
2.3.-Análisis de fallos de acciones de amparo y protección en relación a los derechos a la vivienda y salud.....	74
2.3.1.-Enfoque y análisis de fallos sobre derecho a la vivienda.....	75
2.3.2.- Enfoque y análisis de fallos sobre el derecho a la salud.....	93
Conclusiones y recomendaciones.....	111
Bibliografía.....	116

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, desde la perspectiva del cambio de régimen constitucional ocurrido en octubre del 2008, aborda las implicaciones del tránsito -Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia- en cuanto a la protección judicial de los derechos sociales, que en nuestra Constitución se los denomina de buen vivir. El estudio se lo realiza desde la teoría constitucional (dimensión abstracta) como desde la jurisprudencia constitucional (dimensión sociológica).

La interrogante que nos hemos planteado es, si el cambio teórico de la forma de Estado ha conllevado de igual manera un mejoramiento práctico en la tutela judicial de los derechos sociales, conforme los nuevos principios y garantías judiciales enunciadas en la actual Constitución. Para responder esta pregunta nos hemos servido de fuentes doctrinarias, normativas constitucionales e internacionales y jurisprudenciales. Es pertinente señalar que la presente investigación esta circunscrita a los limites espacio temporales señalados en la misma y su alcance a casos específicos, escogidos aleatoriamente de un conjunto de casos previamente revisados y de similares características, que evidenciaban un problema de justiciabilidad de los derechos sociales. Esta metodología de selección de casos para su análisis, básicamente se debió a que no existen en las entidades pertinentes del Estado, bases de datos sistematizadas y estadísticamente ordenadas que evidencien por lo menos tendencias cuantitativas, aunque no cualitativas sobre garantía jurisdiccional de derechos del buen vivir.

En el primer capítulo se analiza comparativamente los avances teóricos normativos de la actual Carta Constitucional respecto a la Constitución de 1998, en función a la garantía jurisdiccional de los antes mencionados derechos, teniendo como parámetros de análisis: la denominación y contenido de los derechos sociales, los principios de aplicación como la

igualdad jerárquica, la interdependencia, aplicación directa e inmediata y la justiciabilidad, las garantías de los derechos y en especial la acción de protección como mecanismo idóneo para su tutela.

El segundo capítulo estudia el rol de los jueces en el Estado Constitucional, los métodos de interpretación, la tendencia en la utilización de la acción de protección para proteger los derechos del buen vivir, de modo particular en cuanto a los derechos a la vivienda adecuada y salud. Además en el mismo capítulo se analiza resoluciones y sentencias de acciones de amparo y protección, con la finalidad de determinar si los avances teóricos de la Constitución vigente en cuanto a la garantía jurisdiccional de derechos, se plasman en estos casos concretos, los que a su vez constituirán en indicios para poder evidenciar problemas de protección judicial de los derechos del buen vivir en nuestro país, específicamente en lo concerniente a vivienda y salud. Es decir, indagamos si para resolver aquellos casos los jueces aplicaron el principio de igualdad jerárquica de los derechos constitucionales, cumplieron su rol creador del derecho utilizando métodos de interpretación constitucional adecuados, ampliaron las fuentes del derecho para resolver el caso. En suma, si los derechos sociales fueron efectivamente justiciables.

Las conclusiones y recomendaciones que se plasman en el presente trabajo, son el resultado del análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial del tema, por lo que en términos generales se afirma que conforme los fallos específicos estudiados, los avances normativos y teóricos respecto a los derechos en el Estado Constitucional, todavía no se plasman de la mejor manera para proteger los derechos sociales. El fortalecimiento de la función judicial, su independencia interna y externa y capacitación, son supuestos básicos para el funcionamiento del sistema, así como el mayor rol proactivo que debe desempeñar la Corte Constitucional, como ente rector de la justicia constitucional.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS SOCIALES Y SU GARANTÍA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO (CONSTITUCION DE 1998) Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA (CONSTITUCION DEL 2008)

Previo al análisis del tránsito del Estado Social de Derecho al denominado Estado Constitucional de Derechos y Justicia en nuestro país en función de los derechos sociales y su protección judicial, es pertinente realizar una mención genérica sobre la aparición y sustancia de la primera forma de Estado expresada, sin dejar de tomar en cuenta que sobre este tema existen distintas interpretaciones teóricas, lo que ha originado de igual manera diversas posiciones políticas.¹

1.1.-ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA

1.1.1.-*El Estado Social de Derecho: Origen y contenido*

Sobre el surgimiento de lo que se denomina Estado Social de Derecho, en adelante ESD la doctrina expresa:

Los orígenes de la fórmula Estado Social de Derecho (ESD) no aparece como tal hasta el turbulento período alemán de la república de Weimar y concretamente de la idea del teórico del estado de orientación socialista Hermann Heller en un famoso artículo titulado “Rechtsstaat oder Diktatur?” en 1930, en el que el Estado de Derecho (ED) aparece formulado como ESD como oposición a la visión liberal, considerado de forma generalizada como caduca, y frente a formulaciones totalitarias del estado, fueran de origen nacional socialista o bolchevique...²

El apareamiento del constitucionalismo social con las constituciones de Querétaro (México 1917) y de Weimar (Alemania 1919), produjo un distinto enfoque del Estado de Derecho.

¹ Nos referimos a las distintas visiones e interpretaciones sobre el Estado Social de Derecho, su contenido y proyección, formuladas fundamentalmente por los autores alemanes Wolfgang Abendroth y E. Forsthott, a quienes se les atribuye una perspectiva de izquierda y derecha política respectivamente.

² Gerardo Meil Landwerlin, “El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth. Dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”, en, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Nro. 42, noviembre - diciembre 1984, p.211.

Se evidenció que este último, al implementar únicamente la igualdad formal ante la ley, produce desigualdades económicas y materiales. Así, el Estado de Derecho escondía grandes antagonismos sociales, por lo que se planteó la transición del Estado de Derecho tradicional conocido como liberal al ESD.

No obstante, según el contenido que se da a la fórmula ESD pueden encontrarse antecedentes de la misma a mediados del siglo XIX. Si bien no la idea concreta, pero sí de alguna manera algunos lineamientos en las primeras agrupaciones obreras que reclamaban y reivindicaban un tipo de derechos relacionados especialmente con su actividad laboral; así como los partidos pequeño-burgués, que desencadenaron la revolución parisina de 1848. La doctrina sobre el particular señala:

[..]Más concretamente, se encuentran dichos contenidos en las reivindicaciones obreras del siglo XIX, que exigían la consideración del trabajo como un derecho a proteger por el Estado y en la exigencia de creación por el Estado de centros de producción gestionados por los propios trabajadores cooperativamente. Con el fracaso de la revolución y la represión subsiguiente desaparecieron dichas reivindicaciones para volver a plantearse con el surgimiento del movimiento obrero en Alemania, concretamente, el programa de Erfurt, para desaparecer, al no alcanzar los partidos obreros el poder, hasta la primera guerra mundial.³

El contexto histórico político del apareamiento del ESD y del constitucionalismo social, expresa la transacción entre los obreros y la burguesía como salida a las tensiones y crisis del Estado Liberal de Derecho. El ESD consistirá entonces en la forma que permitiría alcanzar al movimiento obrero y a la burguesía un relativo equilibrio. A decir de Diego Valadés,⁴ esta forma de Estado plantea *la viabilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, particularmente mediante la limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al derecho, la intervención coercitiva del Estado en el proceso productivo y la*

³ Gerardo Meil Landwerlin, Revista de Estudios..., p. 212.

⁴ Diego Valadés, "El Estado Social de Derecho", p. 62, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/994/7.pdf>.
[última visita 24-02-2011](#)

transposición de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público.

Reinhold Zippelius respecto al ESD le da otra expresión:

Estado social liberal, para caracterizar la sociedad industrializada de Occidente que se sitúa entre las tendencias totalitarias y las liberales, de manera que se garanticen las posibilidades de desarrollo individual al tiempo que se limita el egoísmo que perjudica la libertad del conjunto. En tanto que correctivo de las distorsiones del liberalismo, esa posibilidad del Estado Social de intervenir siempre que la economía de mercado haga peligrar las condiciones mismas del mercado libre o de causar daños significativos a la economía nacional o al medio ambiente.⁵

Bajo estas premisas el ESD no niega los valores del Estado liberal, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material, partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino unos términos de implicación recíproca de tal modo que no pueden realizarse uno sin el otro, lo que implica unos márgenes importantes de interacción.

Para Manuel García Pelayo⁶ *mientras que el Estado Liberal se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado Social se sustenta en la justicia distributiva*: en el primero asignaba derechos sin mención de contenido, en el segundo se distribuyen bienes jurídicos de contenido material; mientras que el liberal era fundamentalmente un Estado legislador, el social es fundamentalmente un Estado gestor a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación. En atención a este modelo tenemos el surgimiento de los denominados *derechos sociales*.

En suma, el ESD a decir de Diego Valadés⁷ contiene la fusión de tres elementos: *Estado, derecho y sociedad, e implica la sujeción de su actividad a normas que garantizan la separación*

⁵ Reinhold Zippelius, *Teoría General del Estado*, México, 1987, citado por Diego Valadés, “El Estado Social de Derecho”, p.62-63, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/994/7.pdf>. última visita 24-02-2011.

⁶ Manuel García Pelayo, *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, p. 215

⁷ Diego Valadés, “Estado Social de...”, p.61

de funciones de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad sobre las personas conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas, el respeto de los derechos y libertades individuales, la reivindicación y tutela de los grupos sociales económicamente débiles y el desarrollo del pluralismo como instrumento de la sociedad para expandir sus prerrogativas y controlar los órganos del poder.

1.1.2.-Estado Social de Derecho en Ecuador

Si bien es cierto que la utilización de la fórmula ESD en nuestro país, aparece recién a partir de la denominada Constitución de 1998, se puede afirmar que parte de su contenido empieza a surgir con el denominado constitucionalismo social, cuyo origen histórico local está plasmado en la Constitución de 1929 y se consolida claramente en la de 1945. A partir de estos años nuestras Constituciones han ido adoptando e incorporado progresiva y paulatinamente los principios fundamentales de esta forma de Estado. Así tenemos la incorporación de los derechos sociales⁸ y el aumento permanente de su catálogo, aunque con dificultades propias para su definitiva protección y garantía. También tenemos la incorporación de la gestión y control del Estado a la economía y el mercado, la utilización de la planificación y la prestación de servicios públicos.

1.1.3.- Estado Constitucional de Derechos y Justicia

La Constitución Política del Ecuador de 1998⁹ configuraba al Estado ecuatoriano como ***Social de Derecho***, a diferencia de lo que determina la Constitución de la República del 2008, que señala que nuestro régimen o forma estatal es ***Constitucional de Derechos y Justicia***.

⁸ Según la doctrina los derechos sociales pueden ser definidos en dos sentidos complementarios: a) En sentido objetivo pueden ser entendidos como el conjunto de normas que permiten al Estado desarrollar su función equilibradora de las desigualdades sociales; b) en sentido subjetivo pueden entenderse como aquellas facultades jurídicas que tienen los individuos y los grupos para participar en los beneficios de la vida social. Sobre el particular Ver: Antonio Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 183.

⁹ Sobre sí lo que entró en vigencia en el año de 1998 fue efectivamente una nueva Constitución, ha sido objeto de discrepancia, ya que también se ha señalado que dichos textos no fueron otra cosa que reformas constitucionales a la Carta Política vigente desde 1979. No tomo partido por ninguna de las posiciones sobre el particular ya que el señalamiento que lo realizo es referencial.

Evidentemente no se trata de un simple cambio de denominación sino que implica distintas conceptualizaciones teóricas y normativas, en esa línea pretendemos evidenciar si efectivamente se ha dado una transformación profunda en el contenido, alcance y protección de los derechos sociales, primero desde el punto de vista teórico, normativo y posteriormente en el plano jurisprudencial.

No existe otra denominación o fórmula en otro país de América ni siquiera en el mundo que utilice la expresión *Constitucional de Derechos y Justicia* para referirse a su forma o modelo de Estado, quizá la más cercana es la de Estado Constitucional de Derecho, esta última es utilizada más bien en la caracterización doctrinaria antes que en la denominación expresa de un Estado. Sin duda esta fórmula a nuestro entender quiere reflejar el esfuerzo por constituir un modelo estatal propio fruto de la simbiosis de modelos y conceptos.

Ramiro Ávila sobre el particular señala:

En ninguna parte del mundo se va a encontrar un estado que se define como un Estado de derechos, de Justicia (salvando Venezuela en este aspecto) ni constitucional ¡Cómo llegamos a este concepto? Para algunos comentaristas es ridículo, para otros podría ser considerado como el concepto y la teoría más elaborado de derecho y de la teoría política.¹⁰

En cuanto a su contenido este modelo de Estado como se puede apreciar conjuga tres elementos que son, *lo constitucional, los derechos, y la justicia*. Nos referimos brevemente a cada uno de aquellos. *Lo constitucional* está dado por una dimensión de validez doble, será en el plano formal y material, implica la construcción de un modelo forjado sobre la base de un pluralismo en sociedad de distintos y la igualdad real de oportunidades como prohibición de cualquier discriminación negativa. La dimensión formal se refiere a lo procedimental, en cuanto a la producción de la norma jurídica conforme lo establece la carta constitucional, de la cual obtiene

¹⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de los Derechos y Justicia: modelo garantista y democracia sustancial del Estado”, En *Jornadas de Capacitación de Justicia Constitucional*, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, 2008, p.39.

una delegación de eficacia y validez, además del establecimiento de la rigidez constitucional como garantía de la permanencia de los derechos. En el ámbito de validez sustancial, se ubica dentro de los derechos fundamentales, entendiéndose por a los mismos tanto a los individuales, sociales y colectivos, dejando de lado la necesidad de la titularización del derecho en el plano subjetivo y proyectándolo a la pluralidad de personas. La protección de los derechos constitucionales se constituirá en el fin del Estado.

Sobre el elemento constitucional del Estado, la doctrina manifiesta:

La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable, por parte de cualquier persona, autoridad o juez. Al considerarse una norma vinculante requiere de una autoridad competente para sancionar su incumplimiento. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. El poder para resolver casos de conflicto entre órganos o por exceso en sus atribuciones, se transfiere del parlamento a los jueces con competencia constitucional.¹¹

En este sentido, la finalidad o centralidad del Estado Constitucional es la persona y sus derechos fundamentales sin distinción entre individuales, sociales o colectivos, la fuente de donde nace es el poder constituyente, su límite será la constitución en su contenido material -formal, y quien resuelve las disputas constitucionales ya no será el legislativo sino la justicia constitucional.

En relación a lo constitucional del Estado Luigi Ferrajoli, además afirma:

[...]La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado <<democracia constitucional>>, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia en su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar,

¹¹ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en, Ramiro Ávila Santamaría (Editor): *Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008, p.22-23

y los derechos sociales - derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia, que toda mayoría está obligada a satisfacer.¹²

La segunda connotación, respecto al *Estado de Derechos* implica básicamente el cambio de referente, es decir la concepción tradicional del Estado de Derecho se sustentaba en el sistema jurídico, en el positivismo jurídico; en el Estado de Derechos el fundamento ya no es exclusivamente positivista sino son los derechos fundamentales de las personas, y eso marca una gran diferencia, ya que estas creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente.

El Estado de Derechos, bajo esta perspectiva, tiene dos elementos fundamentales que constituyen los pilares fundamentales para su construcción y proyección; a su vez para la superación del Estado legicéntrico positivista como aspiración de los teóricos del mismo. El primero, la *pluralidad jurídica en el sistema de fuentes*; el segundo es *la centralidad de los derechos fundamentales como finalidad del Estado*. En el primer elemento, (*pluralidad jurídica*) a diferencia del Estado legalista o legislativo en el que la única fuente que resulta válida para el nacimiento del derecho es la ley, quedando las otras fuentes y los sistemas jurídicos como meros auxiliares que sirven para desentrañar el sentido y contenido de la ley, o sólo son considerados cuando la ley lo disponía. En el Estado de Derechos los sistemas jurídicos y fuentes se diversifican, ya no se circunscriben o centralizan en la ley¹³

¹² Luigi Ferrajoli, "La democracia constitucional", en Miguel Carbonell (Editor): *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p.27.

¹³ Por consiguiente tendríamos como fuentes; a.- la autoridad que ejerce competencias constitucional que a normas jurídicas obligatorias con el carácter de ley (precedentes nacionales), b.-Las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales)c.-El ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, d.-Las comunidades indígenas crean normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, e.-la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. En suma, el sistema formal no es el único derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, se denomina pluralidad jurídica. Ver : Ramiro Ávila Santamaría, Ecuador Estado Constitucional..., p.30

El segundo elemento (*la centralidad de los derechos fundamentales como fin del Estado*), consiste en que a este le corresponde de manera principal el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionales. Por consiguiente como bien lo dice Ramiro Ávila Santamaría¹⁴, *la parte dogmática de la carta constitucional tiene especial protagonismo en relación a la parte orgánica, por lo que esta segunda parte y el sistema jurídico debe adecuarse a fin de cumplir los derechos establecidos en la primera parte*. Por ello, no es casualidad que entre las garantías que existen son de políticas públicas, normativas y jurisdiccionales.

Al respecto Julio Cesar Trujillo¹⁵ afirma que *con la nueva Constitución, y esto es lo nuevo y transformador, el Estado se constituye para que los derechos que en ella se enuncian sean realmente gozados, efectivamente ejercidos por los habitantes de su territorio y que estos, como individuos o como colectividades, dispongan de mecanismos para demandar a las autoridades, por medio de las garantías incluso jurisdiccionales*.

Por último el Estado de Justicia implica en sí mismo una enorme dificultad para definirlo, por lo que seguramente la academia deberá seguir analizando, estudiando y debatiendo sobre el mismo, básicamente porque siempre será complejo y relativo el debate sobre la justicia. Juristas connotados y sectores de la doctrina han señalado que el análisis de la justicia no debe ni puede ser parte de la ciencia jurídica, siendo ésta importante señalan, pero no deja de ser ajena y externa al derecho.

En la afirmación de la justicia como elemento de la ciencia jurídica, la concepción diferenciada de vigencia y validez cobra especial importancia¹⁶, teniendo en cuenta que la vigencia tiene relación con la producción formal de la norma, esto quiere decir que haya sido

¹⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *Constitución del 2008 en el...*, p.36

¹⁵ Julio Cesar Trujillo, "Presentación", en *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2008, p.9

¹⁶ Ver: Luigi Ferrajoli, "Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez", en *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005, pp. 874-876.

elaborada por una autoridad competente y de acuerdo a los procedimientos establecidos en la prescripción normativa; la validez en cambio tiene relación con el contenido material de la disposición normativa. Sobre el elemento justicia en el Estado, Ramiro Ávila señala: *En suma, la invocación del Estado de justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede ser sino una organización social y política justa.*¹⁷

1.2.- LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES DE 1998 Y 2008

Para entender el contenido, denominación y alcance teórico de los derechos sociales establecidos en la Constitución de 1998, es necesario y pertinente ubicar los mismos dentro del contexto general de forma de Estado que estableció dicha Carta Constitucional.¹⁸ Al acoger la fórmula ESD nuestro país introducía teóricamente tanto en su estructura constitucional, en su actividad política, económica y social, los fundamentos y concepciones del Estado Social, debiendo considerarse este no como una simple enunciación semántica sino como su sustento, en el cual se debió construir la institucionalidad así como la actividad pública y privada del Ecuador.

Al instituir esta forma de organización estatal, nuestra organización pública quedaba obligada a adoptar una serie de medidas tendientes y necesarias a realizar la justicia social, la dignidad humana, el respeto a los derechos y libertades, la sujeción de la autoridad a una serie de deberes y derechos recíprocos establecidos constitucionalmente. Es decir el Estado no sólo tenía una obligación abstencionista, no intervenir en las libertades de las personas, si no que por el contrario exigía una actuación con la finalidad de eliminar o por lo menos disminuir las

¹⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *Constitución del 2008 en el...*, p.28.

¹⁸ El Art. 1 de aquella Constitución, señalaba: “El Ecuador es un *estado social de derecho*, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural, y multiétnico. Su gobierno desde republicano, presidencial, el efectivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.” (lo resaltado y cursivo es del autor)

condiciones de desigualdad material. También el establecimiento de un amplio catálogo de los denominados derechos sociales se constituía en un elemento fundamental previo para la materialización de los mismos, es decir su reconocimiento constitucional era fundamental aunque no definitivo a fin de lograr en la vida cotidiana el ideal del Estado Social y su conjunto de principios, valores y elementos que deben regir la vida de la comunidad.

En cambio, el análisis de los derechos sociales en la Constitución vigente, se tiene que dar dentro del contexto general establecido en aquella respecto a la forma o modelo de Estado que hemos adoptado.¹⁹ Como analizamos anteriormente cuando se expresa *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, se está adoptando una determinada categoría que va a configurar una determinada forma jurídica política de organización, y en función de esta se debe entender y aplicar tanto derechos y garantías como los elementos orgánicos de la Constitución. En este sentido sobre la nueva forma estatal Julio Cesar Trujillo afirma: [...]” a unos y otros, nos inicia en el análisis y la comprensión de lo que hemos de entender por Estado constitucional de derechos y justicia, no precisamente como realidades existentes ahora, en el hoy del Ecuador, sino como proyecto que debemos construir con nuestro esfuerzo cotidiano.”²⁰

Es importante señalar que si bien es cierto que esta nueva fórmula parece reemplazar o sustituir a la de ESD no es menos cierto que la categoría de *social* permanece en el esquema de elementos constitutivos del Estado, lo que implica que el Ecuador no abandona la concepción del Estado Social, aunque el mismo deberá entenderse bajo esta nueva realidad constitucional.

1.2.1-Denominación y contenido

1.2.1.1.- En la Constitución de 1998

¹⁹ Así el art. 1 inciso primero de la Constitución del 2008, establece: “El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y caicos. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.” (lo subrayado es nuestro)

²⁰ Julio Cesar Trujillo, Constitución del 2008..., p.8

La Carta Constitucional de 1998, incluye los denominados derechos sociales, propios del ESD, en el capítulo IV, Arts. 30 al 82, bajo la denominación “**derechos económicos, sociales y culturales**”, (en adelante DESC), acogiendo el apelativo que a nivel internacional se ha otorgado a este tipo de derechos.²¹ Bajo este capítulo se estructuró un conjunto de derechos: a.-De la propiedad, b.-Del trabajo, c.- De la familia, d.-De la salud, e.-De los grupos vulnerables, f.-De la seguridad social, g.-De la cultura y educación, h.-De la ciencia y tecnología, i.-De los deportes.

Sobre los DESC en nuestro país y su contenido, en función del ESD, César Montaña Galarza afirmó:

El Estado con sus principios fundamentales e instituciones, trata de cumplir precisamente sus deberes primordiales, entre ellos aseguran la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social; la protección del medio ambiente, preservar el crecimiento sostenible de la economía y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo; erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes. (Ref. Art.3 de la C.P.E). Por experiencia, la trayectoria del accionar estatal nos demuestra lo sinuoso del terreno que ha debido recorrer y la inexistencia -hasta nuestros días- de parabién por parte de las masas,...

Por otro lado, cuando regía la Constitución de 1998, eran ya parte del denominado bloque de constitucionalidad ecuatoriano²³ los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por nuestro país, y sobre la materia el principal es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el mismo que establece la obligación de los Estados parte de implementar mediante medidas eficaces y con progresividad, los derechos allí reconocidos.

²¹ Adoptado oficialmente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976

²² Cesar Montaña Galarza, “Reflexiones sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Ecuador”, artículo para el Programa Andino de Derechos Humanos, en <http://www.uasb.edu.ec/padh>: ultima visita 02-03-2011

²³ Sobre la noción de “bloque de constitucional”, esta se originó en Francia, a mediados de la década de los setenta del siglo XX, por parte del Consejo Constitucional Francés. En Latinoamérica se desarrolló esta noción principalmente por la Corte Constitucional de Colombia. En su sentencia Nro. C-225/95, sobre el particular en su parte medular dice: “El bloque de constitucionalidad está conformado por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control constitucional de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”

1.2.1.2.-En la Constitución del 2008

La Constitución del 2008 en este aspecto tiene un gran contenido de derechos constitucionales, lo que implica un alto grado de materialización, es decir de todo un contenido no meramente declarativo sino que conlleva una serie de mecanismos que permitirían o facilitarían su realización y aplicación práctica. En efecto, la Carta Constitucional vigente recoge o representa mucho de lo que ha dado por llamarse doctrinalmente como Neoconstitucionalismo, el que según Miguel Carbonell,²⁴ *propugna que las Constituciones no se limiten a establecer competencias o separar a los poderes públicos, sino que contengan altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionen la acción del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.*

En esta perspectiva general se encuentran incluidos los *derechos sociales*, aunque ya no con esta denominación, en virtud de que nuestra Constitución vigente, realiza una clasificación atípica y poco tradicional de los derechos humanos y constitucionales, apartándose en este sentido de las denominaciones clásicas, y mucho más aún de la enunciación de las generaciones de derechos. Sin duda alguna la actual denominación y clasificación de los derechos en nuestra Carta Constitucional es bastante original.

Los derechos sociales que constaban en la Constitución de 1998, están recogidos en su gran mayoría en el grupo denominado “*derechos del buen vivir*”, y marginalmente en el grupo “*derechos de las personas y grupos de atención prioritaria*”, constantes en los artículos 12 al 55 (C.R.2008). Aparte del catálogo de derechos se establecen varios sistemas relacionados con el “*buen vivir*”, o “*sumak kawsay*” utilizando la expresión quechua de la Constitución. Así tenemos el Régimen del buen vivir constante en el Título VII, artículos 340 al 415 CC.R.2008).; El

²⁴ Miguel Carbonell. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en M. Carbonell (ed), Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Madrid, trota-IIIJ (UNAM), 2007,P.10., citado por Marco Aparicio Wilhelmi, Derechos: “enunciación y principios de aplicación” en, *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2008, p.23

régimen de desarrollo constante en el Título VI, artículos 319 al 337 (C.R.2008), en lo que tiene que ver al trabajo propiedad social y comercio justo.²⁵

Sin embargo, la noción de *sumak kawsay* en el debate constitucional ecuatoriano, parecería que está todavía lejos para la gran mayoría, nos atreveríamos a decir que incluso para quienes lo aprobaron, lo que ha generado como es normal una serie de interpretaciones y cuestionamientos sobre su alcance y contenido en las normas constitucionales por lo que sería importante profundizar en su análisis.

Francisco Palacios²⁶ sobre el alcance y contenido de derechos sociales en nuestro país, dice que recoge dos visiones. *La primera* fundamentada en expresión alemana “*daseinsvorsorge*” (procura existencial) que sintetizaba y concretaba la teoría jurídica del Estado social en Europa a mediados del siglo XX, que justificaba la prestación de derechos sociales por parte del Estado. *La segunda*, el “*sumak kawsay*” (buen vivir o vida digna), concreta toda la cosmogonía comunitarista de origen indígena que se intenta proyectar, a nivel de Estado y en todo un sistema social y jurídico de derechos y sociabilidad; y que se refleja en los últimos proyectos constitucionales del continente americano en el siglo XXI. Para Magdalena León²⁷ el *sumak kawsay* podría servir para *construir un modelo alternativo de sociedad, como un principio ordenador que permitiría superar el neoliberalismo e implantar un régimen económico alternativo, fundamentado en lo social, solidario, comunitario y justo*. Sería un camino o sendero adecuado para la configuración de una sociedad con otros valores y contenidos distintos al capitalismo.

Ahora y una vez que se ha determinado la relación de los derechos sociales con el *sumak kawsay* en el texto constitucional ecuatoriano, es pertinente evidenciar si estos derechos se

²⁵ Los artículos mencionados son de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.

²⁶ Francisco Palacios Romero. “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay”, en Ramiro Ávila y otros (Edits): *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, 2008, p.42.

²⁷ Magdalena León. “ el buen vivir, objetivo y camino para otro modelo”, en, *Revista de análisis político La Tendencia*, Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales (ILDIS), Quito 2008, p, 138-139.

encuentran incorporados en su totalidad en los “derechos del buen vivir” y los “derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, o por el contrario se han dispersado bajo la numerosa clasificación de derechos de nuestra Constitución.

En la Constitución de 1998 según Carolina Silva²⁸ se estableció un catálogo de once derechos pertenecientes a los denominados DESC, los cuales son propiedad, trabajo, familia, salud, grupos vulnerables, seguridad social, cultura, educación, ciencia y tecnología, comunicación y deporte. Estos se encuentran incorporados a los “*derechos del buen vivir*” y “*derechos de las personas y grupos de atención prioritaria*”, con excepción del derecho de propiedad y familia, los que son parte del grupo de “*derechos de libertad*”, es decir si no en su totalidad, la gran mayoría si. Claro que cuando hablamos de “derechos del buen vivir”, solo cuatro de los ocho restantes de este grupo y que no hemos mencionado estaban ausentes en el texto constitucional de 1998, éstos son agua, alimentación, hábitat y tiempo libre.

En suma, la categoría de DESC constantes en la Constitución de 1998, se encuentran incluidos en su gran mayoría bajo la denominación de *derechos del buen vivir* y en este grupo están incluidos derechos no constantes en el texto constitucional anterior, los que conceptualmente y por sus características podrían ser considerados sociales, ampliando el catálogo de aquellos reconocidos actualmente en relación al de 1998, así como el análisis de los derechos sociales que se debe realizar en función de la concepción del *sumak kawsay*.

1.2.2.- Principios de los derechos constitucionales, incluidos los sociales

1.2.2.1.-Constitución de 1998

²⁸ Carolina Silva Portero, “¿Que es el buen vivir en la Constitución?”, en, *Constitución del 2008 en el contexto andino análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2008, p. 127-130.

La Carta Constitucional de 1998 recogió principios para la vigencia de los derechos constitucionales en general, constaron en los Arts. 16 al 22. De estos principios es pertinente hacer un breve comentario por cuanto eran perfectamente aplicables a los DESC. Estos son los siguientes:

a.-El deber Estatal de respeto y obligación de hacer respetar los derechos constitucionales

Esta garantía constitucional implica la obligatoriedad del Estado, como su deber y fin más elevado, el de respetar y hacer respetar los derechos constitucionales. Es parte de este principio la obligación del Estado de construir la estructura administrativa e institucional para que las autoridades públicas respeten los derechos humanos consagrados en la Constitución y tengan a su vez la posibilidad de garantizar su respeto.

b.- La obligación estatal de garantizar sin discriminación alguna el libre y eficaz ejercicio y disfrute de los derechos constitucionales

Reconoce este principio la igualdad tanto formal como material, lo que implica condición necesaria para la vigencia plena de los derechos humanos contemplados tanto en la Constitución como de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos nacidas de tratados vigentes. La igualdad material referida es condición necesaria para la vigencia de los DESC, es decir el disfrute real y efectivo de los derechos sociales en la vida cotidiana de la colectividad, más allá de declaraciones retóricas.

c.-La interpretación más favorable para la efectiva vigencia de los derechos constitucionales

Cuando sea pertinente desentrañar el sentido de las normas relacionadas con derechos constitucionales, de existir alguna duda o distintas posibilidades de interpretación, deberá prevalecer el criterio que permita la real y efectiva vigencia. Esto implica que no es factible una

interpretación o aplicación restrictiva para el goce de los derechos humanos entendidos en su integralidad, no sólo de los denominados civiles y políticos.

d.- Prohibición de exigir requisitos no establecidos por la ley para el reconocimiento de los derechos constitucionales

No es pertinente que las autoridades que se encuentran investidas de potestades o prerrogativas legales, puedan a pretexto de su investidura exigirle condiciones o requisitos distintos de los que normalmente la propia Constitución o una ley señale. Esto con el objetivo de impedir la discrecionalidad de la autoridad pública.

e.-El desconocimiento o falta de ley no es excusa para vulnerar o no reconocer derechos constitucionales

La ignorancia o inexistencia de ley en materia de derechos humanos no es justificación, motivo o razón para su inobservancia, lo que comporta la obligación de una actuación responsable y la necesidad de promover el conocimiento y respeto de los derechos.

f.-La ley y otras normas jurídicas secundarias no podrán restringir el ejercicio de los derechos constitucionales y sus garantías

Se refieren al grado máximo de respeto de los derechos humanos y a la subordinación de la norma jurídica a los mismos. Implica también un reconocimiento de la supremacía de las normas de rango constitucional.

g.-Los derechos constitucionales y sus garantías no se limitan a las establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, sino incluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona.

La característica de progresividad de los derechos humanos es permanente y no conoce límites, ya que no se puede descartar la posibilidad de que las circunstancias sociales o la doctrina de los derechos humanos elaboren nuevos conceptos que puedan plasmar el apareamiento y desarrollo de un nuevo derecho.

h.- Obligación reparatoria e indemnizatoria por vulneración de derechos constitucionales y deficiente prestación de servicios públicos

Este principio conocido como de obligación reparatoria, también constituye una garantía constitucional con la finalidad de reparar los daños irrogados como consecuencia de actos, omisiones o deficiente prestación de servicios públicos. Implican una responsabilidad que debe asumir tanto el Estado como sus agentes, frente a la persona o ciudadano que ha sufrido la violación de su derecho. También se expresa este principio por la responsabilidad en que incurre el Estado por error judicial e inadecuada administración de justicia.

Sobre la importancia de los principios generales constantes en la Constitución de 1998 para la vigencia de los DESC, Cesar Montaña²⁹ *señala que constitucionalmente el Estado debía ser ente rector de la sociedad y la economía; el derecho debió ser un instrumento del Estado para la organización de la sociedad y el mercado; y finalmente la sociedad civil organizada era necesaria para la consolidación de la democracia y para defender los derechos de sus representados.*

La adopción del ESD y los principios señalados anteriormente implicaban que las instituciones cumplan sus deberes fundamentales como son los de asegurar la vigencia de los derechos constitucionales, las libertades, la seguridad social, el trabajo, la protección del medio ambiente, propiciar el crecimiento sustentable de la economía, el desarrollo equilibrado en beneficio de la colectividad, erradicar la pobreza, así como promover el progreso de los ciudadanos.

²⁹ Cesar Montaña Galarza, *Reflexiones sobre los Derechos...*, p.2.

Solamente configurar normativamente los DESC en la Constitución de 1998 y asumir formalmente los instrumentos internacionales sobre derechos sociales, parece que no fueron razones suficientes para la vigencia y aplicación de dichos derechos. Las prescripciones normativas para que sean instrumentos idóneos en esta materia debieron ser eficaces para incidir en la realidad social. Quedaron muchas cosas por hacer a fin de obtener la realización de los principios y contenido del ESD

1.2.2.2.- Constitución del 2008

La Constitución del 2008, en relación a los principios de aplicación e interpretación de los derechos constitucionales y sus garantías, enuncia pautas, guías o directrices generales, que tienen que ser seguidas en base a un proceso de interpretación y aplicación al caso concreto. Luigi Ferrajoli³⁰ sostiene que los principios son *mandatos de optimización*, al decir que son *mandatos* refuerza la idea de que son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas, al manifestar que son de *optimización* quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad.

Son distintos a las reglas, ya que su contenido es ambiguo, general y abstracto, en vista de que requieren ser interpretados, no contienen hipótesis en su estructura por consiguiente puede proporcionar una serie de posibilidades interpretativas, rigen para todas las personas y colectivos y además sirven de parámetro para interpretar cualquier disposición normativa o cualquier caso concreto que necesite una solución.

Las Constituciones, en la parte del catálogo de sus derechos, pueden contener una serie de preceptos denominados principios de aplicación, que son de carácter general y tienen que

³⁰ Luigi Ferrajoli, “El derecho general de libertad”, en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1997, citado por Ramiro Ávila, “Los principios de aplicación de los derechos”: en *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y que el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neo constitucionalismo y Sociedad, Quito, 2008, p.39.

entenderse para el conjunto y para cada uno de los derechos establecidos, sin distinción alguna, por consiguiente se aplican para los derechos civiles y políticos, sociales o colectivos, conforme la denominación doctrinaria tradicional o en nuestro caso para todos los grupos de derechos constantes en nuestra Carta Constitucional

Como se analizó, la Constitución de 1998 ya estableció una serie de principios de aplicación de los derechos, siendo un importante avance para la interpretación y adecuada aplicación de los mismos. La Constitución vigente asume los principios de la Constitución anterior e incluye algunos, marcando importantes avances en este tema y pretendiendo constituirse en instrumentos eficaces para la garantía efectiva de los derechos y no como simples enunciados declarativos o retóricos. A continuación nos referimos brevemente a estos:

a.-Respecto a la titularidad de los derechos (art. 10, Constitución del 2008) señala que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. También se asume que la naturaleza es sujeto de derechos. Este principio constitucional rompe con la teoría del derecho subjetivo constitucional analizado anteriormente, el mismo que era restrictivo e influía determinadamente en la posibilidad de la protección judicial de los derechos sociales. En relación a este principio, Ramiro Ávila³¹ afirma que *todos los derechos tienen una doble dimensión: la individual y la colectiva, y se denominará doctrinalmente como derecho fundamental*. La forma de su ejercicio puede ser variada, dependiendo de las circunstancias. Pudiendo ser en forma individual o como parte de un colectivo, sin necesidad de tener que justificar un interés personalísimo en el mismo.

³¹ Ramiro Ávila Santamaría, Desafíos Constitucionales...p.44.

b.-En cuanto a la legitimación activa para su exigencia, se puede dar tanto en forma individual y colectiva, gozando de acción popular³² (Arts. 11.1 y 86.1 Constitución del 2008).³³ De igual manera, con esta disposición se rompe en gran medida la teoría del derecho subjetivo aplicado a los derechos fundamentales, que exigía ser titular del derecho vulnerado para poder solicitar protección judicial. Lamentablemente este claro sentido constitucional no ha sido respetado por el Art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el que transcribimos en la parte pertinente a fin de realizar el correspondiente análisis:

Art.9.- Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo o nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o mas de sus derechos constitucionales, quién actuará por sí misma o a través de un representante o apoderado; y,

b) Por el Defensor del Pueblo.

Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce (lo subrayado es nuestro)

Como se evidencia, la antes citada disposición legal condiciona el ejercicio de las garantías jurisdiccionales a personas, comunidades, pueblos o nacionalidades, siempre que hayan sido vulnerados o exista amenaza de violación de sus derechos constitucionales, considerando víctimas directas o indirectas a quienes puedan demostrar un daño. Es decir, nuevamente se enlaza el acceso a las garantías jurisdiccionales a quienes tengan un derecho o interés presuntamente vulnerado, y no solo aquello, sino bajo esta concepción el interesado tiene que demostrar el daño irrogado, con lo que por vía legal se asume la necesidad de demostrar la titularidad del derecho o por lo menos un interés en él, a fin de poder ejercer un reclamo, aspecto fundamental de la teoría

³² La acción popular es aquella que puede utilizar cualquier ciudadano para impugnar un acto lesivo para el interés general. No es necesario invocar ni justificar la lesión de un derecho individual, ni un interés legítimo.

³³ El Art. 11.1 dispone: “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de manera individual y colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.”; y el Art. 86.1 dice: “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”

del derecho subjetivo aplicada a los derechos constitucionales, la misma que fue acogida por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana bajo la Constitución de 1998.

Es necesario destacar que justificar la titularidad del derecho vulnerado o un interés en el, así como demostrar el daño, son elementos no compatibles con la *acción popular*, la que se caracteriza justamente por lo contrario, esto es, no se necesita tener un interés específico o individual para ejercer la misma, sino más bien un interés general o colectivo. Por otra parte, las funciones del Estado encargadas de legislar, al aprobar y promulgar la disposición legal analizada, no sólo que contravinieron la característica constitucional de acción popular o pública que tienen las garantías jurisdiccionales, sino también el principio de prohibición de restricción normativa de los derechos y garantías constitucionales (Art. 11.4 Constitución del 2008). Este sin duda es un fuerte obstáculo con el que se enfrentan los jueces al momento de conocer, resolver y proteger vulneraciones a derechos sociales o del buen vivir, y es nuestro interés estudiar como aquellos han afrontado este tema en varios fallos de acción de protección, lo que realizaremos en el siguiente capítulo.

c.- Respecto a la igualdad y no discriminación (Art.11.2 Constitución del 2008), se establecen tres aspectos fundamentales que son: *la igualdad formal* que implica que ante la norma jurídica, todas las personas deben ser tratadas de igual manera; *la igualdad material*, a decir de Santos Boaventura de Sousa³⁴, *implica rebasar el plano jurídico y llegar a la realidad de la persona, por consiguiente todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza*; la no discriminación, garantiza la igualdad prohíbe la segregación de cualquier tipo, propugna la igualación a través de acciones afirmativas.

³⁴ Santos Boaventura de Souza . *La caída del ángelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003.

d.- La aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías (Art. 11.3 Constitución del 2008), esto implica que no es necesario el desarrollo normativo secundario de principios y reglas constitucionales para que los derechos y garantías sean aplicados de manera directa e inmediata. Toda norma constitucional es aplicable aun cuando tenga una estructura de principio, por lo que la distinción entre normas aplicables y programáticas se vuelve intrascendente. Este principio teórico muchas veces puede tener unas complicaciones en la aplicación a temas concretos, por lo que no existen fórmulas absolutas sino dependerá de la posibilidad creadora del juez.

e.- Todo derecho tiene posibilidades de ser protegido judicialmente (Art. 10.3 de la Constitución del 2008,) por lo que la diferenciación de que sólo los derechos de dimensiones negativas o abstencionistas podían ser justiciables queda superado, incluyéndose en el campo de la protección a todos los tipos de derechos. Esto tiene especial trascendencia respecto a los derechos sociales a fin de que puedan ser sujetos de tutela judicial, superando algunos obstáculos. En suma la norma constitucional y la doctrina confirman que todos los derechos son justiciables, En el próximo capítulo nos corresponderá evaluar si efectivamente la jurisprudencia constitucional guarda coherencia con esta afirmación.

f.- Está prohibida la restricción normativa de los derechos (Art. 11.4 de la Constitución del 2008), esta prohibición implica que mediante normas jurídicas secundarias no se puede disminuir el ámbito de aplicación y goce de los derechos fundamentales, lo que tiene coherencia en razón de que estos están consagrados en la constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, y en virtud del principio de supremacía constitucional, no es factible que existan normas que alteren los preceptos dogmáticos de la Carta Constitucional. En el caso de conflicto normativo en términos generales se aplicará la norma de mayor jerarquía, pero esto deberá ir vinculado necesariamente a la disposición que proteja de mejor manera el derecho constitucional. Y por

último esto implica que los derechos no pueden ir en disminución sino en aumento, de menos a más y bajo esta condición es impensable la restricción de derechos.

g.- Se debe aplicar la norma más favorable así como la interpretación que más beneficie la efectiva vigencia de los derechos fundamentales (Art. 11.5 de la Constitución del 2008). En este principio se establecen dos posibles circunstancias, *la primera* cuando hay dos o más normas aplicables a un mismo caso, en estas circunstancias se deberá aplicar no necesariamente la norma jerárquicamente superior sino la que más favorezca su efectiva vigencia, lo que en ocasiones puede traer como consecuencia que se aplique una norma jerárquicamente inferior pero que tutela de mejor manera el derecho fundamental; la segunda cuando existen dos formas posibles interpretaciones de una misma norma que se debe aplicar al caso concreto, en estas circunstancias se optará por la interpretación que más favorezca la protección y tutela del derecho y la garantía. (*pro homine*).

h.- La caracterización esencial de los derechos constitucionales está vinculada a lo que se les ha denominado inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (Art. 11.6 de la Constitución del 2008); Esta caracterización se consolidó en la Conferencia Mundial de Derechos humanos (1993)³⁵. Ser *inalienables* consiste en que no están disponibles y ningún poder puede quitar o vaciar su contenido, *irrenunciables* quiere decir que no se puede renunciar a ellos, bajo ningún concepto la titularidad será permanente, *indivisibles* está vinculado a la integralidad, no se puede ejercer o disfrutar los derechos por partes, ni sacrificar un derecho a costa de otro. Sobre la interdependencia de igualdad jerárquica realizaremos un análisis en el siguiente acápite.

³⁵ *Declaración y Programa de acción de Viena:* “ 5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles de interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.”

i.-Las fuente de los derechos serán la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos tanto de ius cogens como los soft law, y la dignidad del ser humano (Art. 11.7 Constitución del 2008), razón por la cual los derechos no serán únicamente los que están establecidos en los instrumentos jurídicos positivos sino todos aquellos que puedan derivar de la condición humana individual o colectiva.

j.-La progresividad de los derechos y su contenido se realizará a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas (Art. 11.8 Constitución del 2008), está vinculado a que las condiciones y contenido de los derechos tienen que ir en mejora, así como ir abriendo espacio para nuevos derechos conforme las condiciones histórico sociales. Este principio se complementa con el de no regresividad en el sentido de que no se puede dar marcha atrás una vez que se ha avanzado en los derechos, siendo posible esto sólo excepcionalmente y con una justificación estricta, pero siempre esto será temporal.

k.-La responsabilidad estatal en cuanto al respeto de los derechos, reparación por violación y repetición, son los fines más altos de este (Art. 11.9 Constitución del 2008), esto implica que el eje o núcleo de la actividad del Estado está dividido en el respeto, promoción de los derechos, pero en el caso de que exista vulneración está obligado a reparar los daños ocasionados y ejercer la repetición en contra de la autoridad pública o del privado que actuó en su representación, en suma todo un conjunto de obligaciones que se debe tomar en cuenta a fin de que los derechos y garantías se cumplan.

1.2.3.-De la jerarquización a la igualdad jerárquica de los derechos constitucionales

Este tema parte de un análisis previo de la doctrina que divide o separa los derechos constitucionales en los de *aplicación inmediata* y por consiguiente exigibles judicialmente en caso de vulneración y los *programáticos*, que si bien están reconocidos no tendrían protección judicial, lo que conllevaría implícitamente una jerarquización. También del estudio de la posición doctrinal

que considera que todos los derechos constitucionales, incluidos los derechos sociales son de aplicación inmediata, de igual jerarquía y por consiguiente susceptibles de protección judicial.

Respecto a la primera doctrina (la que separaba los derechos fundamentales), es en Europa donde se desarrolló con fuerza aquella. Así Konrad Hesse,³⁶ señala que “*la posibilidad fáctica de realización de los contenidos constitucionales es determinante para establecer la fuerza normativa de la constitución, de manera que si la Constitución no tiene en cuenta la realidad posible carecerá tanto de fuerza jurídica como de eficacia política.*”. En la misma línea, Klaus Stern,³⁷ argumenta que los Derechos Sociales como derechos fundamentales traería consigo más inconvenientes que ventajas, ya que: “*los Derechos Sociales son estructuralmente distintos a los derechos de libertad clásicos en tanto que su garantía depende del legislador o de la disponibilidad presupuestaria estatal, de manera que no se podrá exigir su aplicación directa sin alterar los límites de la separación de poderes.*”.

En atención a esta doctrina las constituciones europeas y sus tribunales constitucionales, fueron introduciendo límites a la protección jurisdiccional de estos derechos.³⁸ En España sólo se concede amparo constitucional en defensa de los derechos denominados fundamentales y libertades públicas, preceptos que contemplan los derechos civiles y políticos de las personas.³⁹ Consecuentemente a través de recursos constitucionales no se podrían tutelar otros derechos que los expresados en dichas normas. Por aquello un sector de la doctrina española ha cuestionado el excesivo formalismo del Tribunal Constitucional por lo que han considerado que si bien dogmáticamente la protección judicial no podría extenderse a derechos y libertades distintos a los

³⁶ Konrad Hesse, *Escritos de Derechos Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.26-27.

³⁷ Klaus Stern, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1988, p.263-264.

³⁸ Por ejemplo, la doctrina alemana restringe la concepción de derechos fundamentales, al señalar entre otros aspectos que los Derechos Sociales, en tanto entidades jurídicas radicalmente diferentes a los Derechos de Libertad, no pueden ser tenidos como fundamentales, expresando que, si se aceptará la justiciabilidad constitucional directa de los Derechos Sociales el Estado de Derecho se convertiría en un Estado Judicial. Ver: Ernst Wolfgang Bökenjörde, “Los Derechos Fundamentales Sociales en la estructura de la Constitución”, en *Escritos de Derechos Fundamentales*, Berlín, Nomos, 1993, p.75-80

³⁹ Ve: Constitución española, arts. 14 al 29 y art. 53

reconocidos expresamente por la Constitución, es lícito realizar una interpretación extensiva de tal ámbito, de manera que derechos que caen fuera de él puedan ser protegidos por este proceso de modo indirecto.

Esta doctrina a decir de José Rivera⁴⁰ se sustenta en que los DESC generan obligaciones positivas para el Estado, no resultando razonable que a través de la protección judicial se obligue al Estado a asumir determinadas políticas que alterarían la planificación y políticas públicas en su gestión. Eduardo García de Enterría⁴¹ sobre el particular considera que los derechos sociales son “relativos”, en contraposición a los derechos de libertad clásicos que son derechos “absolutos”, toda vez que su realización depende de factores meta-jurídicos, esto es, de factores ajenos al derecho, de manera que su eficacia no se puede asegurar jurídicamente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴², las cuestiones económicas y sociales también fueron incorporadas. En su preámbulo se reitera el compromiso de “promover el progreso social y... elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad” y en su art.22 reconoce definitivamente el derecho de toda persona a “... obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. De la misma manera, el articulado central de la declaración universal reconoce en forma específica algunos derechos humanos del ámbito económico, social y cultural y termina señalando, el derecho de toda persona a que se “establezca un orden social e internacional en que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos”.

⁴⁰ José Rivera Santibáñez. *Jurisdicción Constitucional, Procesos Constitucionales en Bolivia*, Segunda Edición, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba – Bolivia, p.381.

⁴¹ Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, p.98

⁴² Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con resolución 217 (III) de 10 de diciembre 1948

La tensión y pugna entre derechos de aplicación inmediata y programáticos se dio al momento de la interpretación de la Declaración Universal, misma que consagraba tanto derechos individuales como sociales; y que al momento de buscar su implementación originó una serie de disputas sobre la preeminencia de ciertos derechos sobre otros, lo que se consolidó con unos pasos decisivos respecto a los derechos humanos, me refiero a la aprobación por una parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo⁴³, y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por otra.⁴⁴

Esta separación de los derechos en distintos pactos, ocasionó que se dé a los derechos civiles y políticos una jerarquía superior en relación a los DESC, más aún cuando en el segundo artículo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece una norma que marcará trascendencia respecto a la interpretación de la exigibilidad de los derechos establecidos en aquel instrumento internacional, al determinar el nivel del compromiso que los Estados partes asumen al adscribirse a este pacto. Señala esta disposición que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, por separado o mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.⁴⁵ Esta disposición trajo a los (DESC) muchas complicaciones respecto a su exigibilidad por cuanto se consolidó la tesis de que éstos son de *aplicación progresiva y programática, no de aplicación directa*.

En suma, para esta corriente los derechos sociales no son absolutos y se encuentran especialmente limitados por múltiples factores, entre ellos las costumbres y la opinión pública

⁴³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución 2200 A(XXI) del 16 de diciembre de 1966, entrando a regir el 23 de marzo de 1976.

⁴⁴ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 3 de enero de 1976.

⁴⁵ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (CEPAL), *la igualdad de los modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América latina*, San José, 1997, p.17, en [http://remmandina.org/STGR/archivos/imagenesfk/File/Cendoc/Investigaciones: ultima visita 15-03.-2011](http://remmandina.org/STGR/archivos/imagenesfk/File/Cendoc/Investigaciones:ultima%20visita%2015-03.-2011)

dominante en una determinada comunidad jurídica; igualmente, se plantea que para conseguir su eficacia jurídica real, los derechos sociales dependen de las posibilidades económicas de los estados y no únicamente de su consagración positiva dentro del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la lucha por la igualdad jerárquica de todos los derechos constitucionales a dado pasos importantes, aunque el desarrollo histórico de estos no ha sido el mismo para los civiles y políticos como para los económicos sociales y culturales, así como para los colectivos, no sólo debido al orden cronológico de su aparición y reconocimiento sino que fundamentalmente a una estructura política ideológica vinculada con su debate.

Un avance importante para corregir la separación de los derechos se dio a en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en el mes de junio de 1993, en la que se adoptó la Declaración y Programa de Acción de Viena, y en aquella establece *la igualdad jerárquica e interdependencia de los derechos humanos*, lo que a la postre se constituyó en un hito fundamental para que los Estados incluyeran en sus constituciones este principio.

La doctrina que reconoce la aplicación inmediata de todos los derechos constitucionales y por consiguiente su igualdad jerárquica y la posibilidad de su protección judicial, no excluye a los sociales de dicha caracterización, aunque talvez de manera distinta a los derechos civiles y políticos. Christian Courtis⁴⁶ al reflexionar sobre este tema afirma que la distinción entre ambas categorías de derechos, también se ha pretendido basar en el tipo de obligaciones que genera cada uno de ellos. Lo cierto es que para este autor, " *es una falsedad el hecho de que los Derechos Civiles y Políticos generen únicamente obligaciones negativas o de abstención en tanto que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales impliquen solamente obligaciones de acción.*"

⁴⁶ Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002., p.21

Esta doctrina sostiene que no es pertinente esta diferenciación, ni señalar que los derechos civiles y políticos sólo generan obligaciones de abstención y los DESC solo obligaciones de acción estatal, porque los primeros también requieren hacer cosas a favor del individuo que van desde la realización de un acto concreto a favor del particular, hasta la creación de normativas institucionales para hacer efectivo el goce de los derechos respectivos puente, y encontramos también que los segundos también conllevan en ocasiones un deber de no hacer o abstención, como la de no dictar políticas públicas que limiten estos derechos o abstenerse de emitir normas que restrinjan los derechos sociales. Así pues Christian Courtis⁴⁷ respecto a lo anterior afirma que *las diferencias entre derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, son diferencias de grado más que diferencias sustanciales.*

Esta corriente reconoce en las cláusulas constitucionales que consagran derechos sociales, normas jurídicas de carácter plenamente vinculante y no meras normas programáticas o principios rectores de políticas públicas. Sobre el particular Gustavo Zagrebelsky⁴⁸, reconoce el carácter jurídico de los derechos sociales sin entrar a considerarlos como derechos subjetivos; ya que si bien es cierto que los derechos sociales no son iguales a los derechos de libertad, no es menos que estos derechos, más allá de un valor meramente político o ideológico, tienen un valor jurídico en cuanto a criterios de interpretación del sistema, cláusulas generales y clausulas que determinan la inconstitucionalidad de normas que le son contrarias e incluso reconoce la posibilidad de valorarlos en determinado momento como derechos subjetivos. Por lo tanto, para el autor, a los derechos sociales consagrados constitucionalmente se les reconoce su carácter jurídico aun cuando resulte discutible la posibilidad de su exigibilidad directa. En este sentido, los principios como las

⁴⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los Derechos Sociales...*, pp. 24-25.

⁴⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, 1977, pp. 443-444, citado por María Castellón Torrico en su tesis de maestría en Derecho Constitucional, "*Protección Constitucional del Derecho a la Salud Mental y su aplicación en el caso de los afectados por el conflicto armado interno*", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 46, en [http:// www.tesis.pucp.edu.pe/PUCP](http://www.tesis.pucp.edu.pe/PUCP): última visita 12-04-2011

reglas jurídicas constitucionales son normas jurídicas, y la Constitución, en tanto norma jurídica, consagra dentro de su articulado a unos y a otros.

En este aspecto, Robert Alexy,⁴⁹ al tratar este tema dice que todo lo que forman parte el texto constitucional tiene valor normativo vinculante. Además, se puede señalar que la distinción entre reglas y principios se centra en que las reglas son mandatos jurídicos de “todo o nada”, en la medida en que sólo pueden ser jurídicamente cumplidos o no, los principios son mandatos jurídicos de optimización, es decir, mandatos jurídicos que pueden ser cumplidos en diferente grado, pero ambos, esto es las reglas y principios, son normas en tanto que dicen lo que debe ser. Por otra parte la dificultad de los derechos sociales se traslada del campo de su reconocimiento como norma jurídica, al campo de su aplicación, por lo que el problema se centraría no en identificar cuáles son los derechos sociales, sino más bien en establecer cuáles pueden ser y las condiciones para su existencia

El reconocimiento de los derechos sociales se volvió inevitable en la medida que se ha adquirido conciencia de que el disfrute real de los derechos y libertades por todos los miembros de la sociedad exigía garantizar unos mínimos de bienestar económico que permitieran la participación activa en la vida comunitaria y conjugar las dimensiones personal y colectiva del individuo. Así pues, la identificación absoluta entre derechos de libertad como obligaciones negativas o abstencionistas del Estado no tendría razón de ser, así como tampoco es razonable la conexión exclusiva entre derechos sociales y obligaciones positivas del Estado; sobre lo cual se sustenta la tesis de la separación de derechos de *aplicación directa y programáticos*, su jerarquización y por consiguiente la imposibilidad de la protección judicial de los derechos sociales consagrados constitucionalmente.

⁴⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993,p. 82.83.86 y494.

1.2.3.1.-Influencia de la Teoría del Derecho Subjetivo

El estudio de la noción, naturaleza y alcance del derecho subjetivo y su influencia en la caracterización de los derechos fundamentales nos tiene que llevar a preguntarnos si ésta teoría ha existido siempre en el discurso jurídico, es decir, si podemos reconocerlo en el derecho romano o en la edad media, o por el contrario, dicha idea es propia de un período de la historia relativamente reciente.

Javier Saldaña⁵⁰ aborda este tema expresando que “*ni en la tradición aristotélica ni en los juristas romanos y mucho menos en Santo Tomás, se encontrará la idea del derecho subjetivo. Lo que ahora conocemos como derecho subjetivo tuvo su origen en el siglo XIV, específicamente en el nominalismo, con su predecesor Guillermo de Occam, quien sustituyó la idea de la res iusta (justicia objetiva) por la de potestas (potestad individual).*”.

Con la aparición del derecho subjetivo cambiará la forma de entender el derecho. Ahora, este concepto es concebido como un atributo, una facultad, una potestad o poderes que el individuo posee, es decir una vinculación del derecho con la individualidad, originando la concepción de derechos individuales que a su vez será fundamento y valor fundamental del liberalismo individualista.

El otro momento importante en el desarrollo del enfoque del derecho subjetivo a decir de Francisco Carpintero Benítez⁵¹, “*lo constituye la llamada Escuela Moderna del Derecho Natural o Escuela iusnaturalista racionalista, la cual entiende que el punto de partida del derecho ha de ser el individuo independiente y libre, y que por tanto el derecho tenía que ser considerado como una actividad racional que garantice la libertad e independencia individual.*”. Lógicamente, desde este planteamiento, el derecho consistirá en derechos, ya que en él no hay lugar para afirmar

⁵⁰ Javier Saldaña, “ Críticas en torno al Derecho Subjetivo como concepto de los Derechos Humanos” (primera parte), en <http://www.jurídicas.unam.mx>, p.687: última visita 21-04-2011

⁵¹ Francisco Carpintero Benítez, *Una introducción a la Ciencia Jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 43-44

originariamente ninguna limitación a la libertad del individuo. Por su parte Hans Kelsen⁵², señala que “cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a la que está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo presupone el deber jurídico de otra persona.”

Tenemos entonces que la moderna concepción del derecho subjetivo se integra por varios elementos o características que lo identifican como tal. Por una parte los sujetos de una relación jurídica que se establece, es decir, el sujeto titular de la facultad o poder y la persona obligada o individuo en quien recae la obligación de cumplir con un deber; por otra parte, el segundo elemento es la relación misma, es decir, la facultad o poder que genera una obligación o un poder recíprocos; el tercer elemento para ser considerado el derecho como subjetivo tiene que ver una base en orden jurídico, llamado derecho objetivo que se traduce en una norma jurídica por la que se reconoce la facultad de uno de los sujetos y el deber jurídico de cumplir de otro; y finalmente un cuarto elemento que es la necesidad que exista un órgano capaz de dilucidar el conflicto que puede presentar la falta de cumplimiento de una relación planteada entre los sujetos.

Respecto a la concepción subjetivista del discurso jurídico moderno doctrinalmente se afirma:

El Derecho Subjetivo ha invadido sino todo por lo menos una gran parte de lo que conocemos como derecho: lo mismo en el terreno de Derecho Público que en el Derecho Privado, y también el Derecho Social. De ahí que se puede afirmar que la característica del discurso jurídico contemporáneo e inclusive del político, radica en su inclinación a razonar de modo casi exclusivo, sea cual sea que se trate, en términos de derechos, es decir, de prerrogativas, facultades o poderes de los sujetos jurídicos individualmente concebidos.⁵³

Este empleo indiscriminado de la noción de derecho subjetivo se trasladó también, y quizá con mayor fuerza, al campo de los derechos humanos. Igualmente estos se los ha definido en una

⁵² Hans Kelsen. *Teoría General de Derecho y del Estado*, México, 3ra. Edición, Unam, 1990, p.87.

⁵³ Carlos Massini Correas, *Filosofía del Derecho. El Derecho y los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994,p.11

parte de la doctrina como derechos subjetivos, entendiéndose entonces como facultades, prerrogativas o poderes, que las personas individualmente poseen para exigir el reconocimiento, respeto y observancia de sus derechos. En este sentido no pocas ocasiones se emplean como locuciones equivalentes derechos subjetivos y derechos humanos.

La consolidación de los derechos humanos como derechos subjetivos, tuvo un hito fundamental con la denominada revolución francesa, que recoge toda una concepción liberal del Estado de Derecho. En este se daría el reconocimiento formal de los derechos civiles y políticos que también han sido denominados derechos liberales clásicos, derechos de libertad o derechos individuales, a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

La libertad, la propiedad y la seguridad del individuo son las ideas básicas en torno a las cuales tales derechos se construyen. Estas libertades son aquellas que establecen una especie de freno y que garantizan al individuo los derechos de discusión y de participación. A ellos pertenecen los llamados derechos políticos, las libertades de prensa, de reunión y de asociación. Por otro lado está la propiedad, que es el instrumento a través del cual se realiza adecuadamente la libertad individual. La seguridad, que es entendida como la protección que asegura el despliegue de la libertad y de la propiedad. La necesidad de seguridad sirve entonces de plataforma para el desarrollo de la protección jurídica sobre lo que se construye la dogmática del Estado de Derecho.

Se parte entonces que los derechos civiles y políticos clásicos del Estado Liberal de Derecho, son derechos de libertad, por tanto se podría decir que tienen carácter de derechos subjetivos o individuales.⁵⁴ Además, a partir del momento en que estos derechos aparecen insertados o positivizados en una normativa constitucional es que se constituyen como derechos

⁵⁴ Lo subjetivo entonces hace referencia a que es propio de un sujeto, nos estaría marcando entonces que le pertenece a un ser humano individualmente y no desde la pertenencia a un grupo social.

subjetivos públicos, teniendo lo *público* como lo que implica al ser humano frente al Estado y por consiguiente a este como al primer obligado a respetar aquellos.

Esta concepción de derechos humanos aparece hacia fines del siglo XVIII, así lo señala Germán Birdat Campos⁵⁵, y con el constitucionalismo clásico y durante esta época comienza la formulación de los derechos llamados de *primera generación*, los civiles y políticos, los cuales en ese entonces fueron también denominados *derechos públicos subjetivos* y *derechos individuales*. Es así que la universalización se funda especialmente en la difusión de estos principios, porque cada Estado fue introduciendo y formulado en sus Constituciones los Derechos Humanos concebidos desde lo subjetivo.

Sobre la expresión derechos públicos subjetivos la doctrina afirma:

Se significó a aquellos derechos que quedaban circunscritos al complejo de relaciones que existen entre el Estado y el ciudadano: El hombre tenía frente al Estado los derechos positivizados en la ley de mayor rango: la constitución. En este caso, al ser derechos que se tiene frente al Estado, son derechos de autonomía, que resguardaban esferas de libertad individual de la persona sobre las cuales el Estado no tenía poder de injerencia alguna. Sea el Estado, o mejor dicho, cualquier poder público intentaba o lograba penetrar cualquiera de esas esferas de libertad, el individuo tenía la posibilidad de invocar a alguno de sus derechos públicos subjetivos en defensa de su interés individual.⁵⁶

Tenemos entonces que la subjetivización de los derechos humanos y constitucionales, acogiendo la Teoría del Derecho Subjetivo, tiende a reconocer la aplicación inmediata y directa únicamente de los derechos civiles y políticos, por consiguiente la garantía de su justiciabilidad, no así los derechos de dimensión social y colectiva, los que como ya se afirmó según esta concepción son de cumplimiento progresivo y programático por parte de los Estados, excluidos de garantías judiciales.

1.2.3.2.- Caso ecuatoriano

⁵⁵ Germán Birdat Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea - Depalma, 1991, p.153-156.

⁵⁶ Luis Castillo Córdova. *Los Derechos Constitucionales*, Lima, Palestra, 2005, p.36

Esta discusión entre derechos constitucionales y en especial sobre los DESC en nuestro país aparentemente fue zanjada normativamente. Julio Cesar Trujillo⁵⁷, señala que “de acuerdo con el art.18 inciso primero de la Constitución de 1998, todos los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente son de aplicación directa e inmediata, no obstante no todos han podido ser exigibles de la misma manera y con los mismos medios o garantías.”.

Es decir, se optó por la corriente que sostiene que los derechos sociales tienen fuerza jurídica y aplicación directa, pero el tratamiento jurisprudencial que debió llevar a la práctica estos principios y reglas, parece apartarse de esta concepción, ya que si bien es cierto que constitucionalmente en 1998, se consagró que los DESC son de aplicación directa e inmediata, no es menos cierto que especialmente vía judicial se elaboró una concepción distinta y contraria a los preceptos constitucionales, que se ubica más cerca de la corriente que señala que sólo los derechos de libertad son de aplicación directa y gozan de protección judicial, dejando fuera de esta categoría a los derechos sociales. Es decir habría un grupo de derechos exigibles y justiciables, que serían los derechos civiles y políticos; en cambio otro grupo de derechos de aplicación progresiva, programática y por consiguiente no exigible vía judicial que serían los derechos sociales.

La doctrina abordando este tema expresa:

[...]El problema surgió en la práctica, a partir de una jurisprudencia constitucional alejada de los preceptos constitucionales y legales que regulaban la materia. Así por ejemplo, a pesar de contar con redacciones tan claras como las previstas en la Constitución de 1998 y Ley Orgánica de Control Constitucional, los jueces constitucionales, en la mayoría de casos, a partir del establecimiento de teorías respectivas como la del derecho subjetivo, que no hallaba reconocimiento constitucional, consolidaron jurisprudencialmente una categoría de derechos fundamentalísimos, objeto de protección a través de la acción de amparo, y otros, que a pesar de encontrar reconocimiento constitucional, como en efecto son los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC), fueron excluidos del ámbito de protección de la

⁵⁷ Julio César Trujillo. “La fuerza normativa de la constitución actual”, en *Revista de Derecho Foro* No.3,UASB/CEN, Quito, 2004, p.93-94

garantía, precisamente por sus dimensiones colectivas, por la dificultad de acreditar violaciones a derechos subjetivos.⁵⁸

En efecto, en aplicación de esta doctrina parecería ser que la justicia constitucional de nuestro país que estaba a cargo del Tribunal Constitucional, de manera arbitraria y sin justificación normativa ni doctrinaria, restringió en la gran mayoría de casos puestos a su consideración y resolución la posibilidad de la protección judicial de los derechos sociales y colectivos, quedando protegidos únicamente los denominados derechos de libertad, individuales o subjetivos, también conocidos como civiles y políticos. Esto a pesar de que constitucional y legalmente no solo que existía la posibilidad adecuada y suficiente para proteger judicialmente los derechos sociales.

Es en los presupuestos de procedibilidad del acción de amparo, garantía constante en la Constitución de 1998, que teóricamente posibilitaba la protección de los derechos sociales, dónde queda evidenciada la introducción de la teoría del derecho subjetivo, cuando reiteradamente el Tribunal Constitucional desnaturalizó el ámbito de protección normativa establecido en el art. 95 de la Constitución de 1998 y del artículo 46 de la Ley de Control Constitucional, disposiciones que clara y textualmente señalaban que es procedente el amparo cuando se viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente. La restricción arbitraria se denota cuando del ámbito de protección amplia y general de la garantía constitucional se reduce a lo que se denominan derechos subjetivos constitucionales, (entiéndase civiles y políticos) lo que marca una diferencia trascendente en cuanto a la posibilidad de protección de otros derechos que no están dentro de la categoría anteriormente señalada y que no tienen otro mecanismo judicial específico de protección.

⁵⁸ Pablo Alarcón Peña, “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana” en Christian Courtis y otro (Edits): *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2009, p.618.

Otro aspecto importante de la aplicación de la teoría del derecho subjetivo en los derechos constitucionales en nuestro país, es la limitación respecto a la legitimación activa del amparo, ya que de igual manera la Constitución de 1998⁵⁹, reconocía la factibilidad de accionar la garantía del amparo, no solo el afectado o vulnerado por el acto u omisión ilegítima de autoridad pública sino que cualquier persona, convirtiéndose de una verdadera acción popular.

Es en este sentido el Tribunal Constitucional nuevamente contrariando la Constitución, exigió la acreditación de la vulneración de un derecho personal o individual para que una persona pueda presentar una acción de amparo, así también con la legitimación de actuar en representación de una colectividad, quedando sin analizar el fondo de las causas sobre la legitimidad de los actos u omisiones y la posibilidad de vulneración de derechos⁶⁰

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ecuatoriano recoge reiterativamente la teoría del derecho subjetivo de los derechos constitucionales⁶¹, y no se evidencia una justificación argumentativa interna ni externa que sustente la adopción de la misma, lo que a mi entender refleja una arbitrariedad judicial que hace casi inexplicable comprender los motivos de haber optado por aquella línea jurisprudencial, a no ser la falta de voluntad por consolidar el ESD determinado en el Art. 1 de la Constitución de 1998 y debilitar los controles al poder político a fin de darle oportunidad a que actúe fuera del marco conceptual y normativo de la Constitución en materia de derechos sociales y colectivos.

En este sentido, y como ya quedó expresado en el acápite respecto a los principios de aplicación e interpretación de los derechos fundamentales y sus garantías, la Constitución de 2008

⁵⁹ El Art. 95 estableció que “Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la función judicial designado por la ley...”

⁶⁰ Ver Resolución No. 035-2004-RA del Tribunal Constitucional del Ecuador, en la parte atinente a la legitimación activa.

⁶¹ Para un análisis pormenorizado y más profundo de esta temática, Ver: Pablo Alarcón Peña, “ La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana”, en Christian Courtis y otro (Edits): *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2009

trajo avances importantes y definitivos. Así se establecen los de aplicación directa e inmediata de todos los derechos (Art.11.3), de igualdad jerárquica e interdependencia (Art. 11.6), reforzado por el de justiciabilidad (Art. 11.3 inciso tercero), este último será analizado de manera independiente más adelante.

En relación a esta temática, Ramiro Ávila Santamaría⁶² expresa que *“la igualdad jerárquica quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna, no existen unos más importantes que otros. No por estar al final, en segundo o tercer lugar de una enumeración de derechos, significa que es menos importante.”*. La interdependencia de los derechos consiste en que *estos se relacionan entre sí, son como un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros*. Los derechos tienen que ser leídos sistemáticamente. Los derechos son un instrumento para que los seres humanos puedan vivir cabalmente. Así como al ser humano no se le puede compartamentalizar, tampoco se lo debe compartamentalizar a los derechos.

La adopción de estos principios, evidencia con mayor fuerza doctrinaria y normativa la inadecuada e inmotivada aplicación jurisprudencial de la teoría del derecho subjetivo en los derechos fundamentales y su jerarquización, que tradicionalmente se ha venido dando en nuestro país en detrimento de la garantía judicial de los derechos sociales y colectivos. En el próximo capítulo nos corresponde precisamente analizar si estos principios de interdependencia e igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, consagrados en el texto constitucional vigente y en el Programa de acción de Viena, que es el instrumento internacional que consagra con claridad los mismos, se están aplicando jurisprudencialmente a los derechos sociales o de buen vivir, mas aun cuando se cuenta con un principio adicional trascendental, cual es de justiciabilidad de todos los derechos. Este análisis evidenciará si efectivamente estamos dando avances en la protección

⁶² Ramiro Ávila Santamaría, La Constitución del 2008 en..., p.60- 61.

judicial de los derechos sociales o si nuevamente la jurisprudencia constitucional se divorcia de la doctrina y norma constitucional en este tema.

1.2.4.-Las garantías de los derechos

Hablar de garantías constitucionales no tiene sentido si no se habla de derechos. Estos son concebidos, desde los comienzos de la modernidad, como aquellas facultades o poderes subjetivos que se constituyen en los límites básicos al poder y a la acción del Estado. En efecto, los derechos, desde su primera acepción, que proviene del primer contractualismo medieval,⁶³ bien en la visión de los contractualistas clásicos, Hobbes,⁶⁴ Locke,⁶⁵ y Rousseau⁶⁶, son concebidos como límites a la acción y al poder estatal.

En ese sentido, el constitucionalismo no sería lo que es sin los derechos. De acuerdo con el Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, “*Toda comunidad en la que no esté establecida la separación de poderes ni garantizados los derechos carece de Constitución*”; mientras que las democracias constitucionales contemporáneas se fundamentan en la consideración de que la garantía efectiva de los derechos y las libertades es la finalidad primera y primordial de la organización estatal. Para cumplir con esta finalidad los Estados Constitucionales tienen establecidos una serie de mecanismos jurídicos o instrumentos reforzados de protección que permiten o hacen posible evitar, mitigar o reparar la vulneración de un derecho establecido en la Constitución, que se conocen como garantías

Nuestra Carta Constitucional vigente establece un sistema de garantías para todos los derechos sin excepción, concomitante con el principio de interdependencia e igualdad jerárquica,

⁶³ Marsilio de Padua, *Defensor Pacis*, Columbia University Press, 2001, p.2

⁶⁴ Thomas Hobbes, *El Leviatán*, México, FCE, 1980

⁶⁵ John Locke, *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires, Ed. Lozada, 2002.

⁶⁶ Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social*, Madrid, Sarpe, 1983

por lo tanto este régimen garantista aplica a no dudarlo para los derechos sociales y está conformado por:

a.- Las garantías normativas.- son principios y reglas que se expresan en normas constitucionales, encaminadas a conseguir que los derechos fundamentales estén efectivamente asegurados, se limiten al mínimo sus restricciones, y se asegure su adecuado resarcimiento cuando se han producido daños como consecuencia de su vulneración por parte de los poderes públicos o sus agentes.

Estas son: Supremacía de la Constitución⁶⁷, el deber de respeto a los derechos⁶⁸, la rigidez e inalterabilidad constitucional⁶⁹, la prohibición de restricción del contenido de los derechos⁷⁰, la obligación reparatoria, y finalmente se estableció un mecanismo que pretende asegurar la sujeción del poder legislativo y de cualquier otro órgano que tenga potestad normativa reconocida por la Constitución a los derechos establecidos en aquella y en los tratados internacionales de derechos humanos,⁷¹ con lo que todo acto normativo está limitado por el contenido y eficacia de los derechos fundamentales.

b.-Las garantías institucionales.- son aparatos de protección que la Constitución otorga a determinadas organizaciones o instituciones valiosas, a las que asegura un núcleo o reducto indisponible para el legislador.

⁶⁷ El Art. 424 CRE dispone: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del Ordenamiento Jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales. En caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

⁶⁸ El Art. 11.9 CRE dispone: “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”

⁶⁹ Arts.441 y siguientes de la CRE, respecto al procedimiento de reforma constitucional

⁷⁰ Art. 11.4 CRE “Ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”

⁷¹ El Art. 84 CRE dispone: “ La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, tendrá la obligación de adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales. (...) En ningún caso la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”

Estas son: La división o separación de poderes⁷² y consiste en una forma de organización del poder soberano del Estado que mediante su separación en distintas funciones evita su acumulación en una sola persona o institución; la separación entre Iglesia y Estado, se encuentra reconocida en el Art. 1 de la Constitución en virtud del cual el Estado ecuatoriano es entre otros rasgos “[...] laico”; la existencia del control de constitucionalidad en cabeza de un órgano autónomo llamado tribunal o corte constitucional; el Defensor del Pueblo que ha sido concebida como una institución de protección extrajudicial de los derechos.

c.-Las garantías de políticas públicas.- La Constitución ecuatoriana de 2008 a través de la figura de las garantías frente a las políticas públicas incorpora uno de los más importantes avances teóricos del nuevo constitucionalismo latinoamericano respecto de las Constituciones europeas, se vincula la existencia de derechos con la operatividad y obligatoriedad de implementar políticas públicas, es decir que se constitucionaliza y normativiza con el más alto rango la vinculación estrecha que en el Estado democrático existe entre Derechos y Política. En ese contexto, la formulación, ejecución y evaluación de políticas y servicios públicos debe orientarse necesariamente a la eficacia de los derechos del buen vivir, con la consecuencia de que si una política pública vulnera un derecho constitucional hay la obligación de cambiar o reformular la política pública, incluyendo la modificación del presupuesto, con la estrecha participación de los afectados.⁷³

Esta garantía representa un cambio estructural respecto de la eficacia y naturaleza de los derechos sociales, y del discurso sobre carácter normativo y obligatorio de todo el ordenamiento constitucional que en el constitucionalismo europeo continental como analice anteriormente ha sido desconocido por la consideración de la gran mayoría de los derechos sociales como meros

⁷²Para una profundización del estudio de este elemento importante del constitucionalismo, Ver: Pedro Salazar Ugarte, *La democracia Constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 87.

⁷³ Ver: Art. 85 de la Constitución del 2008

principios o normas de programación final y principios rectores del ordenamiento, mientras no sean desarrollados por el legislador.

d.-Las garantías jurisdiccionales.- En los estados constitucionales contemporáneos la forma de garantizar derechos más clara es aquella que se ejerce ante la jurisdicción, comúnmente conocida como garantías jurisdiccionales de los derechos. Estas no son otra cosa que la posibilidad de ejercer el derecho de acción para lograr la tutela efectiva de los derechos. Y en cuanto tales son un conjunto de instrumentos procesales, que dentro del sistema jurídico estatal, cumplen la función de la tutela directa de todos los derechos constitucionales.

En el caso ecuatoriano la Constitución de 1998 fue la primera que reconoció en el plano constitucional este tipo de garantías jurisdiccionales, pero lo hizo de manera asistemática, pues solo reconoció la existencia del amparo, el habeas corpus y el habeas data.

La Constitución de 2008 en ese sentido, representa un avance sustancial frente a la anterior Constitución pues establece un amplio y completo abanico de garantías jurisdiccionales como son la *acción de protección*(Art. 88 Constitucional) , destinada a la tutela de todos los derechos constitucionales con excepción de los que tengan una garantía jurisdiccional específica; la *acción de habeas corpus* (Art. 89 Constitucional), destinada a proteger la libertad física, la integridad personal; la *acción de habeas data*(Art. 92 Constitucional), orientada a la protección, reserva, rectificación, anulación o eliminación de información personal o de sus bienes constantes en entidades públicas o privadas; la *acción de acceso a la información pública* (Art. 91 Constitucional), que permite conocer y acceder a la información pública estatal; y la *acción extraordinaria de protección* (Art. 94 Constitucional), destinada a proteger derechos vulnerados en un proceso judicial por autos o sentencias definitivas.

Sobre las garantías jurisdiccionales Ramiro Ávila⁷⁴ afirma que “*la Constitución del 2008 trae avances sustanciales en relación a la regulación de estas. Todos los derechos podrán ser exigidos y todas las personas podrán exigirlos. Se ha abierto una puerta tan grande como numerosas son las violaciones de los derechos en el país.*”. Las garantías jurisdiccionales corrigen las anomalías cometidas por los agentes del Estado o por las personas que tienen poder. A mayor respeto de los derechos, menor uso y menos necesidad de las garantías. Sí una autoridad pública tiene miedo de responder judicialmente, lo que debe buscar en realidad, es no provocar la necesidad de acudir a un juez.

1.2.5.- La garantía judicial de los derechos sociales

La construcción y diseño del aparato institucional del Estado de Derecho, ha encargado la obligación de cumplir con los derechos, de manera primaria a los llamados poderes políticos, entendiendo como tales al ejecutivo y al legislativo. A estos poderes les corresponde velar por la actuación administrativa y regulación normativa destinada a la eficacia de los derechos. Al poder judicial según este proyecto le corresponde una especie de función subsidiaria, es decir actuar cuando los otros poderes no han cumplido con las obligaciones encomendadas, sea por su propia acción, por no poder precautelar que particulares afecten el bien objeto del derecho o por la comisión de las acciones positivas correspondientes.

La teoría del derecho subjetivo, analizada anteriormente, estableció un elemento fundamental de los derechos, que consiste, en que es parte de aquellos la posibilidad cierta de que el sujeto que considere vulnerados sus derechos individuales, acuda a la función judicial a fin de que esta determine sobre su vulneración, alcance y reparación del derecho. La exigibilidad judicial siempre ha ido de la mano de los derechos liberales, es decir siempre se concibió a estos y su

⁷⁴ Ramiro Ávila Santamaría. “las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”, en Ramiro Ávila Santamaría y otro (editores): *Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, 2008, p.108

realización plena en cuanto sean exigibles y susceptibles de protección judicial, caso contrario no se podía hablar de una efectiva vigencia.

Esta posibilidad de buscar protección judicial, como la que se concedió a los derechos liberales, no ha sido equitativamente establecida a favor de los denominados derechos sociales, es decir han existido y existen resistencias importantes de sectores doctrinarios, legislativos, políticos y jurisprudenciales a reconocer la plenitud de la judicialización del reclamo por la vulneración de aquellos. Sobre este particular Luigi Ferrajoli ha expresado lo siguiente:

[...]hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos (los derechos sociales) nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado Social de Derecho equiparable al viejo Estado de Derecho Liberal, y han permitido que el Estado social se desarrolló de hecho, a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo⁷⁵

Entonces desde esta perspectiva el autor afirma que lo pertinente será:

destruir las antinomias y lagunas existentes y proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir desde fuera nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección⁷⁶

Las resistencias, como se analizó anteriormente, están vinculadas por una parte a considerar a los derechos sociales como elementos programáticos del Estado, deberes de desarrollo progresivo, finalidades morales y altruistas, pero no derechos en sí mismo que generen obligaciones directas y por consiguiente sean exigibles a través de vía judicial, esto en función de que únicamente esta tendencia dominante, en un determinado momento sólo consideró esta posibilidad para los derechos individuales, liberales o subjetivos. Es en este panorama donde se desenvuelve el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales, entendiendo esto como la

⁷⁵ Luigi Ferrajoli., “el derecho como sistema de garantías”, en *derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p.28-30

⁷⁶ Luigi Ferrajoli, *derechos y garantías. La ley del más débil...* p.28-30

existencia de alguna facultad o potestad de reclamo por la vulneración de un derecho, ante un juez o un tribunal, y merecer de aquel la protección y reparación debida.

En relación a la perspectiva de las garantías judiciales en función de los derechos sociales, Gerardo Pisarello⁷⁷ afirma que aquellas “*han estado diseñadas para resolver conflictos individuales, y de modo paradigmático, aquellos que afectan los derechos liberales.*”. Esta perspectiva individualista encierra dificultades evidentes a la hora de pensar las garantías sociales de participación en los órganos jurisdiccionales reconocidas a sujetos colectivos o a grupos numerosos de víctimas. De ahí la importancia de recursos procesales que permitan articular vías de acceso no sólo individual, sino sobre todo colectivo de tutela de los derechos. Así las cosas y por otra parte vistos “desde abajo”, los espacios jurisdiccionales también pueden concebirse como espacios de participación y de disputa jurídico política en los que minorías vulnerables o grupos en situación de urgencia pueden hacer valer argumentos frente a los canales representativos. La protección judicial no se deberá limitar al acceso a la justicia y obtener una sentencia, sino que debe estipularse garantías de participación en la ejecución y seguimiento de la misma.

1.2.5.1.- Justiciabilidad de los DESC: Constituciones 1998 y 2008

En importante medida ya se abordó el tema de la protección judicial de los derechos sociales y su tratamiento en la Constitución de 1998 en el acápite respecto a la jerarquización y teoría del derecho subjetivo de los derechos fundamentales en Ecuador. En el presente realizamos un análisis complementario sobre el manejo del tema de la garantía judicial de los derechos sociales y utilizaremos algunos datos importantes de investigaciones respecto a la acción de amparo para evidenciar cual fue la realidad de la garantía judicial de los derechos sociales en el régimen constitucional anterior..

⁷⁷ Gerardo Pisarello. “los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada desde abajo” en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (editores): *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Serie Justicia y Derechos humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p.47,48,49.

En primer lugar no hay que perder de vista el escenario general establecido en el artículo 1 de la Constitución de 1998, que expresaba que el Ecuador es un “*Estado Social de derecho*”, por consiguiente implicaba la introducción de todo su contenido en el sistema económico, social y jurídico del país. En segundo lugar, como señalamos anteriormente conforme el texto constitucional y legal de 1998, respecto a la posibilidad de proteger judicialmente los derechos sociales, parecería ser que existían condiciones adecuadas para tutelar los mismos.

Así, respecto a la acción de amparo, que era la garantía pertinente para la protección de los derechos sociales, se estableció constitucionalmente que:

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legítima de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la función judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública, que violente o pueda violar cualquier derecho consagrado en la constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.⁷⁸

Concomitante a la disposición constitucional referida, la normativa secundaria de la materia decía: “*El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador.*”⁷⁹”.

De la lectura de estas disposiciones normativas, se evidencia claramente que respecto a protección judicial de derechos constitucionales no hace discriminación alguna, por lo que los derechos sociales eran perfectamente protegibles vía acción de amparo. Rafael Oyarte Martínez⁸⁰ sobre el tema en mención señala que “*en definitiva los derechos protegidos por la acción de amparo, son todos no importará si son civiles y políticos, económicos, sociales y culturales o de*

⁷⁸ Art. 95 de la Constitución Política del Ecuador de 1998.

⁷⁹ Art. 46 de la Ley de Control Constitucional

⁸⁰ Rafael Oyarte Martínez. *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Edit.Fundación Andrade y Asociados, 2006,p.118

tercera generación, si son individuales, colectivos o difusos y sin tomar en cuenta si su reconocimiento tiene base constitucional, internacional, o son derechos subjetivos naturales”.

Entonces una vez más expresamos que sí el problema central para la protección judicial de los derechos sociales no era normativo ni en rango constitucional ni legal, es evidente que este surgió en la jurisprudencia constitucional, que acogió sin sustento por cierto, la teoría del derecho subjetivo en aplicación a los derechos fundamentales con la consecuente restricción que ello conlleva en relación a la jerarquización de los derechos y a la escasa protección judicial.

En atención a esta problemática Pablo Alarcón, aborda la misma en el siguiente sentido:

[...] Ni el texto constitucional ni la normativa singularizada en la Ley de Control Constitucional, que establecían como segundo presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo, una violación a derechos subjetivos constitucionales, por el contrario, tal como quedó establecido en el acápite precedente, su ámbito de protección se concentraba en violaciones o amenazas a cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente. Por eso la jurisprudencia constitucional, contrariando expresamente el sentido de la Constitución y la Ley, terminó por equiparar derechos constitucionales con derechos subjetivos constitucionales. Aquello que a simple vista no pareció afectar el contenido sustancial de la acción de amparo, garantía judicial de todos los derechos humanos, terminó por restringir su ámbito de protección, y por tanto, delimitó su procedencia respecto a violaciones o amenazas a derechos fundamentalísimos, individuales y subjetivos. A partir de tal presupuesto, fueron excluidos de la garantía todos aquellos derechos de dimensiones colectivas, dentro de los cuales encuentran los DESC. Así, los presupuestos de procedibilidad reconocidos en la Constitución de 1998 y la Ley Orgánica de Control Constitucional, pasaron a un segundo plano, y no cabía hablar ya de auténtica garantía de derechos humanos.⁸¹

Sobre el derecho subjetivo Ramiro Ávila, expresa:

El concepto de derecho subjetivo, que es restrictivo por depender de la demostración de su titularidad y , por ser una acción eminentemente individual, se torna en una camisa de fuerza procedimental que no logra permitir que los otros derechos puedan ser justiciables.. La noción del derecho subjetivo ha evolucionado hacia la noción del derecho fundamental, y la protección civil y penal al derecho subjetivo camina hacia la protección constitucional del derecho fundamental.⁸²

⁸¹ Pablo Alarcón Peña, La protección judicial..., p.625

⁸² Ramiro Ávila Santamaría, “ el amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007,p.370

En una investigación realizada por el autor antes referido⁸³ en cuanto a la legitimación activa de las acciones de amparo se evidencia que de las 14 acciones de amparo admitidas por el Tribunal Constitucional en el año 2000, trece son cuando la acción fue planteada *por el titular del derecho*, y sólo una fue admitida cuando el proponente era *un tercero o cualquier persona*. Similar situación ocurre en el año 2005 en el que de un total de 11 amparos, 10 fueron admitidos bajo el concepto de titularidad de derechos subjetivos y sólo uno bajo la posibilidad de interposición de cualquier persona. De igual manera cuando se analiza las materias protegidas por el Tribunal Constitucional vía acción de amparo, se establece que en el año 2000, de 14 acciones admitidas, 11 fueron respecto a derechos patrimoniales y tres a derechos fundamentales, y de la misma manera en el año 2005, 11 son admitidas de las cuales 9 se refieren a derechos patrimoniales y dos en relación a derechos fundamentales.

Bajo esta consideración tenemos entonces que la tarea del Tribunal Constitucional se centró en proteger derechos subjetivos constitucionales que muchas veces se pueden confundir con derechos ordinarios o patrimoniales, y no derechos fundamentales, y dentro de los últimos podemos ubicar a los derechos sociales. Entonces tenemos que la acción de amparo tuvo poca eficacia para proteger derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los derechos sociales, en cambio sí funcionó para proteger derechos subjetivos constitucionales e inclusive derechos patrimoniales u ordinarios, dado que al parecer existió una confusión entre estos dos últimos.

La falta de justiciabilidad de los derechos sociales en el régimen de la Constitución de 1998, tiene ribetes aún más dramáticos. Según la investigación de Alex Valle⁸⁴, respecto a las acciones de amparo desde el año 1997 al 2004, prácticamente el 50% de aquellas presentadas y subidas en

⁸³ Ramiro Ávila Santamaría, *Un cambio ineludible...*, p. 372 - 374

⁸⁴ Alex Valle Franco, “La acción de amparo en el Ecuador y los derechos fundamentales”, tesis de grado previa a la obtención del título de máster en derechos humanos y democracia, mención mecanismos de protección, en <http://repositorio.uasb.edu.ec>, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009, p.51: última visita 02-05-2011

apelación al Tribunal Constitucional, se refieren a derechos sociales y económicos. Esto quiere decir que la mitad de acciones de amparo que se presentaron en este lapso de tiempo no cumplieron su labor de proteger y tutelar derechos fundamentales, por la utilización de la teoría del derecho subjetivo en los derechos fundamentales y el menosprecio de los DESC, eso sin tomar en cuenta otros derechos como los colectivos y difusos.

En conclusión, sobre la protección judicial de los derechos sociales bajo el amparo de la Constitución de 1998, se puede afirmar que normativa y doctrinariamente existían posibilidades ciertas y claras. Más aún si nos remitimos a un caso específico, conocido y resuelto por el Tribunal Constitucional en relación *al derecho a la salud*,⁸⁵ se evidencia que cuando existió voluntad de proteger judicialmente un derecho social se lo hizo, independientemente de considerar si el alcance de dicha resolución efectivamente tutelaba y reparaba la vulneración del derecho fundamental⁸⁶. Lamentablemente este caso es la excepción de la regla general, por la aplicación arbitraria de la teoría del derecho subjetivo a los derechos fundamentales por parte del organismo de justicia constitucional de nuestro país llamado Tribunal Constitucional, lo que restringió el ámbito de aplicación de la garantía judicial del amparo únicamente a los denominados derechos individuales o inclusive patrimoniales, dejando fuera de la protección a los DESC, sin una explicación clara o argumentada.

Nuestra carta constitucional vigente conceptual y normativamente ha superado este debate, por lo que es pertinente afirmar categóricamente que los derechos sociales tienen el mismo nivel que los derechos civiles y políticos, en función del principio de igualdad jerárquica (Art. 11.5), por consiguiente son directa e inmediatamente aplicables, (Art 11.3 primer inciso) y no sólo eso sino

⁸⁵ Resolución Nro. 0749-2003-RA, del Tribunal Constitucional del Ecuador, analizada por Pablo Alarcón Peña, en *La protección judicial de...*, p.629-635.

⁸⁶ Esto debido a que el contenido constitucional de 1998 no contemplaba el concepto de la *reparación integral* de los derechos fundamentales, tema que está vinculado a la finalidad de las garantías jurisdiccionales en la Constitución vigente y a las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

que son justiciables, es decir pueden ser objeto de protección a través de específicas garantías jurisdiccionales (Art. 11.3 tercer inciso).

Sobre el avance de las garantías jurisdiccionales Pablo Alarcón dice:

La Constitución de la República vigente, marca avances importantes y sustanciales con respecto a la Constitución de 1998. Así por ejemplo, en cuanto a garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales se refiere, se puede constatar un avance significativo en la protección y justiciabilidad de los derechos. Y es que si bien es cierto que la acción de amparo reunía las condiciones suficientes para tornar exigibles judicialmente los derechos sociales, no lo es menos que una garantía de derechos humanos no puede manejarse bajo estándares mínimos, por el contrario, debe procurar el pleno ejercicio de todo los derechos constitucionales, y en caso de constatar vulneraciones, el juez debe efectuar de manera imperativa una adecuada reparación integral...⁸⁷

Como elementos constitucionales que abonan a considerar los derechos sociales o del buen vivir justiciables tenemos los siguientes: El establecimiento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, implica toda una garantía política jurídica con la adopción de los elementos de esta forma de Estado; la estipulación de una serie de principios de aplicación de derechos, que determinan su aplicación directa e inmediata, la igualdad jerárquica e interdependencia y la justiciabilidad de todos los derechos constitucionales; y el sistema de garantías jurisdiccionales, de manera especial la acción de protección.

Ahora bien, como la experiencia histórica constitucional de nuestro país ha demostrado, no es suficiente la estipulación normativa constitucional que es bastante clara y explícita en cuanto a la factibilidad de protección judicial de todos los derechos, incluidos los sociales; sino que se requiere una serie de elementos adicionales que permitan el desarrollo y consolidación de la justiciabilidad de estos derechos, uno de aquellos es la jurisprudencia constitucional, mediante la cual se enlaza los principios y reglas con la realidad.

⁸⁷ Pablo Alarcón Peña, La protección judicial de..., p.635, 636.

1.2.6.- La acción de protección. Garantía jurisdiccional de los derechos sociales

1.2.6.1.-Los Jueces son garantes de todos los derechos constitucionales

En el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la función judicial es la garante de los derechos reconocidos por la Constitución e instrumentos internacionales, por consiguiente los jueces están llamados a proteger *todos los derechos* sin distinción alguna. En este sentido, Ramiro Ávila⁸⁸ expresa que cuando la Constitución afirma que todos los derechos son justiciables, y establece una *acción de protección* que está diseñada para reivindicar cualquiera de los derechos reconocidos, está ordenando que la función judicial ya no se dedique exclusivamente a proteger la propiedad.

1.2.6.2.-La acción de protección tutela los derechos sociales

En función de los principios constitucionales vigentes enunciados anteriormente, todos los derechos deben ser susceptibles de protección judicial, sin que dependa de la titularidad individual o colectiva y rompiendo con la tesis tradicional de considerar sólo a unos derechos justiciables y otros no. Parecería ser que la clasificación atípica que nuestra carta constitucional hace de los derechos, busca consolidar esta posición, reforzada por los principios de interdependencia e igualdad jerárquica y por consiguiente establecer todo un campo de acción adecuado para la protección judicial de los derechos, de los cuales son parte los del “buen vivir”.

Nuestra normativa constitucional es coherente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en este sentido la Convención Americana de Derechos Humanos declara que toda persona, sin ningún tipo de discriminación, *tiene derecho a un recurso efectivo ante los jueces*

⁸⁸ Ramiro Ávila Santamaría. “Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano” en Christian Courtis y Ramiro Ávila (editores): *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 545.

*competentes que lo proteja contra actos que violen cualquiera de sus derechos fundamentales*⁸⁹; el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, estableció que existen obligaciones inmediatas por parte de los Estados para proteger los derechos sociales, entre las cuales se encuentran *la de establecer recursos administrativos o judiciales específicos creados para la protección de estos*.⁹⁰

Respecto a la efectividad del recurso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos ha establecido que un recurso es efectivo para proteger derechos sociales, a.-cuando es idóneo para determinar si hubo una violación a este tipo de derechos y, b.- a su vez permite dar una solución adecuada a este tipo de vulneraciones.⁹¹ *El primer punto (a)*, está vinculado a que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y por consiguiente su violación exige mecanismos de reparación colectivos, ya que la titularidad del derecho corresponde a un sujeto plural. En función de esto se debe permitir invocar una afectación grupal y no únicamente individual, de modo que se pueda reclamar una remediación de carácter colectivo, rebasando el plano individual; *el segundo punto (b)*, esto es que el recurso permita dar una solución adecuada a la violación de derechos sociales, que está configurada básicamente con demandas de prestaciones estatales, está vinculado no sólo a la posibilidad sino a la obligación judicial de ordenar la reparación integral de los derechos.

Nuestra acción de protección cumple con estos estándares, ya que se establece que se puede ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, es decir, se establece la factibilidad de que los derechos sociales puedan ser exigidos de manera colectiva. En cuanto a la reparación integral el art. 88. 1 Constitucional, dispone que el juez no sólo deberá declarar la violación del derecho, sino también ordenar la *reparación integral*,

⁸⁹ Convención Americana de los Derechos Humanos, Arts. 1.1 y 25

⁹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, párrafos 4 y 5.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos; caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto del 2000 y caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto del 2000.

material e inmaterial, y especificar e individualizar, las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deben cumplirse.

Por otra parte, conforme señala Carolina Silva⁹², “*la Constitución, en línea con las doctrinas que establecen que las políticas públicas son medios para hacer efectivos los derechos sociales, reconoce a estas políticas como garantía de los derechos y establece que éstas podrán ser demandadas judicialmente mediante la acción de protección, cuando vulneren derechos.*”.

La protección judicial efectiva de los derechos constitucionales parte del principio de independencia judicial, tanto interna como externa, de origen como de ejercicio, por lo que la posibilidad de la injerencia de otras funciones del Estado en el desempeño de la función judicial, trae consigo un grave riesgo de que las garantías jurisdiccionales se conviertan en simples elementos formales, pero que no contribuyan a la materialización de los derechos. Más aún en el caso de la protección judicial de los derechos sociales, la ausencia de independencia judicial complicará tremendamente esta aspiración, en tanto y cuanto es a la función ejecutiva, encargada de dictar e implementar políticas públicas, a la que se debe controlar.⁹³

Al concluir el presente capítulo, es pertinente señalar que del estudio de los regímenes constitucionales de 1998 y 2008, en cuanto a la garantía judicial de los derechos constitucionales y especialmente sociales, se evidencia que ambos tienen elementos comunes, pero la Constitución del 2008, los profundiza, refuerza y amplía de tal manera, que se constituye en instrumento fundamental en el continuo avance teórico normativo del constitucionalismo ecuatoriano.

Finalmente, una vez que hemos analizado comparativamente desde la teoría constitucional (dimensión abstracta) los derechos sociales, en lo que respecta a su contenido, denominación,

⁹² Carolina Silva Portero. “Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección” en Christian Courtis y Ramiro Ávila (editores): *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos humanos, 2009, p.607.

⁹³ Breve comentario personal respecto a la incidencia de los resultados de la Consulta Popular del 7 de mayo del 2011, respecto a la función judicial y a las garantías jurisdiccionales de los derechos.

tutela y principios de aplicación (jerarquización, aplicación directa, justiciabilidad, interdependencia, entre otros) en las Constituciones de 1998 y 2008, en el siguiente capítulo evaluaremos en función del avance teórico precedente, el rol creador y garante del juez constitucional, la tendencia social en la utilización de la acción de protección, así como la respuesta del sistema judicial a esta demanda, para desembocar en el estudio de jurisprudencias constitucionales de acciones de amparo y protección (derechos vivienda y salud), con la finalidad de determinar su incidencia (dimensión sociológica) en estos casos concretos.

CAPÍTULO SEGUNDO

ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL Y TENDENCIA DE UTILIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN RESPECTO A LOS DERECHOS DEL BUEN VIVIR: ANÁLISIS DE FALLOS SOBRE VIVIENDA Y SALUD

Los fallos o decisiones judiciales son los que le dan sentido real y práctico a los derechos constitucionales, hacen realidad los valores, principios y reglas constitucionales, en definitiva los que permiten que el constitucionalismo no sea una quimera o utopía, sino el elemento trascendente en el convivir racional, equitativo y justo de las sociedades. La jurisprudencia constitucional es el elemento de garantía primordial del sistema, si esta falla todo lo demás es ficción o una falacia con ropaje de legitimidad constitucional. En este aspecto el presente capítulo expresa de manera sucinta cual es el rol del juez en el Estado Constitucional en atención a métodos propios de interpretación y estructura de las normas constitucionales; la tendencia respecto a la utilización de la acción de protección para tutelar derechos del buen vivir, así como la respuesta que han obtenido de los jueces; y *especialmente*, a la luz de los elementos teóricos normativos de la Constitución del 2008, analizados en el capítulo anterior, determinar si dichos principios están siendo acogidos en los fallos judiciales en acciones de protección de los derechos a la vivienda y salud.

2.1.- ROL DE LOS JUECES Y ESTADO CONSTITUCIONAL

2.1.1- La interpretación constitucional

La jurisprudencia es el resultado del proceso de interpretación jurídica por parte de los jueces, y cuando le asignamos la expresión constitucional, se refiere a la materialización que adquiere cuando buscamos o asignamos un sentido o significado a un precepto constitucional o que forma parte del denominado bloque de constitucionalidad, ya sea en abstracto o para resolver un caso concreto. De ahí la íntima vinculación entre interpretación y jurisprudencia

constitucional. Antonio Pérez Luño⁹⁴ expresa que “*este proceso consiste en el ejercicio de atribuirle significado al segmento de lenguaje jurídico de carácter constitucional que forma parte de la Constitución.*”. Marco Monroy Cabra⁹⁵ por su parte señala que “*la interpretación constitucional no es sólo una forma técnica de conocer el significado de las palabras contenidas en una Constitución, sino que es una práctica que apunta resolver un caso determinado.*”.

Mas allá de evidenciar las distintas visiones sobre la problemática de la interpretación constitucional, lo fundamental es determinar los principios de interpretación, los métodos de interpretación y en este contexto establecer cuál es el rol o función de los jueces constitucionales de nuestro país en este contexto y en el Estado Constitucional. Será que los jueces continúan siendo la “boca de la ley”, aplicando la subsunción para resolver sus casos, actividad propia en el Estado legalista, aparentemente superado por lo menos teóricamente con la Constitución vigente o ha mutado su rol para convertirse en los guardianes de los derechos fundamentales y del Estado Constitucional, asumiendo una tarea creadora del derecho a través de la aplicación de métodos interpretativos acorde a la nueva realidad constitucional.

2.1.2.- El rol creador de Derecho del juez constitucional

La adopción de la forma de Estado Constitucional, implica necesariamente un papel distinto de parte de los jueces, en relación con el Estado legalista, esto debido a que por sus características, el primero confía a los jueces la eficacia y materialización de los derechos fundamentales, por aquello, una característica fundamental de este es la instauración de garantías judiciales de los derechos y del control de la constitucionalidad, lo que conlleva un robustecimiento de la jurisdicción constitucional.

⁹⁴ Antonio Pérez Luño, “La Interpretación de la Constitución” en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p.254.

⁹⁵ Marco Monroy Cabra, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Librería del Profesional, 2002,p.15.

¿Cuál es entonces el nuevo rol del juez constitucional?, la respuesta a esta pregunta está ligada a los principios y métodos de interpretación constitucional, así como a la estructura propia de las normas constitucionales⁹⁶. La lógica de interpretación judicial sobre una ley no puede aplicarse a la Constitución, y esto explica el nuevo rol que tienen los jueces para aplicar principios y reglas constitucionales. Juan Montaña Pinto al referirse a este tema afirma:

Hay métodos tradicionales que provienen de Savigny, aquellos establecidos en el Código Civil, los más importantes de los cuales son el método sistemático y el teleológico, pero existen también métodos especiales de interpretación constitucional, debido a que interpretar la Constitución no es interpretar una ley, no es interpretar una norma común y corriente y, por lo tanto, no funcionan o no funciona en todos los casos, los métodos tradicionales, debido a la propia estructura de la Constitución porque la Constitución está configurada por normas y conceptos jurídicos indeterminados que requieren para su cabal aplicación, de la elaboración de reglas sub-constitucionales que los concrete.

Necesitan concreción y esa concreción ¿Quién la hace?. Por supuesto el juez constitucional. Para hacer esa concreción, hay métodos especiales; el más importante de los cuales es la interpretación racional...⁹⁷

En esta misma línea continúa expresando:

Interpretación es este contexto sinónimo de creación del Derecho. La interpretación constitucional no es una operación de subsunción sino que es creación del Derecho a partir de una argumentación racional y la racionalidad es el principal parámetro de constitucionalidad.⁹⁸

Entonces si en el Estado Constitucional de Derechos, la tarea del juez constitucional al interpretar la Constitución o el bloque de constitucionalidad, es la de crear derecho para solucionar un caso concreto, no es adecuado o suficiente que aquel aplique el método silogístico o

⁹⁶ El ejercicio del método silogista o de subsunción, proveniente de la aplicación de la lógica aristotélica a la interpretación jurídica, es típico de la tradición ius positivista, el que se ha considerado suficiente para interpretar normas legales que encajen a situaciones de hecho sobrevinientes. Sin embargo este método no es suficiente ni adecuado para interpretar cláusulas constitucionales, debido principalmente a la diferencia de estructura de estas normas. *Las normas legales son hipotéticas* porque contienen una hipótesis, por lo tanto un antecedente de hecho que se verifica posteriormente en una causa de derecho (consecuencia), es decir una relación de causa y efecto. Por el contrario la generalidad de *las norma constitucionales son téticas*, es decir, su estructura no contiene hipótesis, sino afirmaciones amplias, generales e indeterminadas.

⁹⁷ Juan Montaña Pinto, “Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución” en *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional*, Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2008, p.119-120.

⁹⁸ Juan Montaña Pinto, *Jornadas de Capacitación en Justicia...*p.119-120.

subsunción, sino que es preciso la utilización de otros métodos más acordes con la función creadora que al juez le asigna el Estado Constitucional, así como con la estructura tética de las normas constitucionales. Sin perjuicio de otros métodos interpretativos, se estima que *la ponderación y la proporcionalidad* son apropiadas a esta realidad jurídica.

a.- La ponderación.- Las Constituciones actuales establecen una importante cantidad de valores y principios, por lo que la contradicción y tensión entre aquellos es latente, pues pueden ser invocados a un caso concreto, colocando al juez en la obligación de decidir cual principio considera para dicho caso; en definitiva cuando se presenta una suerte de colisión entre principios reconocidos por la Constitución la interrogante a ser resuelta es: *¿Qué principio se aplica?*; en este tipo de contexto emerge el *método de ponderación*, que como su nombre lo significa, implica un balance entre los principios en colisión, por el hecho de la igualdad jerárquica de estos y la necesidad de precautelar la “unidad de la Constitución”.

Sobre la ponderación Carlos Bernal Pulido expresa:

La ponderación representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie. La ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración a su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos y todas las posibles incompatibilidades entre las norma prima facie que fundamentan.⁹⁹

A decir de Robert Alexy¹⁰⁰, la ponderación, es únicamente una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sino una relación de procedencia condicionada entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso. Por lo tanto la decisión en virtud de la cual se establece el principio que se debe aplicar no significa que un principio sea superior a otro,

⁹⁹ Carlos Bernal Pulido, “La racionalidad de la ponderación” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008, p.53.

¹⁰⁰ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdez), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, citado por Carlos Bernal Pulido, “La racionalidad de la ponderación” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional...*p.54.

sino que en virtud de las características de un caso concreto, dicho principio es el pertinente y otro no, pudiendo suceder que en una futura controversia entre los mismos principios, se decida aplicar el otro, si las circunstancias del caso lo ameritan.

Bajo esta realidad y frente a la insuficiencia del método silogístico para resolver este problema (colisión de principios) debido a sus limitaciones ya expresadas, la novel tarea de los jueces constitucionales será entonces solucionar la tensión justificando argumentadamente tanto formal como materialmente sus decisiones, validez que no la encontrará en norma jurídica alguna sino en otros elementos racionales, radicando justamente ahí su labor creadora de derecho para un caso concreto, utilizando las reglas del método ponderativo y dependiendo de la fuerza de su precedente puede servir de guía para otros casos análogos e inclusive de aplicación general y obligatoria cuando emana de la más alta instancia de justicia constitucional como en nuestro caso es la Corte Constitucional.¹⁰¹

b.- La proporcionalidad.- este tiene un grado de vinculación directo y dependiente de la ponderación, de tal manera que sin ponderación no puede existir proporcionalidad. Al respecto, cuando dos principios entran en colisión, como ya fue expresado anteriormente, la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación del otro, corresponde al juez constitucional determinar si dicha reducción es o no proporcionada, esto implica que la afectación de un principio no puede ser desmedida, sin unos parámetros. La proporcionalidad según Robert Alexy¹⁰² debe ser entendida en función de la denominada “ley de ponderación” y que se expresa de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.

¹⁰¹ Nuestra Constitución vigente le ha dado a la Corte Constitucional la potestad de ser la interprete auténtica de la Constitución con efectos generales y obligatorios, así como la posibilidad de establecer precedentes jurisprudenciales con los mismos efectos, por ejemplo cuando dicta sentencias de revisión de garantías jurisdiccionales.

¹⁰² Robert Alexy, “La fórmula del peso” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, edit. Miguel Carbonell, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Serie Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2008, p.15

La ley de ponderación en este sentido establece una relación directamente proporcional entre principio afectado y principio optimizado, por lo que la proporcionalidad pretende por una parte la máxima realización posible de un principio e impedir ciertas intervenciones o restricciones de los derechos fundamentales que sean evitables o desmedidas. Entonces el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. El ejercicio del método de proporcionalidad hace relación con: a.-Adecuación de los medios escogidos para lograr el fin buscado, b.- Necesidad del uso de dichos medios para alcanzar el fin propuesto, verificando que no esté disponible otro mecanismo que permite lograr el objetivo con menor sacrificio de otros principios y, c.- Proporcionalidad directa entre medio y fin, restricción de uno y alcance proporcional de otro.

Entonces tenemos que el método de proporcionalidad como complemento y vinculado necesariamente con la ponderación, es un elemento que permite la concreción de las pautas necesarias para ayudar en la tarea del juez constitucional de crear derecho a fin de resolver el complejo caso puesto a su conocimiento. En otros términos la proporcionalidad ofrece unas reglas concretas para la tarea judicial creadora del derecho, a fin de no caer en el subjetivismo o decisionismo, que es uno de los riesgos del equivocado entendimiento de estos métodos y fundamento de la crítica de sectores de la doctrina. Así Gabriel Mora Restrepo sobre el abuso y desnaturalización de la tarea creadora de juez afirma:

Un uso arbitrario o ilegítimo, o si se prefiere maquiavélico de la interpretación constitucional, parece implicar una desnaturalización del oficio de los jueces, no sólo porque se causa daño al orden jurídico establecido (o al orden habitual de las cosas jurídicas), sino además porque se hace con determinación. Esto ocurre cuando los jueces, por ejemplo, con la intención de hacer prevalecer sus propias ideologías o intereses privados, eligen premisas falsas e incorrectas, tergiversan la realidad de los casos o sus implicaciones, distinguen aspectos sin una razón suficiente, imponen exigencias no contempladas con anterioridad y sin un soporte justificativo para hacerlo, o tejen un conjunto de argumentos de tal forma que, lejos de ofrecer resultados consistentes con la justicia constitucional, obedecen a criterios injustificados...¹⁰³

¹⁰³ Gabriel Mora Restrepo, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p.76.

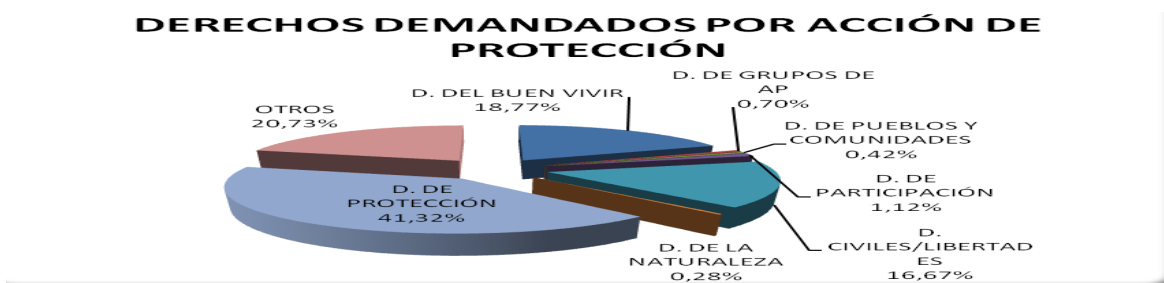
Como lo señalamos, en el Estado Constitucional los jueces deben asumir el rol de guardianes de su contenido y de los derechos fundamentales, específicamente a través de la utilización de las denominadas garantías judiciales y la implementación de métodos propios de interpretación constitucional para resolver los casos puestos a su consideración, por lo que el grado de utilización de estas acciones y la respuesta judicial frente a estos requerimientos constituyen parámetros fundamentales para evidenciar la vivencia social de la nueva forma de Estado. En nuestro caso revisemos algunos aspectos importantes.

2.2.-TENDENCIA EN LA UTILIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN PARA TUTELAR DERECHOS DEL BUEN VIVIR Y SU RESPUESTA JUDICIAL: VIVIENDA Y SALUD

La acción de protección es mecanismo idóneo y adecuado para proteger judicialmente derechos sociales, así lo dice un sector importante de la doctrina y la normativa constitucional vigente. Ahora bien, parecería ser que la difusión y utilización de esta garantía judicial para proteger derechos del buen vivir está todavía lejos de consolidarse, esto conforme un estudio realizado por el Programa Andino de Derechos Humanos (PADH)- UASB, sobre los porcentajes de utilización de esta acción con la finalidad de proteger los antes mencionados derechos¹⁰⁴. El 18.77% del total de acciones de protección que fueron tramitadas en Pichincha en el período enero – octubre del 2010, tuvieron como finalidad proteger derechos sociales (buen vivir).

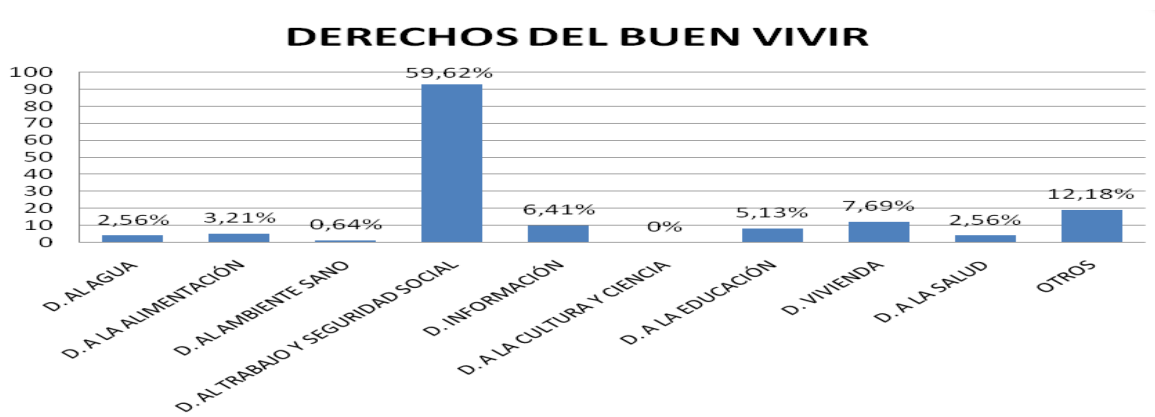
¹⁰⁴ Este estudio se circunscribe a la provincia de Pichincha, período enero – octubre del 2010, tomando como fuente la página web de La Función Judicial de Pichincha, en consulta por causas. Conforme señala la investigación realizada por el PADH, la Función Judicial no tiene una base de datos nacional de consulta en línea, además las páginas web de las Cortes Provinciales no contemplan la posibilidad de consultas por causas constitucionales. Ver: *Develando el desencanto*, Informe sobre derechos humanos Ecuador, 2010,(versión magnética), Programa Andino de Derechos Humanos (compilador), Las Garantías de los Derechos en el 2010, Agustín Grijalva, p.54.

Gráfico 1¹⁰⁵



Entonces frente a esta realidad un paso fundamental es difundir la cultura de protección de derechos sociales vía acción de protección, para lo cual sería pertinente diseñar diversas estrategias por parte de actores académicos, sociales, gremiales y estatales. En cuanto a derechos específicos del buen vivir como *vivienda* y *salud*, la misma investigación refleja que el *derecho a la vivienda* ocupa un 7.69% y el *derecho a la salud* un 2.56% del total de acciones de protección sobre derechos sociales, lo que indica de igual manera que estos derechos en particular todavía representan porcentajes bajos que se busca tutelar por dicha garantía.

Gráfico 2¹⁰⁶

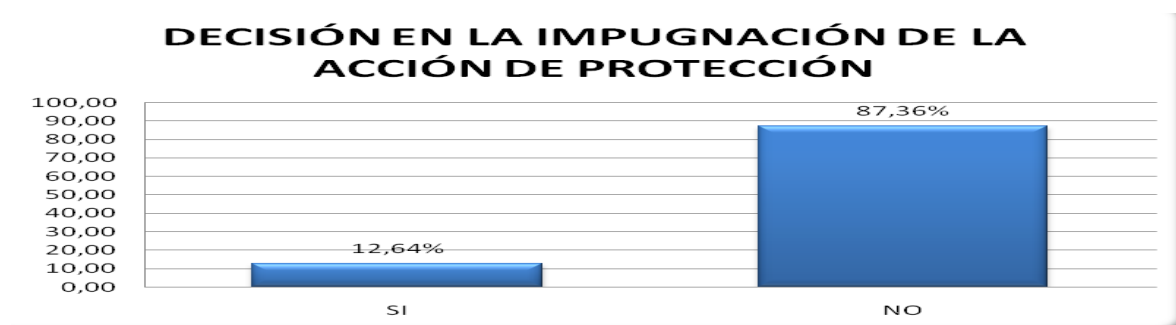


¹⁰⁵ Agustín Grijalva, “Las Garantías de los Derechos” en *Develando el desencanto, Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010 (versión magnética)*, Programa Andino de Derechos Humanos (compilador), Quito, p.68.

¹⁰⁶ Agustín Grijalva, *Develando el desencanto...*p.70.

Respecto a la tendencia de acoger o negar la tutela de los derechos del buen vivir vía acción de protección, no existen datos concretos, pero se podría afirmar que estarían dentro de la situación general dramática de falta de protección de los derechos fundamentales por parte de los jueces. En la Corte Provincial de Pichincha y sus diferentes salas como jueces de segunda instancia, la situación es la siguiente:

Gráfico 3¹⁰⁷



Los datos referidos evidencian sin lugar a dudas un alto grado de desprotección de los derechos fundamentales, ya que prácticamente nueve de cada diez acciones de protección son negadas, y esto no se debe básicamente a un ejercicio de interpretación constitucional para el caso concreto, en el cual se analice el fondo del asunto a fin de determinar si existe o no vulneración de derechos, sino a la aplicación e interpretación lógica del Art. 40 numeral 3) y Art. 42 numeral 4) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que le da un carácter restrictivo a la acción de protección convirtiéndola en residual y negando su carácter de directa y eficaz.

Además también revela la falta de voluntad y capacidad de los jueces para superar este obstáculo legal para la protección de los derechos fundamentales en los que como lo afirmamos se incluyen los sociales, utilizando métodos adecuados de interpretación constitucional y otras fuentes como la doctrina, los instrumentos internacionales de derechos humanos o la misma

¹⁰⁷ Agustín Grijalva, Develando el desencanto...p.66.

normativa constitucional, renunciando o no asumiendo su rol de creador de Derecho y de garante del contenido material del Estado Constitucional. En suma se ha constituido en una vía de escape judicial para no comprometerse con su rol sustancial, cual es la tutela de los derechos constitucionales.

Sobre esta problemática, Agustín Grijalva¹⁰⁸ señala:

El carácter residual que la Ley de Garantías Jurisdiccionales ha dado a la acción de protección, ha determinado una alta tasa de rechazo en primera instancia: se niegan 8 de cada 10 casos; en muchos de los cuales el juez argumenta que el accionante tiene otra vías. Lo mismo sucede en cuanto a las apelaciones ante la Corte Provincial se rechazan 9 de cada 10; lo cual podría implicar una alta desprotección de los derechos constitucionales...

2.3.-ANÁLISIS DE FALLOS DE ACCIONES DE AMPARO Y PROTECCIÓN EN RELACIÓN A LOS DERECHOS A LA VIVIENDA Y SALUD

El presente ejercicio de análisis de fallos en casos puntuales de acciones de amparo (Constitución de 1998) y protección (Constitución de 2008), *sobre derechos a la vivienda y salud*, como se evidenciará no es un estudio estadístico, ni tampoco pretende demostrar una tendencia consolidada sobre protección judicial de estos derechos en nuestro país, sino en base a jurisprudencias ejemplificativas, previo una comparación entre estas garantías judiciales, vislumbrar si existen avances en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana en torno a los derechos sociales (buen vivir), específicamente de vivienda y salud, en función de la nueva forma de organización asumida por nuestra Carta Constitucional vigente, cual es el Estado Constitucional de Derechos, los principios de aplicación de derechos y el rol del juez como garante de la naciente forma de Estado y de los derechos fundamentales.

Es pertinente señalar que la información sobre jurisprudencia constitucional en relación a derechos sociales, tanto en el régimen constitucional de 1998, como del 2008, se encuentra

¹⁰⁸ Agustín Grijalva, “Las garantías de los derechos en 2010” en *Develando el desencanto, Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, PADH (compilador), UASB, Quito, Abya- Yala, 2011, p.41.

dispersa, incompleta, existen pocas fuentes sistematizadas de consulta, pero no precisamente en los organismos oficiales del Estado.¹⁰⁹ Esto denota una falta de fuentes de investigación y que la jurisprudencia sigue sometida a la ley. Más allá de considerar esta situación como un descuido administrativo y de gestión, es un elemento sintomático de la escasa cultura jurisprudencial en el país y de la poca importancia que se da a la misma, paradójicamente en un Estado Constitucional de Derechos, en el que teóricamente se robustece la jurisdicción constitucional, los precedentes jurisprudenciales, el rol garante y creador del juez y se rebasa el legalismo.

2.3.1.- Enfoque y análisis de fallos sobre derecho a la vivienda

A fin de facilitar el entendimiento y enfoque del análisis, en cuanto al derecho a la vivienda, los casos analizados uno por cada régimen constitucional conforme se estructuró el primer capítulo, evidencian pragmáticamente la compleja relación *vivienda- propiedad - invasiones – desalojos*, y como se trato aquella en estos fallos. Esto evidenciará si existen avances o si la jurisprudencia constitucional o por lo menos parte de ella, a pesar de los nuevos planteamientos teóricos del Neoconstitucionalismo, sigue anclada al paradigma del Estado legalista, a la jerarquización de los derechos fundamentales y al método subsuncionista de interpretación.

Los fallos serán analizados en primer lugar desde su circunstancia fáctica, es decir los hechos o antecedentes que dieron origen a la causa y sobre los cuales se decidió, y en su *ratio decidendi*, es decir los sustentos o argumentos fundamentales o centrales que sirvieron para llegar a la decisión tomada. Específicamente dentro de lo que cabe se estudiará si en estas decisiones

¹⁰⁹ Revisados los sitios Web de la Corte Constitucional para el período de transición y del Consejo de la Judicatura: última visita 15-06-2011; como órganos directos y competentes para tener una base de datos sólida y completa, se evidencia que no tienen información sistematizada, procesada y tabulada sobre la tendencia cuantitativa y cualitativa de la jurisprudencia constitucional sobre derechos sociales, que permita realizar a los interesados una investigación amplia y general sobre el tema, sino que para dicho análisis se debe recurrir a fallos específicos que reflejan una realidad parcial pero no necesariamente la integralidad. La información recogida se debe a la colaboración de personas y entidades no oficiales, a título personal.

jurisprudenciales se utilizaron principios de aplicación y jerarquización de los derechos fundamentales, fuentes del derecho, métodos de interpretación constitucional, entre otros.

Resolución de la acción de amparo Nro. 0204-2009-RA, deducida conforme la Constitución de 1998.¹¹⁰

Legitimado activo: Bolívar Guerrero Maulme Ochoa (Representante legal de la Asociación Montubia de Desarrollo Comunitario “Churute”).

Legitimado pasivo: Director Distrito Occidental del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA) Y Teniente Político de la parroquia Taura.

Juez Constitucional: Tercera Sala de la Corte Constitucional de transición, resolviendo acciones de amparo bajo del Régimen de 1998.

Antecedentes:

El accionante en lo principal manifiesta que junto con sus representados, son legítimos poseedores del predio rústico conocido como hacienda “el sol”, situada en la jurisdicción de la parroquia Taura, del cantón naranjal, entre los kilómetros 14 y 15 de la provincia del Guayas. Que en mérito al contrato de arrendamiento suscrito por su representada y los representantes legales de la Agencia de Garantías de Depósitos AGD, de 22 de enero del 2005, por un período de cinco años, sin tener nada que adeudar por cuanto el pago del canon de arrendamiento se encuentra al día y por lo tanto en ocupación, uso y producción de todo el terreno, el cual es utilizado para la vivienda de los miembros de su organización, así como para el cultivo de arroz, maíz, hortalizas y ganadería por parte de los mismos. Señala el 23 de enero del 2007, a las 12h30 el ex - Director Distrital Occidental del INDA a esa fecha, Ab. Ricardo Mendoza García, en providencia resolutive, dentro del expediente administrativo Nro. 125-2006, dispone que se impida el ingreso de los miembros de su Asociación a la propiedad en cuestión, resolución que se ejecutó el día 26 de abril del 2007. Luego de una lucha incansable por recuperar su posición, lo lograron pero el 21 de julio del 2008, nuevamente se dispone su desalojo dentro del expediente Nro. 078-2008, a fin de favorecer a terceras personas. Por lo que la autoridad accionada ha vulnerado sus derechos establecidos en el artículo 23 último inciso y art. 24 inciso 19 de la Constitución de 1998, por lo que solicita que se conceda su petición de amparo se deje sin efecto la orden de desalojo y se disponga del Director Distrital Occidental del INDA, se abstenga de seguir conociendo el expediente Nro. 078-2008. La parte accionada en la audiencia correspondiente señala que la acción de amparo no reúne los requisitos exigidos para el efecto, y que el Director del INDA ha actuado dentro de las funciones y atribuciones que le otorgaba los artículos 28 y el 27 de la Codificación de la Ley de Desarrollo Agrario y los artículos 23, 24 y 33 del Reglamento General de la Ley de

¹¹⁰ Casos ejemplificativos sobre desalojo de vivienda encontramos en las resoluciones Nro. 0181-2009-RA y 062-2009-RA, de la Tercera Sala de la Corte Constitucional de transición.

Desarrollo Agrario, por lo tanto el acto administrativo es legítimo, dictado por la autoridad competente, El Juez Vigésimocuarto de lo Civil de Guayaquil, resuelve negar la acción de amparo propuesta, la misma que se apelada ante el Tribunal Constitucional.

Establecida la competencia en el Tribunal Constitucional, Tercera Sala, que posteriormente por la vigencia de la Constitución 2008 se transformaría en Corte Constitucional para el período de transición, es importante transcribir y analizar varios considerandos de la resolución, los cuales dan las pautas para la decisión que se tomó en la causa. Es preciso señalar que los considerandos PRIMERO al SEXTO se refieren a competencia, procedibilidad, pretensión. También a referencias complementarias a las que podríamos denominar *obiter dicta*,¹¹¹ razón por la cual no son motivo de estudio.

A continuación hacemos referencia a un considerando que contiene un elemento que no aparecía en los antecedentes, y lo que dice la Tercera Sala de la Corte Constitucional de transición respecto al mismo.

SEPTIMA,- A fojas 57 del proceso consta denuncia presentada por el señor Máximo Salvador Correa Agila, en calidad de Director Ejecutivo de la Fundación ecológica Andrade, ante el Director Centro Occidental del INDA, en la cual señala que su representada es propietaria de un lote de terreno de 30 hectáreas, situada en el sector kilómetro 14 de la vía Boliche – Puerto Inca de la parroquia Taura, cantón Naranjal, provincia del Guayas. Que sujetos encabezados por el señor Bolívar Maulme Ochoa, Julio Vélez Vanegas, Pedro Celestino Rosado, Walter Suarez, desde el 6 de enero del 2006, a las 13h00 aproximadamente han invadido la propiedad de la Fundación Ecológica Andrade, causándole un perjuicio enorme a varios campesinos a los cuales les tenía alquilado dichas tierras para labores agrícolas, pero esta gente tienen compañeros armados dentro de la propiedad, por lo que no pueden trabajar, les han tumbado unas casas, les han dañado los sembríos de los inclusive ha existido robos por lo que solicita que una vez verificada la invasión se ordene el desalojo de los invasores (lo subrayado es nuestro)

Este considerando si bien es cierto no es el fundamento de la decisión, lo que hace es introducir un aspecto en la discusión constitucional de la acción, que no estaba presente en el

¹¹¹ Esta expresión hace mención a consideraciones de derecho que no serían estrictamente necesarias para sentenciar la causa, pero que el juez o una Corte incluye en los considerandos porque quieren dar una decisión más completa y abarcativa. Ver: <http://www.saberderecho.com/2005/12/el-discreto-encanto-del-obiter-dictum.html>: última visita 30-06-2011

relato de los hechos, el que será de un peso importante para el resultado de la causa conforme lo veremos más adelante. Este elemento es la participación en el conflicto de una entidad privada, que reclama el respeto y protección a su derecho de propiedad privada sobre un predio, para lo cual presentó una denuncia ante el INDA por invasión, en contra del accionante y otros miembros de la organización que representa. De la misma manera con el propósito de seguir determinando y enfocando el conflicto desde el derecho de propiedad sobre el predio, la Sala incluye como uno de los considerandos el siguiente:

DECIMA.- De fojas 100 a 110 consta escritura de compraventa otorgada por la Fundación Ecológica Andrade, a favor de los señores Ab. Mariano de Jesús Márquez Sellan y Carlos Efraín Pastuizaca Ochoa, un lote de terreno de 30 hectáreas ubicado en la Parroquia Taura, Cantón Naranjal, de la Provincia del Guayas. [...] Es necesario aclarar que los compradores del área de 30 hectáreas que adquirieron a la Fundación Ecológica Andrade, prosiguieron con el trámite de denuncia de invasión en contra del accionante y sus representados. (lo subrayado es nuestro)

Con este considerando, la Sala lo que pretende es dejar perfectamente establecida la titularidad de la propiedad del predio, el que se afirma ha sido invadido por miembros de la Asociación Churute, a fin de que el siguiente considerando del fallo se convierta en la *ratio decidendi*,¹¹² en la que como eje de la resolución se tendrá la titularidad de propiedad del bien, conforme determinan inclusive informes del propio INDA. La Sala entonces, previas estas consideraciones, establece la razón de la decisión en lo siguiente:

UNDECIMA.- De fojas 112 a 114 del proceso consta informe de inspección ordenado por el Director Distrital Occidental del INDA, inspección que se realiza dentro de una área aproximada de 30 hectáreas, (...)en este informe se concluye lo siguiente: “ Que este lote de terreno es propiedad de los Señores Mariano Márquez Sellan y Carlos Pastuizaca Ochoa, según certificado del Registrador de la Propiedad del Cantón Naranjal, en el que señala que la Fundación Ecológica Andrade, mediante escritura de compraventa otorga a los antes mencionados señores un lote de terreno aproximadamente 30 Has”, Por lo tanto, la resolución de desalojo dictada por el Director Distrital Occidental del INDA, es sobre los invasores de este predio que es de propiedad de las personas antes descritas, terreno que nada tiene que ver con el accionante y sus representados, pues tanto sus linderos como su calidad son totalmente

¹¹² Esta expresión en términos generales hace mención al fundamento de la decisión de la decisión o en otras palabras, a la norma que aplica el juez en la solución del caso objeto de controversia. Tal ratio es el resultado de un ejercicio hermenéutico en el cual el juez justifica tanto la interpretación del derecho positivo como la aplicación de la norma al caso concreto. Ver: Sentencia No. T-163/03 Corte Constitucional Colombiana.

diferentes al del terreno que arriendan los comparecientes a la AGD, y cuyo contrato de arrendamiento obra de fojas 1 a 2 del proceso y cuyos linderos se encuentran debidamente señalados en la cláusula segunda de los antecedentes, por lo que es obvio que el accionante y sus representados, al momento de la denuncia estaban ocupando un terreno ajeno, para lo cual era necesario se ordene su retiro mediante disposición emitida por la autoridad competente, en este caso el Director Distrital occidental del INDA, que en el presente caso se ha limitado dentro de sus atribuciones a emitir la correspondiente resolución, convirtiéndose esta en un acto legítimo, emanada de autoridad competente,... (Lo subrayado es nuestro)

Entonces la Sala fundamenta su decisión de negar la acción de amparo sobre la base de la “constatación” documental de dos circunstancias, a) Que el predio que ocupa la organización que representa el accionante, es distinto al que se hace referencia en el contrato de arrendamiento con la AGD, y b) Que el predio es propiedad privada, anteriormente de la Fundación Ecológica Andrade y posteriormente por compra venta de los señores Mariano Márquez Sellan y Carlos Pastuizaca Ochoa. Por lo tanto el acto del Director Centro Occidente del INDA al ordenar el desalojo de los miembros de la Asociación Churute, es legítimo, mas aun cuando estaría facultado por la Ley de Desarrollo Agrario, no vulnera derecho constitucional alguno y por consiguiente tampoco infringe daño.

Previó a realizar la crítica a esta decisión de la Tercera Sala, es preciso señalar como antecedente importante que, una vez transformado el Tribunal Constitucional en Corte Constitucional para la transición, el pleno de esta última, dispuso que las decisiones sobre casos de acción de amparo pendientes por resolver en virtud de la Constitución de 1998, se “armonicen”¹¹³ con la Constitución del 2008. Este caso se ubicó dentro de esta etapa, por consiguiente su resolución debió darse acogiendo por lo menos algunos principios fundamentales de la protección judicial de los derechos fundamentales, como son igualdad jerárquica, aplicación directa e inmediata y justiciabilidad, priorización del bloque de constitucionalidad como fuente para resolver el caso y adecuación de los métodos de interpretación constitucional a la nueva realidad. Estos elementos enunciados, son los que debían constituir a nuestro criterio *el alcance y límite de*

¹¹³ Armonizar, significa poner en armonía o hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, es decir que haya concordancia y compatibilidad. Ver: Diccionario de la Lengua Española. Océano Práctico, México, Edit. Océano.

la *disposición* de “armonización”, ya que no contrarían el principio de irretroactividad del derecho, en virtud de que estos principios y presupuestos no hacen otra cosa que establecer estándares más favorables para la protección de los derechos (pro-homine) y no cambian el escenario objetivo en virtud del cual debe decidir el juez constitucional, respecto a la vulneración de un derecho.

También en la “armonización” dispuesta, se debía analizar si se mantenía la ilegitimidad¹¹⁴ como presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo, ya que este desaparece con el régimen constitucional vigente. Parecería ser que la consideración de la ilegitimidad debió estar ausente del análisis de las acciones de amparo armonizadas, ya que la tutela judicial de los derechos bajo la actual Constitución no está supeditada a dicha circunstancia sino a la existencia o no de la vulneración de un derecho fundamental nada más.

1.- *Jerarquización de Derechos implícita.*- conforme los considerandos y el razonamiento realizado por la Sala, el enfoque de análisis esta dado fundamentalmente en primera instancia a determinar de manera exclusiva al titular del predio y en razón de esto considerar que el acto impugnado emitido por la autoridad es legitimo ya que fundamentado en la Ley de Desarrollo Agrario, se ha dispuesto el desalojo de supuestos invasores en función de proteger, tutelar y precautelar el derecho a la propiedad privada. El accionante no esgrime de manera expresa el derecho a la vivienda para fundamentar su acción, pero de los hechos y circunstancias

¹¹⁴ Esta concepción de ilegitimidad, fue tomada, desarrollada y aplicada en función de la teoría del acto administrativo, propia del derecho administrativo y no del derecho constitucional, lo que llevó generalmente a que la justicia constitucional analice únicamente los elementos formales del acto, mas no su contenido, en función de la posible vulneración de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, determinó que la legitimidad el acto se daba cuando aparecía uno de estos requisitos: a) *había sido dictado por una autoridad que no tenía competencia para aquello*, b) *cuando dicho acto u se haya dictado sin respetar el procedimiento correspondiente* y;c) *cuando se haya emitido en contra del ordenamiento jurídico*.

se desprende que este puede ser afectado por un desalojo, por lo que la Sala aplicando el principio de *iura novit curia*¹¹⁵, podía analizar una posible vulneración a este derecho.

Es decir, el punto de vista de la Sala se circunscribió y limitó a analizar quien era el propietario del bien y sólo en función de esto negar el amparo. Existe una jerarquización implícita de derechos a nuestro entender, pues si bien es cierto no se lo expresa, se eleva a categoría primordial de protección al derecho de propiedad privada y ni siquiera se hace referencia mínima a otros derechos que potencialmente pueden estar en colisión como el derecho a la vivienda y supervivencia de quienes están ocupando el predio, ya que los miembros de la asociación habitan y trabajan en tareas agrícolas en dicho predio. Es evidente que en este caso se confrontaron los derechos de propiedad privada y vivienda, pero la Sala ni siquiera tangencialmente analiza esta problemática, se vuelve ciega ante una realidad social. Probablemente era correcto proteger la propiedad privada pero la resolución no justifica ni modula la decisión. Entonces tenemos que la prioridad es proteger la propiedad privada y el derecho a la vivienda de estas personas ni siquiera es mencionado.

Entonces este desentendimiento de la Sala con un derecho social como la vivienda, niega la posibilidad de su justiciabilidad, contraviniendo los presupuestos para su protección judicial y pleno reconocimiento, así lo señalan Víctor Abramovich y Christian Courtis,¹¹⁶ “[...]El reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas obligaciones que se

¹¹⁵ Esta expresión latina contiene el principio conocido como “el juez conoce el derecho”, por lo tanto no es necesario invocar expresamente una norma o derecho a fin de que pueda ser analizado y protegido por el juez constitucional, razón por la cual se le exime al accionante de la responsabilidad de esgrimir todos los argumentos jurídicos en relación a los hechos y circunstancias que expone. Lógicamente nadie puede pretender que un juez conozca realmente todo el Derecho. Este principio debe entenderse como el deber que tiene el juez de procurarse, por sí mismo, los conocimientos necesarios para resolver cada litigio. Ver: <http://www.agapea.com/libros/iura-novit-curia-y-aplicación-judicial-del-Derecho-isbh-8484061019-i.htm>: última visita 08-07-2011

¹¹⁶ Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila (Edits), *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia, Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, 2009, p.10

derivan del derecho". En esta línea de pensamiento los mismos autores expresan: "*Si, como hemos venido diciendo, no existe diferencias sustanciales entre obligaciones correspondientes a derechos civiles y derechos sociales, debe cuestionarse vigorosamente la idea de que sólo los derechos civiles resultan justiciables.*"¹¹⁷.

2.- *Fuentes de Derecho.*- En la presente resolución tenemos total ausencia de fuentes alternativas para la resolución de la acción, únicamente se hace referencia a la competencia legal que tiene la autoridad del INDA para ordenar desalojos, cuando hay invasiones a propiedad privada en predios rurales agrícolas. Inexistencia de mención de normas constitucionales, de instrumentos internacionales y doctrina constitucional. Esto obviamente se debe a que la Sala nunca vislumbró tensión de derechos en dicha causa conforme ya quedó expresado.

3.- *Método de interpretación.*- de igual manera como aparentemente no existió choque de derechos, el método de interpretación para resolver el caso se acercó más a la subsunción que a la ponderación. Evidentemente lo que se hizo es constatar la titularidad de la propiedad privada y determinar si la autoridad del INDA tenía competencia legal para ordenar un desalojo, como aparentemente se produjo una invasión que vulneraba el derecho de propiedad, la autoridad hizo bien en ordenar el desalojo, por consiguiente no existe ilegitimidad, vulneración de derechos ni daño, entonces se niega el amparo.

Podemos señalar que esta resolución de la Tercera Sala, en un caso de desalojo de vivienda rural agrícola, aduciendo invasión de un predio, tuvo como elemento fundamental priorizar el análisis y protección del derecho a la propiedad privada, que forma parte del conjunto de derechos llamados por la doctrina tradicional como de primera generación o también derechos civiles y políticos, propios del Estado Liberal, mas no del Estado Social de Derecho, el que teóricamente regía con la Constitución de 1998. También para resolver la causa se ha utilizado la

¹¹⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *La protección judicial de los derechos sociales...*.p.11.

Ley de Desarrollo Agrario, como referente principal, existe ausencia total de otras fuentes. En cuanto a los métodos de interpretación para solucionar el caso, se utilizó un método tradicional de subsunción, actividad propia del juez en un Estado legalista. Entonces tenemos que la resolución de la causa no armonizó conforme lo estableció la propia Corte Constitucional de transición, quedando dicha decisión armonizadora como una mera declaración sin aplicación práctica para este caso.

*Sentencia de la acción de protección 00094-2011-SP, deducida bajo el régimen constitucional del 2008.*¹¹⁸

Legitimado activo: Diógenes Miguel Hernández Córdova (Presidente de la Asociación de Vivienda “Franklin Jiménez”)

Legitimados pasivos: Gobernador de la provincia de El Oro, Intendente General de Policía de El Oro y otros.

Juez constitucional: Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de El Oro (Segunda instancia)

Antecedentes:

TERCERO: El accionante, en calidad de Presidente de la Asociación de Vivienda Franklin Jiménez, deduce acción de protección en los siguientes términos. Los integrantes de la Asociación de Vivienda “Franklin Jiménez”, de la ciudad de Arenillas, que son más de cien familias legalmente formadas, desde el 10 de octubre del 2009 hasta la presente fecha vienen manteniendo en posición pública, pacífica, tranquila, no interrumpida y sin clandestinidad, con el ánimo de señores y dueños, un lote de terreno conocido como predio “esperanza”, ubicado en el sitio Barbasco, del cantón Arenillas, [...] con una superficie total de 19.45 Has, donde se ha realizado el relleno del terreno por motivos de desniveles en su superficie, se ha edificado casas de caña donde habitan sus familias, instalaciones de agua entubada, alumbrado público y ejercitando dentro del mismo actos de verdadera y legítima posesión. Señala que han sufrido una serie de visitas, amenazas y presiones de un grupo de personas, acompañadas por el Intendente de Policía, para que desocupen el inmueble. Todos estos actos de perturbación

¹¹⁸ Sentencias similares a esta son por ejemplo la del caso Nro.171-2011-SP, emitida por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de El Oro y la del caso Nro.480-2009, emitida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y otras materias residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

vienen atentando contra su legítima posesión, sus derechos legalmente adquiridos y constituidos en los artículos 67,340, 375 de la Constitución de la República, como son los derechos al régimen del buen vivir, hábitat y vivienda. En la Intendencia de policía se instaura un proceso administrativo de desalojo signado con el Nro. 1779-2010 planteado por el Sr. Vicente Bolívar Rey Salgado, en representación de la señora Moraima Mariana Ordoñez Rojas, quien dice ser propietaria de dicho predio. El accionante expresa que en dicho proceso han justificado la calidad de legítimos posesionarios que son, pero el Intendente al momento de dictar su resolución de 8 de diciembre del 2010, a las 10h05, ha violado normas legales, constitucionales y al debido proceso consagrados en el Art. 76 de la Constitución de la República, que textualmente dice: “ en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...”; que debe necesariamente incluir varias garantías básicas.-De esta forma señala el accionante establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona y en qué tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho, producirá en última instancia, indefensión, fallando en grave perjuicio de la seguridad jurídica, configurando una situación jurídica ilegal, indebida y fraudulenta, así lo sostiene el sistema jurídico del Ecuador que entró en vigencia en el año 2008. De conformidad a lo dispuesto en el art.87 de la Constitución de la República, solicita como medida cautelar la suspensión de la ejecución del fallo o resolución dictada por el Intendente de Policía de El Oro de 8 de diciembre del 2010, donde ordena el desalojo de las personas que nos encontramos en posesión del predio de la referencia.

El Juez Noveno de lo Civil de El Oro, dicta sentencia inadmitiendo la acción de protección, la misma que es apelada por el accionante para la Corte Provincial de Justicia de El Oro, la que una vez realizado el sorteo correspondiente recae en la Sala de lo Penal y Tránsito. Es preciso señalar que los considerandos PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia se refieren a la declaración de validez procesal y a la declaratoria de competencia para resolver el caso. El considerando TERCERO como quedo transcrito es el que hace referencia a los hechos o antecedentes que motivaron la acción.

Como se podrá observar de la lectura del caso planteado, el accionante expresa que la orden de desalojo emitida por el Intendente de Policía de El Oro, vulnera derechos constitucionales de sus representados, específicamente los derechos al debido proceso (defensa) y los del régimen de buen vivir en lo que respecta al hábitat y vivienda. Respecto a la argumentación de la Sala en relación a la vulneración al debido proceso, esta se refiere a dicha alegación en los considerandos CUARTO, QUINTO y parte del SEXTO. A continuación transcribimos el

considerando QUINTO el que si bien es cierto se podría considerar como *obiter dicta*, contiene un elemento que a la larga influirá en el contenido de la sentencia, veamos que dice el mismo

QUINTO: examinada la documentación presentada por las partes, en especial el expediente administrativo que ser tramitado de la Intendencia General de Policía por el Sr. Vicente Bolívar Rey Salgado, en calidad de mandatario de Moraima Mariana Ordóñez Rojas, propietaria del predio denominado lotización “ la esperanza”, ubicado en el cantón Arenillas, en la que indica que el 15 de noviembre del año 2009, el predio invadido por un grupo de personas encabezadas por Diógenes Miguel Hernández Córdoba, quienes luego de trámite administrativo fueron desalojados el día 30 de marzo del año 2010; que al siguiente día han vuelto a ingresar al predio un grupo de aproximadamente diez personas y con el transcurso del tiempo se han ido sumando más personas y con amenazas no permiten el ingreso del denunciante ni de las personas que han celebrado contratos de promesa de venta sobre el predio invadido, que estas personas tienen el apoyo del Sr. Alcalde de Arenillas, aduciendo que el predio es rústico y negando la existencia de la lotización “La Esperanza”. En el presente trámite administrativo se ha citado a la parte demandada, esto es entregado la notificación al Sr. Santos Quezada, a quien se identificó como representante de la Asociación “Franklin Jiménez”, a quien se le hizo conocer la fecha, día y hora en que tienen que comparecer los ocupantes del predio en la Intendencia General de Policía de El Oro. Con fecha 20 de octubre del 2010, a las 9h50, comparece ante la Intendencia, el Dr. José Alberto Requenes, como abogado en libre ejercicio y solicita copias simples de todo lo actuado dentro del trámite administrativo. Comparece dentro del trámite administrativo el Sr. Heriberto Dilman Correa Ruiz, quien de acuerdo a la certificación del MIES de El Oro, resulta ser el vicepresidente de la Asociación de Vivienda “Franklin Jiménez”, para el periodo 2010 – 2012 y a nombre de los ocupantes del terreno, da la contestación a la demanda deduciendo excepciones, asumiendo la defensa dentro del trámite administrativo el Dr. José Requenes, quien ha presentado durante el trámite administrativo varios escritos, asumiendo la defensa de los demandados. (lo subrayado es nuestro)

Este considerando aborda el tema de la propiedad del bien, aunque no lo hace de manera abundante, está implícita la relevancia e importancia que esto tendrá para la sentencia. Por otra parte se hace alusión en gran parte del mismo a que el accionante y la organización que representa si tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa dentro del trámite administrativo, por lo que posteriormente se colegirá que no existió violación al derecho al debido proceso, con lo cual uno de los elementos sustanciales que fundamentaban la acción se desvanece. El considerando central o el que contiene *la ratio decidendi* de la sentencia a nuestro entender es el SEXTO, el cual lo transcribimos y posteriormente lo analizaremos.

SEXTO: [...] en el expediente administrativo Nro. 1779-2010, sustanciado por la Intendencia General de Policía de El Oro, tanto el denunciante así como las personas que se encuentran ocupado el terreno motivo de litigio, a través del compareciente Heriberto Dilman Correa

Ruiz, vicepresidente de la Asociación de Vivienda “Franklin Jiménez”, del cantón Arenillas, a través del patrocinio del Dr. Alberto Requeses, han ejercido ampliamente su derecho a la defensa, por lo tanto la alegación del accionante en su demanda resulta improcedente, además de existir el fallo emitido por el señor Intendente General de Policía, el mismo que ha sido debidamente motivado de conformidad con la ley. Consta en autos el certificado emitido por el Registrador de la Propiedad del cantón Arenillas, donde se ha justificado que el predio denominado “Esperanza” de 19.45 Has, ubicado en el sitio Barbasco, jurisdicción de la parroquia y cantón Arenillas, es de propiedad de la señora Moraima Mariana Ordóñez Rojas, adquirido mediante adjudicación, dictada a su favor por el Director ejecutivo del IERAC, el siete de mayo de 1992, inscrita en el Registro de la Propiedad, el día 4 de junio del mismo año, [...] Por lo expuesto y al no haberse configurado la violación a ningún derecho establecido en la Constitución de la República, peor aún del que alega el accionante, como desde el hábitat y vivienda, derecho que se encuentra garantizado en el Art.30, pues para su ejecución se requiere de políticas públicas tendientes a crear un ambiente seguro y saludable, mediante planes de vivienda que deben ser desarrollados previa planificación y coordinación con los organismos seccionales y con las observancia de las ordenanzas y demás normas del ordenamiento jurídico vigente, y no mediante invasiones como alega el accionante, pues las tomas de tierras a la fuerza y con violencia son contrarias a este derecho. (lo subrayado es nuestro)

La Sala especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, confirma la sentencia del juez de instancia, por consiguiente rechaza el pedido de protección. El considerando anterior conforme se pueden observar, contiene tres elementos que serán el sustento de la decisión, los cuales son: a) la explicación de que la organización que representa el accionante, sí fue debidamente informada y notificada sobre el expediente administrativo de desalojo que se sustanciaba en la Intendencia General de Policía de El Oro y que por lo tanto consta en el expediente que efectivamente hicieron uso de su derecho a la defensa, por lo que la alegación de la indefensión es improcedente; b) la afirmación de que existe evidencia documental de que el predio es propiedad privada de la señora Moraima Mariana Ordóñez Rojas, ha ejercido actos en uso y gocé de ese derecho; y, c) la negación de que existe una vulneración al *derecho al hábitat y vivienda*, ya que a decir de la Sala, la ejecución y cumplimiento del mismo se lo debe hacer únicamente a través de políticas públicas mediante planes de vivienda que deben ser desarrollados por el gobierno con planificación y en coordinación con los organismos seccionales.

Sobre la negación de vulneración al derecho al debido proceso, no es pertinente ni motivo de análisis del presente trabajo, pero se puede afirmar que en el análisis jurídico y fáctico de él

mismo, es donde se ha concentrado la mayor parte de la argumentación de la Sala, seguramente porque dada la tradición judicial, el derecho al debido proceso es considerado como en efecto lo es, directamente justiciables y susceptibles de protección judicial. En cuanto a la titularidad de la propiedad del predio, es evidente que con la evidencia documental señalada en el considerando está plenamente justificada y por lo tanto no cabe poner en tela de duda este derecho y la necesidad de protección que considera la Sala efectuar, lo que conlleva una priorización y asignación de mayor relevancia jurídica al derecho la propiedad sin sopesarlo o ponderarlo con un potencial derecho a la *vivienda adecuada* de los miembros de la organización que representa el accionante. En relación a no considerar vulnerado el derecho a la vivienda adecuada, aduciendo que el mismo se hace eficaz únicamente a través de políticas públicas efectuadas por el Estado, lo que hace la Sala es negar la justiciabilidad de un derecho de buen vivir, como es la vivienda y ubicarlo exclusivamente dentro de la categoría de obligaciones prestacionales o desarrollo progresivo,

La crítica que podemos hacer al fallo es la siguiente:

Como se analizó en el capítulo anterior, la Constitución del 2008, asumió el Estado Constitucional, como forma de organización política jurídica de la sociedad ecuatoriana, acogiendo la doctrina neoconstitucional y sus principios, como pautas y parámetros para su funcionamiento, por lo que el rol de los jueces constitucionales, como guardianes de la nueva forma de Estado y los derechos fundamentales, tiene que evidenciarse en la práctica, a través de sus fallos y decisiones, en particular a la garantía judicial de los derechos del buen vivir, tema especial de este trabajo. Analizamos si esta sentencia cumple con ese cometido o si en la misma se reproduce las concepciones del Estado legalista, teóricamente superado con la Constitución vigente.

1.-Igualdad jerárquica e interdependencia.- este principio que forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ausente en el texto de la Constitución de 1998, se incorporó a la Constitución de la República vigente (Art. 11.6), cuyo contenido fue explicado anteriormente; aplicado al caso *sub iudice*, debió implicar en principio una valoración igualitaria entre el derecho de propiedad de quienes han evidenciado ser propietarios del predio materia de la disputa, y el derecho a la vivienda adecuada de las familias que estaban establecidas en aquel lugar, para posteriormente de encontrar tensión entre estos derechos, aplicar el método de interpretación constitucional más adecuado para solucionar la colisión.

Pero conforme quedo señalado en los considerandos transcritos, la Sala sólo vislumbró la existencia de un derecho susceptible de protección, como es el derecho de propiedad, lo que implicó un desprecio o por decirlo menos una discriminación del derecho a la vivienda de los residentes en el predio, sin mayor análisis y sustento. Esto de entrada constituye una vulneración al principio de igualdad jerárquica, uno de los pilares fundamentales de la concepción de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, reproduciéndose indebidamente un elemento que estaba presente en la resolución de la acción de amparo, bajo el régimen constitucional de 1998. Evidentemente esta sentencia no marca avances en el tema de la igualdad jerárquica.

2.-Garantía judicial de todos los derechos.- de igual manera este principio de los derechos fundamentales, presente en la Constitución vigente (Art. 11.3 tercer inciso), que implica que ningún derecho puede dejar de tener protección judicial, y esto obviamente incluye a los derechos del buen vivir, fue inobservado abiertamente por la Sala, esto lo evidenciamos del considerando SEXTO (*ratio decidendi*) ya transcrito y que para efectos de identificación lo volvemos a realizar en su parte pertinente:

“[...]Por lo expuesto y al no haberse configurado la violación de ningún derecho establecido en la Constitución de la República, peor aún del que alega el accionante, como es el hábitat y vivienda, derecho que se encuentra garantizado en el Art. 30, pues para su ejecución se requiere de políticas públicas tendientes a crear un ambiente

seguro y saludable, mediante planes de vivienda que deben ser desarrollados previa planificación y coordinación con los organismos seccionales y con las observancia de las ordenanzas y demás normas del ordenamiento jurídico vigente...”

Esta afirmación de la Sala implica negar los derechos del buen vivir, y en este caso específico el derecho a la vivienda a través de la posibilidad real de su justiciabilidad, e incluirlo en la conceptualización de que sólo pueden hacerse efectivos a través de actividades positivas o prestacionales del Estado, como las políticas públicas de vivienda. No aborda la posibilidad cierta de que el derecho a la vivienda adecuada no sólo debe ser efectivizado a través de políticas públicas sino también a partir de la abstención de perturbación de los asentamientos humanos sin ofrecer alternativas de vivienda. Más aún si la Sala enuncia que la realización del derecho a la vivienda adecuada depende de políticas públicas estatales, era obligación de la misma determinar en su sentencia por lo menos unos lineamientos o pautas obligatorias a fin de que el Estado de solución dentro de plazos razonables a un evidente problema social. La Sala no pudo superar los obstáculos que existen para la exigibilidad judicial de los derechos sociales, que a decir de Víctor Abramovich y Christian Courtis¹¹⁹ son: a.-La dificultad en determinar la conducta debida, b.-La autorestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas, c.-inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de derechos sociales, y d.-La escasa tradición de control judicial en la materia.

3.-Interpretación constitucional y rol del juez.- como hemos mencionado anteriormente, la interpretación de las normas constitucionales requiere de unos métodos propios y más adecuados para solucionar un caso concreto, siendo insuficiente el tradicional método silogístico o de subsunción propio del Estado legislativo. También expresamos que el método de la ponderación, es el más adecuado para solucionar la tensión entre principios o derechos constitucionales, pero lamentablemente dicha ponderación es inexistente en el fallo analizado, esto

¹¹⁹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *La protección judicial de los derechos sociales...* p.18-29.

debido a que la Sala simplemente no vislumbró conflicto de derechos, sino todo lo contrario, al reconocer sólo el derecho de propiedad y negar la posibilidad de protección judicial del derecho a la vivienda adecuada. Bajo esta consideración evidentemente no podía ni era pertinente que se pretenda aplicar el método ponderativo. Por consiguiente no se asumió el papel de jueces garantes de los derechos fundamentales y creadores de derecho para resolver el conflicto.

4.- Desarrollo del derecho a la vivienda adecuada y determinación de la conducta debida.-Los principios y reglas constitucionales, ya lo afirmamos, tienen una estructura indeterminada y genérica, por consiguiente son susceptibles de ser desarrollados (no restringidos), a través de la jurisprudencia, legislación o políticas públicas. Más aun los derechos sociales están vinculados con la falta de especificación concreta del contenido de estos, de tal manera que cuando un tratado internacional o la Constitución hablan de derechos sociales resulta difícil saber cuál es el alcance de las prestaciones o abstenciones debidas.

En este caso particular, el desarrollo jurisprudencial sobre la determinación y desarrollo del contenido del derecho a la vivienda adecuada es insuficientemente, pues como se argumentó ya, se limita a determinar que el mismo se hace efectivo a través de políticas públicas previamente planificadas por los entes estatales, pero lamentablemente no aborda la problemática en su integralidad. Es preciso recordar que la distinción tradicional entre derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, consistía en que los primeros se cumplen con la abstención de perturbación del Estado y los segundos se cumplen con una actividad prestacional, lo cierto es que actualmente se reconoce que todos los derechos fundamentales requieren para su cumplimiento y garantía actividades abstentivas y prestacionales estatales, lo que varía es el alcance para unas y otras.

Pablo Alarcón Peña,¹²⁰ sobre el particular afirma: “[...] *Y es que tal como lo plantea Pisarello, el derecho a una vivienda adecuada es un derecho híbrido, que mas allá de generar obligaciones exclusivamente prestacionales, su ejercicio pleno podría revestir también obligaciones de respeto o protección.*”. Entonces la determinación de la obligación estatal en cuanto al derecho a la vivienda adecuada estará determinada por una obligación prestacional, cual es a decir de Gerardo Pisarello¹²¹, “*procurar, por todos los medios posibles, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad. Y también en una obligación abstencionista o respeto, en lo atinente a la abstención de desalojos forzosos.*”.

Nuestro país es signatario del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales en adelante PIDESC, parte del cual es el Comité de Derechos Económicos y Sociales, órgano que respecto al derecho a la vivienda, su contenido y la obligación abstencionista y de respeto del Estado, ha emitido las Observaciones Generales Nros. 4 y 7¹²², que si bien es cierto no son normas de *ius cogens* sino *soft law*¹²³, en función del principio de buena fe de los Estados que son parte del tratado, deben ser acogidas. Estas observaciones evidentemente pretenden proteger a la población asentada en predios, lugares o sitios problemáticos, en cuanto a disputa o reivindicación de propiedad, uso de suelo, finalidad de utilización del suelo o la tierra, etc., de posibles perturbaciones arbitrarias o legales, que no tengan elementos alternativos de reasentamiento y reubicación, conforme la realidad socioeconómica de las personas, su dignidad

¹²⁰ Pablo Alarcón Peña, *La protección judicial de los derechos sociales...*p.665.

¹²¹ Gerardo Pisarello, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Víctor Abramovich, María José Añon y Christian Courtis, *Derechos Sociales, instrucciones de Uso* (comps), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, citado por Pablo Alarcón Peña, *La protección judicial de los derechos sociales...*p.665.

¹²² Observación General No.4:”Derecho a una Vivienda Adecuada. Desalojos forzosos: Seguridad Jurídica: El Comité señaló que todas las personas deberán gozar de cierto grado de seguridad de tenencia, que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, hostigamiento u otras amenazas. Llego a la conclusión de que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto”.

Observación general No. 7, definición de desalojo forzoso. “el hecho de hacer salir a las personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional sin ofrecerles medios apropiados para la protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos.”.

¹²³ La expresión *ius cogens* en el Derecho Internacional se utiliza para dar la característica de obligatorio cumplimiento de una norma internacional por parte del Estado o quien este en la obligación de cumplirla, en cambio la expresión *soft law*, se refiere a principios o normas generales internacionales no vinculantes y que no se utilizan directamente para resolver controversias.

humana y condiciones de vulnerabilidad, que afectarían ya no sólo el derecho a la vivienda adecuada, sino a otros derechos conexos, como la propia vida, integridad personal, salud, trabajo, entre otros.

En suma, estas observaciones tienen como finalidad parar una actividad indiscriminada del Estado en los desalojos de personas o grupos humanos, que por determinadas razones no son propietarios de las tierras donde están asentados, y por consiguiente la necesidad de ofrecer alternativas de la más variada índole. Esta concepción sobre el derecho a la vivienda debió ser tomada en cuenta e incluida en la argumentación de la sentencia.

Sobre el contenido del derecho a la vivienda adecuada, Pablo Gago Lorenzo, afirma:

Una comprensión e interiorización social y política de la real dimensión y condiciones que aglutinan tanto la concepción de “vivienda adecuada”/ asentamientos humanos sostenibles, como el derecho a la vivienda, deberá entonces tener: i) un reflejo “práctico”, a través de políticas públicas, planificación, gestión y financiación urbana hacia la consecución de mejores condiciones de vida para todos y todas de acuerdo a los principios de corresponsabilidad, equidad, libertad, justicia social y solidaridad (incluye la definición de una política nacional, planes de ordenamiento, promoción de vivienda social,...); y por otro, ii) un reflejo normativo ineludible en la Constitución y posterior desarrollo legal y jurisprudencial que sustente, garantice y viabilice estas acciones y derechos.¹²⁴

Evidentemente la Sala, al mejor estilo de conceptos que se creía quedaron en el pasado, no pudo establecer el contenido de la obligación estatal en función al derecho a la vivienda adecuada, por consiguiente menos podía ponderar, tutelar y dictaminar medidas alternativas de cumplimiento obligatorio por parte del Estado, como por ejemplo la concesión de un plazo razonable para una reubicación o reasentamiento de las personas que viven el predio, con la ayuda y colaboración del Estado, tanto mediante los gobiernos seccionales como a través nacional, hasta inclusive disponer una posible expropiación del predio y pago de justo precio a sus propietarios. Tampoco se dispuso por ejemplo un estudio del grupo humano, a fin de determinar si existen

¹²⁴ Pablo Gago Lorenzo, Reflexiones sobre el Derecho a la vivienda en Ecuador: Una mirada desde la realidad urbana y el derecho a la ciudad, en http://www.flacso.org.ec/html/pub2p_number=LB: última visita 11-07-2011

personas que forman parte de los grupos de atención preferente y prioritaria o en situación de extrema vulnerabilidad. Obviamente alternativas existían, lo que no existió es la capacidad o voluntad de la Sala, para asumir su función de garante de los derechos fundamentales y creadora de derecho, no buscó fuentes alternativas en instrumentos internacionales como los enunciados u otros, tampoco en la doctrina o jurisprudencia constitucional comparada.

2.3.2.- Enfoque y análisis de fallos sobre el derecho a la salud

A fin de facilitar el entendimiento y enfoque del análisis, en cuanto al derecho a la salud, los casos analizados uno por cada régimen constitucional, pretenden evidenciar en cuanto a la acción de amparo presentada bajo el régimen constitucional de 1998, la utilización para su resolución de la teoría del derecho subjetivo en función de los derechos constitucionales, así como la ausencia de análisis de una posible vulneración del derecho a la salud y su justiciabilidad. En cuanto a la acción de protección, presentada y resuelta bajo el régimen constitucional actual, se pretende a través de la misma, vislumbrar si la sentencia acoge los principios de justiciabilidad e igualdad jerárquica de todos los derechos, entre los que tenemos el de salud, como parte del grupo de los del buen vivir.

Los fallos serán analizados en primer lugar desde su circunstancia fáctica, es decir los hechos o antecedentes que dieron origen a la causa y sobre los cuales se decidió, y en su *ratio decidendi*, es decir los sustentos o argumentos fundamentales o centrales que sirvieron para llegar a la decisión tomada. Específicamente dentro de lo que cabe se estudiará si los fallos utilizaron distintas fuentes del derecho, métodos de interpretación constitucional, entre otros.

Resolución de la acción de amparo Nro. 1118-99-RA, deducida bajo el régimen constitucional de 1998.

Legitimado activo.- Luis Mazón (Secretario General del Sindicato Único Nacional de Trabajadores del Ministerio de Salud Pública)

Legitimado Pasivo.- Jamil Mahuad Witt (Presidente Constitucional del Ecuador)

Juez Constitucional.- Segunda Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador

Antecedentes:

El accionante, comparece ante el Juez Primero de lo Civil de Pichincha y presenta acción de amparo constitucional en contra del Presidente de la República y Congreso Nacional, en los siguientes términos. Que el 25 de marzo de 1999, la administración del Presidente Jamil Mahuad W., mediante oficio Nro. SPYC-99-90579 envió al Director del Registro Oficial (e), el Presupuesto del Gobierno Central de 1999, para su publicación y difusión. Que en el Presupuesto de 1998, la asignación a la salud era S/.1.154 mil millones de un presupuesto total de S/.28.243 mil millones, equivalente al 4.09%; y en el Presupuesto de 1999, remitido por el Presidente y aprobado por el Congreso Nacional, la asignación a la salud es de S/.1.409 mil millones de un total de S/.37.043 mil millones, equivalente al 3.81%, existiendo una reducción en el presupuesto para la salud comparado con el año anterior, quedando demostrado que al enviar la proforma presupuestaria por parte del Presidente de la República y al reformarla y aprobarla el Congreso Nacional, no se incrementó el presupuesto para la salud y al contrario hubo una reducción considerable, violentado expresamente la Constitución Política de la República, en el Art. 46 inciso segundo.

Son fundamentos de este recurso la Constitución Política del Ecuador, en su título III, Capítulo I, Principios Generales Arts. 16, así como el Art. 17 inciso primero, Arts. 18 y 95; y reclama violaciones de los Arts.3 inciso segundo, 17, 42, 46 inciso segundo; 163 y 1711 inciso primero de la Constitución Política; Art.25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 12 numerales 1 y 2 literal b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Arts. 11 y 12 del Protocolo de la Convención Americana de los Derechos del Niño; Art. 12 de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y el Art 7 numeral 1) del Convenio 169 de la O.I.T, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Que como resultado directo de la violación a los derechos humanos y en particular el derecho de salud, se ha causado daño grave e inminente a más 14.0000 trabajadores organizados en el sindicato único nacional de los trabajadores del Ministerio de Salud Pública, jubilados y usuarios más pobres del sistema de salud pública, lo que se concreta en el retraso en el pago de sueldos, disminución de la cantidad y calidad de alimentación que reciben los trabajadores en las jornadas de trabajo, entre otros. El Juez Primero de lo Civil de Pichincha, resuelve negar el amparo constitucional interpuesto por Luis Mazón, por los derechos que representa del Sindicato Único Nacional de Trabajadores del Ministerio de Salud Pública en contra del Presidente de

la República. Esta resolución es apelada por el accionante ante el Tribunal Constitucional, y resuelta por la Segunda Sala de dicho organismo constitucional.

Una vez expresadas las circunstancias o elementos fácticos que originaron la acción de amparo, pasemos a analizar los considerando de la resolución. Del PRIMERO al TERCERO, se refieren a la competencia, solemnidades y validez procesal, así como a los denominados requisitos de procedibilidad. EL CUARTO, es *obiter dicta*, pero sin embargo de alguna manera presagia lo que será la *ratio decidendi*. A continuación transcribimos lo señalado en este último, a fin de analizarlo.

CUARTO.- La aprobación del Presupuesto General del Estado realizado por el Congreso Nacional, en fiel observancia a lo previsto en el numeral 13 del Art. 130 de la Carta Fundamental constituye un acto legítimo y constitucional. De haberse producido recortes, originados por la crisis económica que viene atravesando el país, aquello de ninguna manera conlleva una violación constitucional. (Lo subrayado es nuestro)

La Sala, de entrada, sin más determina que la aprobación del presupuesto General del Estado, se ha dado en observancia al numeral 13 del Art. 130 de la Carta Fundamental, por lo que sin justificación o argumentación declara dicho acto u como legítimo y constitucional, y afirma que sí se ha dado algún recorte en virtud de la crisis económica, aquello no constituye violación constitucional de ninguna clase. Vale la pena apreciar que el considerando analizado, no tiene ningún tipo de justificación o argumentación que le lleve a la conclusión que allí se expresa, más aún de manera incoherente se lo hace constar con anterioridad al considerando QUINTO, que es el que contiene el desarrollo y argumentación de la decisión final.

No justifica porque la aprobación del Presupuesto General del Estado con recorte para la salud pública es legítimo, simplemente lo enuncia, ya que el concepto de legitimidad que fue desarrollado por el máximo organismo de justicia constitucional de nuestro país a esa fecha, Tribunal Constitucional, determinaba que la legitimidad el acto se daba cuando: a) había sido dictado por una autoridad que no tenía competencia para aquello, b) cuando dicho acto se haya

dictado sin respetar el procedimiento correspondiente y ;c) cuando se haya emitido en contra del ordenamiento jurídico. La aparente justificación de la legitimidad del acto impugnado la encontraremos en el considerando QUINTO, lo que desde el punto de vista estructural, demuestra una incoherencia y pobre sistematización de la resolución. Cuando el considerando se refiere a que el recorte presupuestario en el área de salud se debe a la crisis económica y el mismo no evidencia ningún quebrantamiento constitucional, tampoco toma en cuenta, ni menciona el contenido constitucional de 1998, que respecto al tema expresaba:

“La asignación fiscal para salud pública se incrementará anualmente en el mismo porcentaje en que aumenten los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central. No habrá reducciones presupuestarias en esta materia.”¹²⁵ (Lo subrayado es nuestro)

Esta norma constitucional, que no es otra cosa que una garantía normativa del derecho a la salud, enfocado como un derecho global de la población, fue inexistente para la Sala. La misma debió ser analizada e integrada en un proceso de interpretación sistémica del derecho a la salud, e inclusive desde los propios parámetros antes enunciados de *ilegitimidad de un acto*, debió ser declarado ilegítimo, ya que dicho acto fue emitido en contra de dicha garantía del derecho a la salud, sin respetar los procedimientos y parámetros constitucionales para la aprobación del presupuesto del Estado, en cuanto al área de salud pública y también contraría expresamente esta disposición constitucional lo que evidentemente va en contra del ordenamiento jurídico, motivo suficiente para declarar la ilegitimidad.

Por otro lado, para llegar a la simple y sencilla “conclusión” expresada en el considerando CUARTO, no se toma en cuenta normas de instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tanto de *ius cogens* como de *soft law*, así como estudios hechos por entidades, ONGs, entre otros, que expresan obligaciones fundamentales de los Estados respecto al desarrollo progresivo de los derechos sociales, la no regresividad y la evidencia de que los recortes

¹²⁵ Art. 46 de la Constitución Política de 1998.

presupuestarios y ausencia de recursos en el ámbito social, causan graves impactos en la población. Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa:

La decreciente disponibilidad y calidad de la atención de la salud en el sector público ha sido identificada como una fuente de creciente preocupación. El gasto en salud se ha reducido de 8.6% del Presupuesto General del Estado en 1988, a 7,5% en 1992 y 4.9% en 1995. De acuerdo con el Decreto Ejecutivo 114, los hospitales públicos que anteriormente proporcionaban atención gratuita a las personas necesitadas pueden ahora cobrar por sus servicios, lo que deja a los indigentes con un acceso sumamente limitado a la atención de la salud. Varios estudios han identificado que los problemas básicos son la existencia de sustanciales brechas en la provisión de servicios básicos y la “insuficiente calidad de los servicios de salud debido a la mala distribución y la insuficiencia de los recursos.”¹²⁶

Así, los recortes sistemáticos en el presupuesto de la salud pública, devastan el sistema de salud pública, causando reducciones en materiales, insumos, medicamentos y servicios, con un tremendo impacto en sectores sociales vulnerables. Esto por ejemplo lo afirma el Banco Mundial¹²⁷, expresando fundamentalmente que la imposibilidad de amplios sectores sociales de acceder a la salud pública y la falta de recursos para asistir al sistema privado, conlleva un asunto de supervivencia.

En lo que respecta al considerando QUINTO, que se constituye como la ratio decidendi, contiene los elementos en los que se basa la Sala para negar la acción de amparo, fundamentalmente el análisis del cumplimiento de elementos formales como competencia y procedimiento de aprobación del Presupuesto General del Estado, conforme la Constitución de 1998 y otras normas legales pertinentes. A continuación lo transcribimos a fin de estudiarlo:

QUINTO.- Los actos administrativos que se impugnan son: El oficio No. SPYC9990579 enviado por la administración del Doctor Jamil Mahuad W., Presidente de la República, al director del registro oficial para la promulgación del presupuesto del gobierno central del año 1999 y la aprobación de dicho instrumento por el H. Congreso Nacional; en el cual, según manifiesta el recurrente, no se ha efectuado asignación fiscal alguna para la salud pública en el mismo porcentaje en que se aumentaron los ingresos corrientes totales. Al respecto, para la sala es importante

¹²⁶ Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador, 1997, p.21

¹²⁷ Informe de Pobreza en el Ecuador, 1996,

considerar que el Señor Presidente de la República ha actuado conforme al TITULO III PRESUPUESTOS DEL SECTOR PUBLICO, CAPITULO I, Art. 13 de la Ley de Presupuestos del Sector Público, que establece: el Presidente de la República definirá los lineamientos generales de las políticas fiscal y presupuestaria. Sobre la base de estos lineamientos y de acuerdo a la naturaleza de las entidades y organismos del sector público, el Ministro de Finanzas y Crédito Público, establece con carácter de obligatorio, los límites para los gastos corrientes y de capital; la política presupuestaria y el calendario de actividades que regirá para la formulación de las proformas presupuestarias de las entidades y organismos referidos en el Art. 2 de la presente ley. También de acuerdo con el CAPITULO II DE LA APROBACION, Art. 18 ibidem, al determinar que “el ministerio Finanzas y Crédito Público, remitirá la Proforma del Presupuesto del Gobierno Central al Presidente de la República, para su conocimiento y aprobación. En los términos previstos en la Constitución Política del Estado, el Presidente de la República, presentará al Congreso Nacional la proforma de Presupuesto del Gobierno Central para el siguiente ejercicio fiscal...”. Además, ha procedido de acuerdo al TITULO VII de la Función Ejecutiva, Capítulo 1 Del Presidente de la República, Art. 171, numeral 17 de la Carta Fundamental respecto a “enviar la proforma del Presupuesto General del Estado al Congreso Nacional, para su aprobación”; así como también fundamentado en el TITULO XII DEL SISTEMA ECONÓMICO, Capítulo 4 Del Presupuesto, Arts. 258, 259 y 260 ibidem. De otra parte, el H. Congreso Nacional ha intervenido en base a la atribución mencionada en el considerando cuarto, lo que se complementa con lo prescrito en el TITULO VI Del Presupuesto General del Estado de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que en su Art.111 señala “ Para la aprobación del Presupuesto General del Estado se observarán las normas de la Constitución Política de la República, de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y de esta Ley”, y adicionalmente en lo puntualizado en el TITULO III, CAPITULO No.5, SECCIONES 1,2,3,4,y 5 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Visto así este expediente, no existen actos ilegítimos de parte del anterior Presidente de la República...

En base de este considerando, la Sala negó la acción de amparo y confirmó la resolución de primera instancia emitida por el Juez Primero de lo Civil de Pichincha. Al respecto cabe mencionar que esta, se limita a realizar un análisis formal y legal, tanto de la competencia y procedimiento para aprobar el Presupuesto General del Estado, esto es establecer que según el Art. 171, numeral 17 y Arts. 259 ,260 de la Constitución de 1998 y Arts. 13 y 18 de la Ley de Presupuestos del Sector Público, correspondía al Presidente de la República elaborar el presupuesto y enviarlo al Congreso Nacional para su aprobación, lo que a decir de la Sala se cumplió y por lo tanto no existe ilegitimidad del acto. Como ya lo señalamos, por descuido,

desconocimiento o deliberadamente no se tomó en cuenta para la resolución lo dispuesto en el Art. 46 de la Constitución de 1998.

Además vale recalcar que no sólo la norma constitucional fue irrespetada, sino otras disposiciones constantes en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, de los cuales nuestro país es suscriptor y por lo tanto tienen plena vigencia y obligatoriedad de aplicación por parte de nuestras autoridades administrativas o tribunales nacionales. Así tenemos lo que establece la Convención Americana de los Derechos Humanos, respecto a los DESC:

Desarrollo Progresivo: Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante 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...¹²⁸

El derecho a la salud y sus implicaciones está presente además en la Declaración Americana¹²⁹, que es documento originario sobre derechos humanos en América y más específicamente en el Protocolo de San Salvador¹³⁰. En aquel sentido, entre las obligaciones esenciales correspondientes al derecho a la salud, establecidas por el estándar de realización progresiva del Art. 26 de la Convención, cualquier medida regresiva, tal como la reducción de recursos destinados para la salud, debería ser escrupulosamente justificada (escrutinio estricto), en base a otras necesidades legítimas o limitaciones del Estado.¹³¹ De la misma forma el Comité de DESC ha interpretado las obligaciones estatales frente al PIDESC en los siguientes términos:

¹²⁸ Art. 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

¹²⁹ Declaración Americana de los Derechos Humanos: “Art. 11.- Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

¹³⁰ Protocolo de San Salvador: “Art. 10.- 1) Toda persona debe tener derecho a la salud, entendido como el medio para el disfrute de más alto nivel de bienestar físico, mental y social; 2) Con miras a asegurar el ejercicio del derecho a la salud, los Estados partes aceptan reconocer el derecho a la salud como un bien público y, particularmente, a adoptar las medidas que garanticen dicho derecho; a) Atención médica primaria, es decir, atención médica esencial, disponible para todos los individuos y familias en la comunidad; b) extensión de los beneficios de servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado... f) Satisfacer las necesidades de los grupos de mayor riesgo y de aquellos cuya pobreza los convierte, en los más vulnerables”.

¹³¹ Ver: Informe Anual de IACHR, 1993, Comisión IDH.

“Además todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que disponga.”¹³²

En conclusión, podríamos señalar que la resolución de la Sala tiene los siguientes elementos:

- a) Utilización de la teoría del derecho subjetivo, lo que implica que el juez constitucional tanto de primera instancia y segunda instancia, por no evidenciar vulneraciones individuales de derechos, no es capaz de analizar desde una perspectiva global, la vulneración de un derecho social por la implementación de medidas inadecuadas del gobierno y escrutarlas en función de los parámetros constitucionales e instrumentos internacionales.
- b) Utilización de métodos de interpretación constitucional, vinculados a la concepción de Estado legalista, es decir la utilización de la subsunción como mecanismo de resolución del caso, ya que como queda evidenciado se ha tomado como premisa, normas legales de competencia y procedimiento para aprobar el Presupuesto General del Estado, compararla con los hechos y llegar a la conclusión de que no existe ilegitimidad ni vulneración de derechos, por cuanto se ha cumplido con requisitos formales para su aprobación,
- c) Preeminencia de la fuente legalista para resolver el conflicto, por otra parte se utilizan solo ciertas normas constitucionales y otras se ignoran, no se utiliza doctrina, jurisprudencia nacional e internacional o instrumentos internacionales para poder resolver el caso, por lo que la riqueza y argumentación que debe caracterizar un fallo constitucional es inexistente

¹³² Ver: Comité sobre DESC, Comentario General 3, 1990, para 9.

y de una pobreza cuestionable para el máximo órgano de justicia constitucional de la época.

Sentencia de la acción de protección Nro. 768-2010-J, deducida bajo el régimen constitucional del 2008.

Legitimado activo: María Eugenia Cobo Encalada

Legitimado Pasivo: Director Provincial del Guayas del IESS y otro.

Juez Constitucional: Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias

Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Antecedentes.

TERCERO.-María Eugenia Cobo Encalada, manifiesta en su libelo inicial que es jubilada por invalidez, que desde el mes de mayo del 2009, empezó a sentir dolores intensos en la columna que no eran normales, solicitando atención inmediata en el Hospital Teodoro Maldonado Carbo de Guayaquil (IESS), en el área de traumatología siendo atendida por el Doctor traumatólogo Edgar Arroba Roquera, quien le informó que su enfermedad era sólo de rehabilitación, continuando sus dolores. Solicitó nueva consulta en mayo del 2009, por lo que se la sometió a nuevos exámenes, determinando que su cuadro clínico era ESPONDILITIS ANQUILOSANTE y que era de tratamiento de rehabilitación, sometiéndose a la misma por un mes pero no mejoró, sólo otorgándole paliativos como pastillas y calmantes; Como el IESS no le daba solución, decidió consultar particularmente otro médico, concurriendo al OMNIHOSPITAL, tomando consulta con el Doctor traumatólogo Ramón Barredo, quien luego de los exámenes confirmó la enfermedad, pero debía someterse a la intervención quirúrgica, acudiendo al hospital IESS con dicho diagnóstico, el cual no quiso aceptar tal diagnóstico, por lo que acudió ante el Director del IESS, el 9 de diciembre del 2009, obteniendo respuesta el 14 de diciembre e del 2009, el Doctor César Torres Gutiérrez, Director Técnico del Hospital del Día, quien comunica al Sub director Provincial del Seguro de Salud Individual y Familiar, haciendo conocer que los quirófanos se encuentran infectados, por lo que dicha dirección solicita traslado a un prestador externó, esto es que sea atendida en una clínica particular ajena al IESS, agrega que ese mismo día sufrió una caída que aumentó su dolor ingresando en dicha fecha al OMNIHOSPITAL para ser atendida el 16 de diciembre e del 2009 y operada en su columna.

Realizando préstamo cubrió el costo de la operación de \$.11,256,96 por lo que el 21 de enero del 2010, envió su reclamo al Consejo Directivo del IESS en Quito, a requerir el reembolso del dinero. Sometida la petición a estudio y análisis de la Dirección Provincial de salud individual y familiar, esta negó su petición por extemporánea, apelando a la Comisión Nacional de Apelaciones con sede en Quito, que confirma el acuerdo referido. Siendo su pretensión que se ordene la reparación integral, material e inmaterial del daño que se le ha causado solicitando el reembolso del dinero de pago en la clínica particular donde se la operó y pudo calmar su dolencia y que el IESS no le pudo proporcionar ni directa, ni indirectamente, dolencia que se agravó con la caída y que mereció atención urgente.

Una vez que están planteados los hechos o circunstancias fácticas que condujeron a la presentación de la acción de protección, es pertinente analizar los considerandos que sustentaron la decisión final del juez constitucional. El PRIMERO y SEGUNDO, se refieren a la competencia y validez procesal, el TERCERO, a los hechos o circunstancias fácticas ya descritas, el CUARTO, a las circunstancias en que no procede la acción, conforme la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El QUINTO Y SEXTO, se les podría considerar *obiter dicta*, pero contiene algunos enunciados que vale la pena analizar, ya que de alguna manera contribuyen a la decisión de la causa, por esta razón los transcribimos:

QUINTO: La actora pretende con esta acción de garantías constitucionales, se ordene que el IESS le reembolse la cantidad de \$ 11.256,96, que afirma tuvo que asumir para la intervención quirúrgica a la cual se sometió. De lo por ella narrado en libelo inicial, está manifiesta que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, luego de su petición de ser sometida la intervención quirúrgica, obtuvo respuesta a tal petición, pero que ésta debía ser atendida por un prestador externo, de lo cual se advierte que no se le negó su derecho a la salud, ni a la atención médica, sin embargo afirma que tenía que hacer un trámite para obtener la orden de acudir al prestador particular, y que el mismo día que se le informó de esto, sufrió una caída, acudió a la clínica donde se había atendido anteriormente, siendo operada dos días posteriores a su ingreso, notificando el particular al IESS después de transcurrido más de un mes. (Lo subrayado es nuestro)

Este basamento de la sentencia tiene dos aspectos que no tienen mayor justificación, los cuales son a) Análisis parcial e incompleto de las circunstancias fácticas, por cuanto la Sala no toma en cuenta que la accionante tenía su dolencia desde el mes de mayo del 2009, acudiendo en

varias ocasiones al Hospital del IESS de Guayaquil, a fin de ser curada, pero no lograba mejoría, convirtiéndose cada vez en un cuadro clínico más severo, por lo que tuvo que acudir a una instancia médica particular, a que le hagan un diagnóstico eficaz, y es sólo a partir de éste, que el IESS la valora nuevamente y podría autorizar su intervención quirúrgica en una clínica privada. Esto evidencia desde ya una falta de atención médica eficiente y eficaz, con calidad y calidez, lo que constituye una violación al derecho a la salud; y b) En función del análisis parcial e incompleto de las circunstancias fácticas, sin un desarrollo adecuado y argumentado de lo que constituye el derecho a la salud, así como su determinación, sin más la Sala señala “de lo cual se advierte que no se negó su derecho a la salud ni a la atención médica”; es decir con la simple enunciación incompleta de hechos ocurridos, se colige que no hubo vulneración del derecho a la salud, si esto era así, no tenía inclusive sentido establecer otros considerandos.

La Constitución de la República al tratar sobre el derecho a la salud, da un enunciado amplio, integral, basado en varios principios, Así tenemos: “[...] *La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con un enfoque de género y generacional.*”.¹³³ Entonces tenemos que la atención médica que se le debió ofrecer y brindar en el IESS, no es cualquier atención, debe ser de calidad, eficiente y eficaz, y por lo que narran las circunstancias fácticas, la atención que se le brindó no es precisamente de estas características.

Tampoco se toma en cuenta su situación personal de vulnerabilidad física, pues la accionante es “jubilada por invalidez”, por consiguiente está dentro de los grupos de atención prioritaria (Art. 35 Constitucional), por lo que es obvio que su salud es frágil, debiendo ser objeto de una atención más adecuada a su circunstancia personal, conllevando una *interdependencia* entre su derecho a la salud en los términos que hemos señalado y otros derechos propios de su condición. En suma, el derecho a la salud incluye el disfrute del más alto nivel posible de bienestar

¹³³ Art. 32 inciso segundo de la Constitución de la República

físico, mental y social, que implica entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos. Lo que en el caso no ocurrió, más allá de que le ofrecieron luego de un trámite administrativo que si la operarían, obviamente esto después de largos meses de padecimiento y sufrimiento.

De la misma manera, el considerando SEXTO, subordina el aspecto de la reparación integral por la vulneración de un derecho, al cumplimiento de una norma interna de la institución de seguridad social del país, cual es un Reglamento para el pago por servicios de salud en casos de emergencia concebidos por prestadores externos a los asegurados al IESS, ya que según afirma la Sala, la accionante presentó su petición fuera de los ocho días que establece dicho reglamento para la compensación o reembolso de gastos médicos. El dinero pagado por la accionante y cuyo reembolso reclama al IESS, debió ser tratado dentro de una posible reparación integral, siempre y cuando se llegue a determinar que efectivamente existió la vulneración del derecho a la salud.

El considerando OCTAVO, que vendría a constituir la *ratio decidendi* de la sentencia, señala que la pretensión de la actora es el reconocimiento de un derecho, cual es el reembolso del dinero erogado por una intervención quirúrgica en una clínica particular; por lo que es improcedente tratarlo dentro de la acción de protección, sino ante la justicia ordinaria. En este aspecto veamos que señala el considerando y posteriormente lo analizamos:

OCTAVO: la pretensión de la actora a que se le reintegre el valor que afirma cubrió o canceló por la intervención quirúrgica a un centro médico independiente de la institución, no conlleva violación constitucional, sino aspectos concernientes a requisitos o exigencias legales para acceder a ciertos beneficios, y que es un juez ordinario mediante la acción correspondiente quien determinará si le asiste el derecho a la actora. En consecuencia siendo el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por mandato constitucional (art. 370) responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados, y teniendo la actora de esta acción la calidad de afiliado, la cual ha sido reconocida por la institución demandada, sin embargo su reclamación atañe al campo de la legalidad, en la cual el juez investido de jurisdicción constitucional no tiene competencia para resolver, pues es el juez

ordinario en un proceso de conocimiento el que determinará la procedencia o no de la pretensión de la actora.

Esta fundamentación que sirvió de base para negar la protección solicitada, adolece de una equivocada o por lo menos incompleta apreciación de los hechos y del enfoque con el que se trató la causa, ya que si bien el interés principal de la accionante, una vez que fue operada, tratada y aliviada en su dolencia, puede ser recuperar su dinero que lo utilizó para su intervención quirúrgica en un centro de salud privado, debido a una ineficiente e ineficaz atención del IESS, esto no debió ser motivo para que la Sala deje de analizar si todas las circunstancias fácticas concurrieron hacia una violación del derecho a la salud de la accionante, y considerar al reembolso como una medida reparatoria material, mas no como el eje o el centro del análisis constitucional, En esto la Sala tenía la facultad de modular su sentencia, en cuanto a las medidas reparatorias y no necesariamente ceñirse a la concesión o no de la pretensión económica de la accionante.¹³⁴

En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción de protección, cabe señalar que esta, a diferencia de la acción de amparo bajo el régimen constitucional de 1998, es un proceso de conocimiento, mas no cautelar, que tiene como finalidad la declaración de la vulneración de un derecho fundamental preexistente, por lo que aducir que ordenar el reembolso de una cantidad de dinero es la declaración de un derecho patrimonial, no es correcto ni exacto, ya que como lo señalamos, el objeto medular de la acción de protección no es reconocer derechos patrimoniales, sino declarar vulneración de un derecho fundamental y por consiguiente ordenar la reparación adecuada, dentro de la cual puede estar el reembolso del dinero erogado, si el juez lo considera pertinente, esto siempre supeditado a la declaratoria de vulneración del derecho, es decir sin declaratoria de vulneración no puede existir reparación integral.

¹³⁴ El Art. 86 numeral 3) de la Constitución de la República, en su parte pertinente dispone: “[...] La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas o negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.”

Como analizamos, parece ser que la Sala, se concentró en el análisis del incumplimiento de un reglamento interno del IESS por parte de la accionante, en cuanto a la extemporaneidad de la presentación de un pedido de reembolso de dinero erogado por una intervención quirúrgica realizada en un centro médico particular, así mismo en señalar que no existió vulneración del derecho a la salud, por cuanto hubo un ofrecimiento del IESS de ordenar su atención en una entidad privada de salud, previo cumplimiento de requisitos, sin tomar en cuenta que la accionante ha solicitado por largos meses atención y cura para su dolencia, y el IESS no se la ofreció con la calidad, eficacia y eficiencia debida, mas aun si se toma en cuenta su circunstancia de jubilación por invalidez, y por último enfocó su ratio decidendi no en declarar la vulneración del derecho a la salud, lo que debía conllevar a desarrollar jurisprudencialmente para este caso específico en qué consiste el mismo, así como la determinación de la conducta debida; sino en una pretensión de reembolso de dinero, que dentro del contexto integral no debió ser tomado como el eje de la discusión constitucional sino como consecuencia reparatoria de una posible vulneración del derecho a la salud, es decir bajo un principio de causalidad.

Podemos entonces, conforme el análisis anteriormente realizado, señalar que la sentencia de la Sala, tiene estos elementos:

1.-Respecto al desarrollo jurisprudencial del contenido del derecho y la determinación de la conducta debida del derecho a la salud.- existe total ausencia de estos conceptos, lo que implica que los hechos y circunstancias, no fueron analizados e interpretados en función del texto constitucional sobre salud, o menos aun en función de instrumentos internacionales que podían servir para desarrollar el contenido del derecho en función de un caso individual, por consiguiente tampoco se determinó el cumplimiento de obligaciones debidas por parte del accionado. En nuestro caso tenemos abundantes fuentes de las que se podía servir, a fin de desarrollar el contenido específico del derecho a la salud, así como elaborar lo que es la determinación de la conducta debida.

Así tenemos que la Declaración Americana¹³⁵ sobre el derecho a la salud señala: “*Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*” (Lo subrayado en nuestro). Entonces en base a esta norma internacional, evidenciamos que el derecho a la salud es interdependiente con otros aspectos tanto sociales como sanitarios, es decir la salud debe ser mirada desde un punto de vista holístico. En este mismo aspecto el Protocolo de San Salvador¹³⁶, al referirse al derecho a la salud señala en su parte pertinente:

1. Toda persona debe tener derecho a la salud, entendido como el medio para el disfrute de más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con miras a asegurar el ejercicio del derecho a la salud, los Estados parte aceptan reconocer el derecho a la salud como un bien público y, particularmente, a adoptar las medidas que garanticen dicho derecho: a) Atención médica primaria, es decir atención médica esencial, disponible para todos los individuos y familias en la comunidad”

Por otra parte el Comité de DESC, expidió sobre el derecho a la salud, la Observación General N° 14¹³⁷, en la que lo desarrolla integralmente. Así por ejemplo, cuando se refiere a sus elementos esenciales, dice:

- a) Disponibilidad: cada Estado parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
- d) Calidad: de forma que, además de ser culturalmente aceptables, los servicios médicos sean apropiados desde de punto de vista científico, para lo cual se requiere personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.¹³⁸

¹³⁵ Art. 11 de la Declaración Americana de Derechos Humanos

¹³⁶ Art. 10 del Protocolo de San Salvador

¹³⁷ La Observación General 14 fue expedida durante el 22 período de sesiones del Comité, celebrado en el año 2000.

¹³⁸ Observación General N° 14, párrafo 12.

Sobre las obligaciones básicas del Estado respecto a la salud, es decir aquellas que no se puede dejar de cumplir sin violar el PIDESC, y que a su vez constituyen la determinación de la conducta debida, el Comité expresó: “a) *Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados*”,¹³⁹

Estas disposiciones podían servir para que la Sala desarrolle el derecho a la salud para este caso concreto, así como para determinar cuales son las obligaciones positivas o negativas del Estado, cuando se enfrenta a circunstancias fácticas como las enunciadas, en lo que se refiere a calidad y eficiencia en la prestación de atención médica prioritaria y las medidas correctivas que debería tomar cuando se presenten falencias. En suma toda persona tiene derecho a la atención médica para proteger o recuperar su salud, pero no a cualquier atención, sino a una atención de calidad.

2.-Respecto a las fuentes de derecho utilizadas para la sentencia.- no se hace mención de normas constitucionales, ni instrumentos internacionales, doctrina ni jurisprudencia relevante, existe una somera mención de un reglamento interno del IESS, es decir existe una pobreza absoluta de motivación y argumentación constitucional que pueda sustentar y justificar la sentencia. Esto muestra que en ciertos jueces constitucionales, todavía está presente privilegiar la mirada a normas secundarias, antes que a desarrollar los principios y reglas constitucionales sobre derechos.

3.- Respecto al rol del juez.- se puede apreciar que no existe ninguna función creadora de derecho, lo que se da es la mera aplicación mecánica de un reglamento interno, a una circunstancia fáctica, que ni siquiera es analizada y entendida en su integralidad. Se mantiene la utilización de la subsunción en base de una norma reglamentaria con poco valor jurídico.

¹³⁹ Observación General N°14, párrafo 43.

Podemos hacer algunas reflexiones finales de las sentencias analizadas de acciones de protección, las que evidencian que más allá de conceder o negar aquellas, todavía existen jueces constitucionales que no están actuando bajo el esquema de Estado Constitucional, no asumen su función creadora de derecho, ni son garantes de los derechos fundamentales, tampoco aplican métodos apropiados de interpretación constitucional para resolver sus casos, no han ampliado su horizonte del sistema de fuentes del derecho, y existe una pobreza argumentativa que no desarrolla derechos fundamentales, tampoco determina la obligación debida de actuación, como parámetro para declarar una vulneración e incumplimiento de la misma. Estos indicios obligan a una profunda reflexión y análisis sobre la real efectividad social del sistema de garantías jurisdiccionales, en función de los derechos fundamentales y en este caso particular de los sociales, que nuestra Constitución los denomina como de buen vivir.

En este contexto es importante repensar sobre algunos aspectos de la justiciabilidad de los derechos sociales, pero dentro del sistema de garantías constitucionales y en especial sobre las garantías jurisdiccionales, sus obstáculos y limitaciones para su aplicación efectiva. El estudio realizado sin bien es cierto no puede reflejar una realidad integral, no debe dejar de apreciarse que en estos casos concretos existieron serias falencias en la protección de los derechos, no sólo los de vivienda y salud como parte de los derechos del buen vivir, sino refleja de alguna manera serias limitaciones estructurales a la protección de los derechos constitucionales.

En suma, la realidad de la justiciabilidad de los DESC, pese al cambio teórico – normativo de la actual Constitución no ha avanzado respecto a la Constitución de 1998, por lo menos el análisis de los casos concretos así lo demuestra. Los jueces no estuvieron capacitados para asumir su nuevo rol bajo la nueva teoría constitucional, esto debido entre otras cosas a un desconocimiento o pobre entendimiento de los adecuados métodos de interpretación constitucional, como por ejemplo *la ponderación*, que se constituye en un instrumento de gran ayuda, ya que generalmente en la justicia constitucional existen tensiones y conflictos de derechos,

y justamente en solucionar adecuadamente estas contradicciones, se encuentra la clave para la eficacia social del sistema. Evidentemente esto se debe no sólo a una realidad particular, sino a la necesidad de que todo el sistema se articule en función de los derechos fundamentales, si esto no ocurre no sólo los derechos sociales quedarán sin protección sino todos los derechos constitucionales.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El último proceso constituyente desarrollado en el país entre los años 2007 – 2008, fruto del anhelo de transformaciones políticas y sociales profundas de amplios sectores ciudadanos, dio como resultado una nueva Constitución, la que se espera sea el pacto social adecuado e incluyente de la sociedad ecuatoriana, que recoja los objetivos nacionales hacia los cuales todos nos enrumbemos.

La nueva Carta Constitucional acogió los principios teóricos de un paradigma de organización jurídico política, el "Estado Constitucional", al cual le dimos nuestro sello nacional, adicionado las expresiones "de Derechos y Justicia", como denominación para avanzar frente al "Estado Social de Derecho" constante en la Constitución de 1998. Sin duda este cambio desde el punto de vista teórico implica transformaciones en la concepción de la organización social y política, pero no necesariamente conlleva negar los valores y contenido del ESD, que fue acogido en la Constitución de 1998, menos aun la ruptura con aquellos, lo que ha ocurrido es que se ha profundizado, ampliado y dotado de elementos, principios e instrumentos que permitan la materialización del Estado Constitucional, tanto en su estructura como en su accionar. El avance teórico y normativo es sin duda significativo, en la línea de superar el Estado de legalidad, lo que implica no sólo la profundización del debate teórico, sino fundamentalmente lograr la eficacia social del modelo, que trajo grandes esperanzas y aspiramos no asistir a la caída de lo que muchos consideran una quimera.

La nueva forma de Estado se articula en función de la garantía de los derechos constitucionales de sus habitantes, y es precisamente en la concepción de estos lo que marcará la pauta diferenciadora. Bajo esta circunstancia y según principios constitucionales y de instrumentos internacionales, todos los derechos constitucionales son *de igual jerarquía, interdependientes, justiciables y de aplicación directa e inmediata*. Según lo analizamos en los casos concretos, este

tránsito de forma de Estado, no ha tenido mayores repercusiones prácticas en cuanto a la protección judicial de los derechos sociales que nuestra Constitución les denomina del buen vivir, ya que según la comparación entre resoluciones de las acciones de amparo (Constitución de 1998) y sentencias de acciones de protección (Constitución del 2008), se continúan utilizando los mismos esquemas y elementos del Estado legalista para resolver los casos.

A partir de los resultados del análisis de la jurisprudencia por tipo de derechos (vivienda adecuada y salud), el cambio de modelo de Estado como principio rector no ha transformado la justicia constitucional, ya que los resultados del mismo (acciones de amparo y acciones de protección), reflejan que la tutela judicial de los derechos sociales no fue eficaz antes y tampoco lo es ahora. Entonces, tenemos que el conflicto no es de orden normativo – estructural, sino fundamentalmente de cultura, formación e ideología de los jueces en la administración de justicia constitucional. Por consiguiente, el cambio y transformación de la cultura jurídica judicial es condición necesaria para que funcione el sistema.

Es decir, pese a que el actual régimen constitucional contiene importantes principios y garantías jurisdiccionales para tutelar todos los derechos fundamentales sin excepción, hay jueces que proceden como si no existieran, por lo que la cimentación y eficacia en la realidad social de estas instituciones queda en entredicho, lo que conlleva no sólo a cuestionar una institución en particular como la acción de protección, como medio eficaz para tutelar los derechos del buen vivir, sino incluso el Estado Constitucional como tal, con el grave riesgo de constituirse en un simple membrete político sin contenido, lo que sería tremendamente grave e inaudito. ¿Una decepción más?.

Parecería importante entonces debatir sobre *¿cómo tener jueces con cultura jurídica garantista?* Existirían tres alternativas: a.-capacitación y cambio de cultura jurídica de los actuales jueces, lo que luce complejo debido a que esta viene de aulas universitarias; b.- renovación

judicial con profesionales formados bajo el nuevo paradigma constitucional, lo que parecería realizable pero siempre que se definan perfiles adecuados, y c.-implementar un sistema autónomo y exclusivo de justicia constitucional, es decir desvinculado de la función judicial, con jueces constitucionales especializados, el que puede tener dos instancias (jueces de primera instancia y tribunales provinciales de apelaciones) y la Corte Constitucional como órgano superior y nacional de cierre; o en su defecto dentro de la función judicial crear judicaturas especializadas en garantías jurisdiccionales, de tal manera que no cualquier juez ordinario conozca aquellas. Para implementar estas últimas alternativas se requiere una reforma constitucional.

Ahora, si bien es cierto que en un Estado Constitucional, teóricamente todos los jueces deben ser garantes del mismo y de los derechos constitucionales, no es menos cierto que esta concepción debe ser analizada e implantada en función de nuestra realidad judicial, la que necesariamente está vinculada al escaso desarrollo de nuestro sistema político y a la cultura jurídica legalista y no tutelar de derechos constitucionales. Por cierto, el tema es controversial pero creemos que hay que asumirlo, partiendo de un supuesto, *cual es la existencia de la voluntad política de tener efectivamente un Estado Constitucional de Derechos*, caso contrario todo se quedará en discurso académico o político sin trascendencia social.

Los derechos sociales no sólo deben ser protegidos a través de políticas públicas o leyes sociales, también requieren ser justiciables, en caso de que tanto las unas como las otras no sean suficientes ni adecuadas, por lo que el control judicial a los actos del gobierno y del legislativo en esta materia debe fortalecerse, ya que no se puede afirmar que esté completo un derecho constitucional si carece de garantía judicial. Ahora parece pertinente expresar que la consolidación del control judicial de los derechos del buen vivir implica necesariamente el fortalecimiento de nuestra función judicial, lo cual pasa por dos condiciones básicas: a.- dotarle de las garantías adecuadas para ejercer su labor, fundamentalmente el respeto a su independencia interna y externa, lo que conlleva la abstención de presiones, amenazas y el acatamiento de sus fallos, y b.-

elevant la calidad de los fallos, para lo cual se requiere jueces capacitados en la nueva teoría constitucional, esto complementado con la transparencia y corrección que deben mostrar en sus decisiones.

En este sentido coincidimos con Antonio Cancado Trindade sobre sus expresiones en relación a los DESC:

Erradicar la pobreza extrema constituye uno de los grandes desafíos de la protección internacional de los derechos humanos en este inicio del siglo XXI. [...] En efecto ¿de qué vale el derecho a la vida, sin garantizar las condiciones mínimas de una existencia digna y adecuada sobrevivencia (alimentación, vivienda, vestimenta)? [...] ¿De qué vale el derecho a la libertad de asociación sin el derecho a la salud? ¿De qué vale el derecho de igualdad ante la ley sin las garantías del debido proceso legal?. Y los ejemplos se multiplican. De ahí la importancia de la visión holística o integral de los derechos humanos, tomados todos conjuntamente, [...]

Es una gran paradoja de nuestros días, en que se pregonan la globalización de la economía, constatar la confesión depuradora del Estado –en diferentes regiones del mundo- de su incapacidad de velar por la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales. Contra esta pérdida irreparable de valores surge hoy la conciencia jurídica universal [...] contribuyendo a despertar la conciencia pública para la apremiante necesidad de asegurar la justiciabilidad de aquellos derechos [económicos, sociales culturales] como los verdaderos derechos humanos que son. En último análisis, cabe situar la persona humana en el centro de todo proceso de desarrollo, lo que requiere un espíritu de mayor solidaridad en cada sociedad nacional, y la conciencia de que la suerte de cada uno está inexorablemente ligada a la suerte de todos.¹⁴⁰

Por consiguiente, este proceso necesita de la participación de una serie de actores políticos, sociales y académicos, siempre dentro de la línea de compromiso de tener una función judicial eficiente, eficaz y transparente y con un norte claro, ser la protectora del Estado Constitucional y su contenido, que se plasma en los derechos constitucionales, así como el sometimiento de toda la institucionalidad a la Constitución. Por otra parte, si bien es cierto, actualmente no están dadas las condiciones para debatir o proponer una reforma constitucional

¹⁴⁰ Antonio Cancado Trindade, “Prefacio” de *Los Derechos Humanos Económicos Sociales y Culturales*, de Jayme Benvenuto Lima Jr., en *La Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, La Paz, 2001.

para establecer un sistema de justicia constitucional autónomo o por lo menos la implementación de jueces constitucionales especializados como parte de la función judicial, no debe descartarse del todo esta posibilidad que en algún momento histórico puede cobrar vigor.

Bajo la condición de que no cabe diferenciación en cuanto a la protección judicial de todos los derechos, es pertinente mencionar que los derechos sociales además de sus propias limitaciones, se encuentran con el mismo problema que experimentan todos los derechos constitucionales que cuenten con las dimensiones de exigencia colectiva, la inconstitucional caracterización de subsidiaria o residual que le dio la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a la acción de protección. Esto debido a que este filtro formal que impuso el legislador, restrictivo de esta garantía, no permite un análisis del contenido o fondo de la pretensión, lo que según los datos estadísticos del Programa Andino de Derechos Humanos, ha llevado a un alto grado de desprotección de los derechos constitucionales. En este aspecto, es pertinente que la Corte Constitucional se pronuncie sobre esta problemática con claridad y en apego a la naturaleza directa y eficaz de la acción de protección, ya sea a través de un precedente obligatorio que señale como debe interpretarse y entenderse dicho filtro restrictivo de la residualidad, o a través de la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones normativas que contrariando la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, desvirtuaron el carácter ampliamente tutelar de la acción.

En cuanto a la justiciabilidad de los derechos del buen vivir, bajo los parámetros antes enunciados, de igual manera es tarea prioritaria de la Corte Constitucional, a sus casi tres años de existencia, emitir jurisprudencia vinculante y unificadora en la que se expresen las pautas de desarrollo de los derechos del buen vivir, en el caso concreto sobre vivienda adecuada y salud, sin perjuicio de otros derechos fundamentales. Esto sin duda alguna contribuirá sobremanera al avance y consolidación de la protección judicial de los derechos sociales en el Estado Constitucional de Derecho

BIBLIOGRAFÍA

1.-Fuente doctrinal:

Abramovich, Víctor y, Christian Courtis. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

Abramovich, Víctor y, Christian Courtis, “Apuntes sobre exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Chistian Courtis y Ramiro Ávila (Edits), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia, Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2009.

Alarcón,Peña, Pablo, “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana” en Christian Courtis y otro (Edits): *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2009.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Alexy, Robert, “La fórmula del peso” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Miguel Carbonell (edit), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Serie Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008

Ávila, Santamaría, Ramiro, “ el amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.

Ávila, Santamaría, Ramiro, “Del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de los Derechos y Justicia: modelo garantista y democracia sustancial del Estado”, Quito, En *Jornadas de Capacitación de Justicia Constitucional*, Corte Constitucional para el período de transición, 2008.

- Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en, Ramiro Ávila Santamaría (Editor): *Constitución del 2008 en el contexto andino; análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008.
- Ávila, Santamaría, Ramiro “las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos”, en Ramiro Ávila Santamaría y otro (editores): *Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, 2008.
- Ávila, Santamaría, Ramiro, “Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano” en Christian Curtis y Ramiro Ávila (editores): *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Banco Mundial. Informe de Pobreza en el Ecuador. 1996.
- Bernal, Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008
- Birdat, Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea - Depalma, 1991.
- Boaventura, de Souza, Santos . *La caída del ángelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003.
- Bökenjörde, Ernst, Wolfgang, “Los Derechos Fundamentales Sociales en la Estructura de la Constitución”, en *Escritos de Derechos Fundamentales*, Berlín, Nomos, 1993..
- Cancado, Trindade, Antonio, “Prefacio” de Los Derechos Humanos Económicos Sociales y Culturales”, de Jayme Benvenuto Lima Jr., en *La Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, La Paz, 2001.

Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en M. Carbonell (ed), Teoría del neo constitucionalismo. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta-IIIJ (UNAM), 2007, p.10., citado por Marco Aparicio Wilhelmi, Derechos: “enunciación y principios de aplicación” en, *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008.

Carpintero, Benítez, Francisco, *Una introducción a la Ciencia Jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

Castillo, Córdova, Luis, *Los Derechos Constitucionales*, Lima, Palestra, 2005

De Padua, Marcillo, *Defensor Pacis*, Columbia University Press, 2001.

Diccionario de la Lengua Española. Océano Práctico, México, Edit. Océano.

Ferrajoli, Luigi, “El derecho general de libertad”, en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1997, citado por Ramiro Ávila, “Los principios de aplicación de los derechos”: en *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y que el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008.

Ferrajoli, Luigi, “el derecho como sistema de garantías”, en *derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

Ferrajoli, Luigi, “Juicios sobre la vigencia y juicios sobre la validez. Dos aporías teóricas: la valoratividad y la discrecionalidad de los juicios de validez”, en *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005.

Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en Miguel Carbonell (Editor): *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

Gago, Lorenzo, Pablo, Reflexiones sobre el Derecho a la vivienda en Ecuador: *Una mirada desde la realidad urbana y el derecho a la ciudad*, en http://www.flacso.org.ec/html/pub2p_number=LB

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1983.

- García, Pelayo, Manuel, *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977.
- Grijalva, Agustín, “Las Garantías de los Derechos” en *Develando el desencanto, Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010 (versión magnética)*, Programa Andino de Derechos Humanos (compilador) - UASB Quito, 2010.
- Hesse, Konrad, *Escritos de Derechos Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- Hobbes, Thomas *El Leviatán*, México, FCE, 1980
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (CEPAL), *la igualdad de los modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América latina*, San José, 1997, en <http://remmandina.org/STGR/archivos/imagenesfk/File/Cendoc/Investigaciones>
- Kelsen, Hans, *Teoría General de Derecho y del Estado*, México, 3ra. Edición, Unam, 1990.
- Locke, John, *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Buenos Aires, Ed. Lozada, 2002.
- León, Magdalena, “ el buen vivir, objetivo y camino para otro modelo”, en, *Revista de análisis político La Tendencia*, Instituto Latinoamericano de Ciencias Sociales (ILDIS), Quito 2008.
- Massini, Correas, Carlos, *Filosofía del Derecho. El Derecho y los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- Meil, Landwerlin, Gerardo, “El Estado Social de Derecho: Forsthoff y Abendroth. Dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”, en, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Nro. 42, México, 1984.
- Monroy, Cabra, Marco, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Librería del Profesional, 2002.
- Montaña, Pinto, Juan, “Supremacía de la Constitución y Control de Constitucionalidad en la Constitución” en *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional*, Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2008.
- Montaño, Galarza, Cesar, “Reflexiones sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Ecuador”, artículo para el Programa Andino de Derechos Humanos, en <http://www.uasb.edu.ec/padh>

- Mora, Restrepo, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- Oyarte, Martínez, Rafael, *La acción de amparo constitucional, jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Edit. Fundación Andrade y Asociados, 2006.
- Palacios, Romero, Francisco, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay”, en Ramiro Ávila y otros (Edits): *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y sociedad, 2008.
- Pérez, Luño, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1998.
- Pérez, Luño, Antonio, “La Interpretación de la Constitución” en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999.
- Pisarello, Gerardo, “los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada desde abajo” en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (editores): *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Serie Justicia y Derechos humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Pisarello, Gerardo, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Víctor Abramovich, María José Añon y Christian Courtis, *Derechos Sociales, instrucciones de Uso* (comps), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, citado por Pablo Alarcón Peña, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Serie Justicia y Derechos humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Programa Andino de Derechos Humanos (compilador)- UASB, *Develando el desencanto*, Quito, Informe sobre derechos humanos Ecuador, 2010.

- Rivera, Santibáñez, José, *Jurisdicción Constitucional, Procesos Constitucionales en Bolivia*, Segunda Edición, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba – Bolivia, 2004.
- Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Madrid, Sarpe, 1983.
- Salazar, Ugarte, Pedro, *La democracia Constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Saldaña, Javier “ Críticas en torno al Derecho Subjetivo como concepto de los Derechos Humanos” (primera parte), en <http://www.jurídicas.unam.mx>.
- Silva, Portero, Carolina, “¿Que es el buen vivir en la Constitución?”, en, Ramiro Ávila (editor): *Constitución del 2008 en el contexto andino análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008.
- Silva, Portero, Carolina, “Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección” en Christian Courtis y Ramiro Ávila (editores): *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos humanos, 2009
- Stern, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana”, Madrid, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988.
- Trujillo, Julio Cesar, “La fuerza normativa de la constitución actual”, en *Revista de Derecho Foro No.3*, UASB/CEN, Quito, 2004.
- Trujillo, Julio, Cesar, “Presentación”, en, Ramiro Ávila (editor): *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2008.
- Valadés, Diego, “El Estado Social de Derecho” en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/994/7.pdf>
- Valle, Franco, Alex, *La acción de amparo en el Ecuador y los derechos fundamentales*, tesis de grado previa a la obtención del título de máster en derechos humanos y democracia, mención

mecanismos de protección, en <http://repositorio.uasb.edu.ec>, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, 1977, pp. 443-444, citado por María Castellón Torrico en su tesis de maestría en Derecho Constitucional, “*Protección Constitucional del Derecho a la Salud Mental y su aplicación en el caso de los afectados por el conflicto armado interno*”, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, en <http://www.tesis.pucp.edu.pe/PUCP>

Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado*, México, 1987, citado por Diego Valades, “El Estado Social de Derecho”, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/994/7.pdf>

2.-Fuente constitucional, internacional y legal:

Constitución Política del Ecuador (1998)

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Ley de Control Constitucional (1997)

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Constitución española

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Declaración y Programa de Acción de Viena

Declaración Americana de Derechos Humanos

Convención Americana de los Derechos Humanos

Protocolo de San José

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación General No. 3

Observación General No.4

Observación general No. 7

Observación General No. 14

Comisión IDH, Informe Anual de IACHR (1993)

Comisión IDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador (1997)

3.-Fuente jurisprudencial: Nacional e Internacional

Tribunal Constitucional del Ecuador

1118-99-RA

0749-2003-RA

035-2004-RA

Corte Constitucional para la transición

0204-2009-RA

0181-2009-RA

062-2009-RA

Corte Provincial de Justicia de El Oro

Acción de protección:

00094-2011-SP

171-2011-SP

Corte Provincial de Justicia de Guayas

Acción de protección:

768-2010-J

480-2009

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia Nro. C-225/95

Sentencia Nro. T-163/03

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia Caso Durand - Ugarte, de 16 de agosto del 2000

Sentencia Caso Cantoral- Benavides, de 18 de agosto del 2000.

4.-Sitios Web

<http://www.saberderecho.com/2005/12/el-discreto-encanto-del-obiter-dictum.html>

<http://www.agapea.com/libros/Iura-novit-curia-y-aplicación-judicial-del-Derecho-isbh-8484061019-i.htm>

<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/994/7.pdf>.

5.- Abreviaturas

CRE: Constitución de la República de Ecuador

DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales

ED: Estado de Derecho

ESD: Estado Social de Derecho

IESS: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

INDA: Instituto Nacional de Desarrollo Agrario

ONGs: Organizaciones no gubernamentales

PADH: Programa Andino de Derechos Humanos

PIDESC. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales