

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría de Investigación en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

## **Exigibilidad judicial de los derechos sociales**

Sócrates Augusto Verduga Sánchez

Tutor: Ramiro Ávila Santamaría

Quito, 2019





### **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Sócrates Augusto Verduga Sánchez, autor de la tesis intitulada *Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 12 de abril de 2019

Firma:.....



## Resumen

Uno de los desafíos más apremiantes para la comunidad de juristas, activistas sociales, politólogos, abogados litigantes, gestores de política pública, teóricos de la democracia y, en general, todas aquellas personas interesadas en aterrizar las teorías contemporáneas de los derechos humanos a la praxis, es el lograr que la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales favorezca, de hecho, a las capas de la población más pobre y necesitada. Contrario a lo que sostiene la amplia literatura académica escrita al respecto, estudios empíricos como los desarrollados por el constitucionalista David Landau<sup>1</sup> vienen a confirmar que la realidad ha caminado más bien en el sentido opuesto: en la mayoría de los casos, la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales ha beneficiado a las clases medias y altas, y no necesariamente a los más pobres.

Desde la constatación de esta realidad, el propósito de este trabajo pretende demostrar que el específico diseño institucional consagrado en la Constitución de Ecuador podría revertir el status quo, a través del funcionamiento de una defensoría pública con capacidad para demandar en juicio la provisión de los mínimos vitales. Si el modelo ecuatoriano funcionara de manera óptima, la aplicación judicial de estos derechos no se vería limitado por barreras de carácter cultural y económico que son las que limitan su ejercicio en favor de los más desposeídos.

La defensoría pública ecuatoriana, a diferencia de lo que ocurre con otras agencias de este tipo en América Latina, no se encuentra adscrita al poder ejecutivo y tampoco limita sus actuaciones al patrocinio de procesos penales. Concretamente, la unidad de litigio estratégico de esta entidad tiene como objetivo general “*seleccionar, analizar y litigar casos... con el fin de promover cambios y transformaciones estructurales en el sistema jurídico-político a nivel local, regional y mundial, sin perjuicio de los intereses individuales y colectivos de las partes en un proceso jurisdiccional y/o administrativo*”<sup>2</sup>, ponderando la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más desaventajados, a través de estrategias de *aplicación estructural y mandatos negativos* y, subsidiariamente, a través de la

---

<sup>1</sup> Profesor de la Florida State University, especialista en derecho constitucional comparado con enfoque en América Latina. Fundador y editor de Iconnect, blog de la Revista Internacional sobre Derecho Constitucional.

<sup>2</sup> Ernesto Pazmiño Granizo. Política Marco de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública del Ecuador. Disponible en: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1380/1/Resoluci%C3%B3n%20044-2016.pdf>.

estrategia de la *aplicación individual*. No obstante, a casi tres años de la creación de la unidad de litigio estratégico de la defensoría pública de Ecuador, la forma en la que ésta ha operado en la práctica demuestra que no ha conseguido cumplir cabalmente su objetivo emancipador y contra-hegemónico de revertir el “problema Landau”. A pesar de ello, las potencialidades que presenta el diseño institucional ecuatoriano para contrarrestar dicho fenómeno podrían, con la necesaria dosis de voluntad política, situar a Ecuador en una posición privilegiada respecto a la garantía judicial de estos derechos.

La última parte de este trabajo es un recuento de tres de los casos que sobre derechos sociales he podido litigar en mi calidad de defensor público. El incluirlos en este ensayo obedece a tres finalidades. En primer lugar, intenta expresar la voz de personas que representan a los usuarios promedio de la defensoría pública de Ecuador, ciudadanos de a pie a los que se les han violentado sus derechos y requieren de un patrocinio legal para no ver frustrados sus proyectos de vida. En segundo lugar, pretende visibilizar las tareas de defensa técnica y acompañamiento integral que realiza esta institución en favor de los grupos de atención prioritaria. En tercer y último lugar, procura evidenciar que uno de los escollos más importantes de la estrategia de la aplicación individual en materia de derechos económicos, sociales y culturales, es la fase de ejecución de los fallos, en donde se juegan los efectos prácticos de toda decisión judicial.

**Dedicatoria**

*A mi padre, don Pedro Abraham Verduga Cañarte, fuente inagotable de sabiduría, jurista, hombre de letras y a quien le debo mis inquietudes por el Derecho y la Justicia Social*



## **Agradecimientos**

*A mis amigos, Mauricio Guim Alfago, por haberme animado a escoger este tema de tesis y por su aguda orientación en la recopilación de buena parte la bibliografía, y Patricio Alvarado Luzuriaga, por haber discutido conmigo los temas centrales de este trabajo y realizar importantes observaciones al mismo. A mi esposa, Neyla, y a mi madre, Viviana, quienes me han acompañado pacientemente en este recorrido profesional.*

*Mi agradecimiento también a mis hermanos andinos, Juan José Bernal, Juan Carlos Rivero, Enrique Luzuriaga, Daniel Dorado y David Carrión, quienes hicieron que mi estancia en la ciudad de Quito fuera una de las experiencias más enriquecedoras de mi vida. Finalmente, a mi tutor de tesis, Ramiro Ávila Santamaría, quien compareció en calidad de amicus curiae en uno de los casos que litigué.*



## **Tabla de contenido**

<b>Introducción</b> .....	<b>13</b>
<b>Capítulo Uno.- Teoría General de los Derechos Sociales y sus estrategias de aplicación</b> .....	<b>15</b>
1.1 Propósito de los derechos sociales.....	15
1.2 Tipos de garantías para los derechos sociales.....	25
1.3 Revisión judicial débil .....	31
1.4 Mandatos negativos .....	36
1.5 Aplicación individual.....	40
1.6 Dificultades de los modelos de los mandatos negativos y la aplicación individual .....	46
1.7 Aplicación estructural.....	51
<b>Capítulo Dos.- La Defensoría Pública de Ecuador y la garantía de los derechos sociales</b> .....	<b>57</b>
2.1 Antecedentes de la creación de la Constitución de 2008 y la Defensoría Pública.....	57
2.2 La Defensoría Pública de Ecuador como ente autónomo de la Función Judicial .....	61
2.3 Unidad de Litigio Estratégico .....	70
2.4 Análisis de casos.....	86
2.4.1 Asiladas vs Junta de Beneficencia de Guayaquil .....	87
2.4.2 Discapacitada vs Gobierno Autónomo Descentralizado de Daule....	103
2.4.3 Pacientes con enfermedades catastróficas vs Hospital Teodoro Maldonado Carbo.....	111
<b>Conclusiones</b> .....	<b>127</b>
<b>Recomendaciones</b> .....	<b>131</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>133</b>



## **Introducción.-**

Más allá de las doctrinas y avances teóricos que sitúan a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos exigibles -sobre todo para las personas más pobres y necesitadas- resulta importante indagar hasta qué punto dichas teorizaciones han provocado resultados ostensibles en la transformación de la realidad a su favor. En esa línea, la manera correcta de empezar este ensayo será identificando aquellas nociones básicas que han sido acuñadas y desarrolladas tanto por doctrinarios del Derecho especialistas en esta materia, como por los organismos internacionales de derechos humanos cuyas directrices se presentan como una “hoja de ruta” para los Estados que han reconocido la fuerza vinculante de sus pronunciamientos. Hecho esto, trataré de poner un “cable a tierra” que permita descifrar si este material normativo ha servido o no -esto es, si ha sido lo suficientemente eficaz- para potenciar los derechos económicos, sociales y culturales de los más desaventajados. Con miras a ese objetivo, analizaré la forma en la que se han llevado adelante distintas estrategias de aplicación judicial de estos derechos en países con las Cortes Constitucionales más progresistas del mundo.

En este entusiasmo, y sin desconocer el contexto sociopolítico e histórico en el que tienen lugar cada una de estas estrategias, la idea será trazar un denominador común que permita responder a la pregunta *¿Han beneficiado los derechos económicos, sociales y culturales a los más pobres?* y, sobre esa base, determinar -siempre siguiendo la teoría de David Landau- cuáles han sido las consecuencias reales de cada una de estas estrategias a la hora de incidir en el cambio de las prácticas burocráticas de los órganos políticos. Finalmente, todo este análisis servirá para fundamentar por qué la existencia de la Defensoría Pública ecuatoriana, como órgano autónomo e independiente de la función judicial, se erige como una institución de vanguardia en Latinoamérica que posibilita sortear los problemas comúnmente asociados a la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales a favor de las personas más pobres. Particularmente, sostendré que la existencia de la Unidad de Litigio Estratégico de esta institución se presenta como una herramienta realmente potente para incidir en el imaginario colectivo de los jueces y de la sociedad toda, convirtiendo la energía de los movimientos sociales en “energía jurídica” para conseguir una sociedad más justa e igualitaria.



## Capítulo Uno.- Teoría general de los derechos sociales y sus estrategias de aplicación

### 1.1 ¿Cuál es el propósito de los derechos sociales?

Dentro de la literatura académica contemporánea sobre derecho constitucional, el debate acerca de si los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, los DESC o derechos sociales) son o no justiciables, es un asunto concluido. El expreso reconocimiento de herramientas de tutela o de protección jurisdiccional para derechos como la educación, la salud, la vivienda, la seguridad social o el empleo, se encuentran recogidas en la mayoría de las Constituciones del mundo, e incluso desde el ámbito internacional de los derechos humanos, existen pronunciamientos cada vez más contundentes al respecto.<sup>3</sup>

A breves rasgos, puede afirmarse que su finalidad radica en satisfacer las necesidades más básicas de las personas, o en suma, combatir la pobreza. Es precisamente la constatación de la pobreza, como pandemia social, la que inspira todos los desarrollos doctrinarios y normativos sobre los valores de la igualdad y la cooperación como sustratos axiológicos de los derechos sociales<sup>4</sup> y, consecuentemente, la que motiva la incorporación de los mismos en la mayoría de las Constituciones del mundo occidental. Incluso en países como Estados Unidos, en cuyas Constituciones no se encuentran explícitamente consagrados, existe al menos una vasta jurisprudencia sobre el significado de estos derechos y la forma en la que deben ser exigidos judicialmente.<sup>5</sup> El consenso mundial es, por lo tanto, la de garantizarlos, aún a pesar de su falta de reconocimiento expreso.

Históricamente, fue el fenómeno de la industrialización en Europa, comprendido entre la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX, el que contribuyó al nacimiento del discurso sobre la necesidad de consagrar ciertos derechos económicos,

---

<sup>3</sup> En el sistema interamericano de derechos humanos se encuentran estos vibrantes ejemplos: *Lagos del Campo vs Perú*. Caso No. 12.795 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de Agosto de 2017). y *Poblete Vilches vs Chile*. Caso No. 349 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de Marzo de 2018), en los que la Corte Interamericana declara la violación del Art. 26 del Pacto de San José –y por lo tanto la responsabilidad de los Estados- en relación con los derechos a la estabilidad laboral y la salud, respectivamente.

<sup>4</sup> Albert Noguera Fernández. «El debate en torno a los derechos sociales y su reflejo en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.» En *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, de Albert Noguera Fernández (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 19.

<sup>5</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.» *Harvard International Law Journal* (Vol. 53, 2012), 190.

sociales y culturales como prerrogativas de las personas más desaventajadas frente a situaciones de grave urgencia y necesidad. Sin embargo, no fue sino hasta después de la segunda guerra mundial, en el intento por contrarrestar el poderoso movimiento socialista y comunista que amenazaba con aplastar el poder político y económico de la burguesía, que los Estados avanzaron hacia el denominado Estado Social.<sup>6</sup> Pese a que en las primeras décadas del siglo XX los Estados intervinieron ampliamente en la vida económica de las sociedades, las normas sobre derechos sociales plasmados en las Constituciones -cuyos hitos más importantes fueron la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919- sólo tenían un carácter meramente programático.

No obstante, a pesar de que el fracaso del socialismo real propició el discurso necrológico del “colapso del proyecto de la izquierda” y que, a partir de ahí, el sistema hegemónico sentó las bases del postmodernismo, traducido en la famosa frase de Fukuyama sobre el “fin de las ideologías”, el atractivo que han ejercido -y siguen ejerciendo hoy- los valores de la igualdad y la cooperación es demasiado obvio como para ser negado.<sup>7</sup> Ello explica que la herencia jurídica del socialismo, esto es, los derechos económicos, sociales y culturales, que en un primer momento fueron consagrados en las Constituciones de la postguerra como derechos programáticos o de realización paulatina por parte de los órganos políticos, hayan evolucionado, tanto en el ámbito internacional de los derechos humanos como en los Estados nacionales, como derechos de directa e inmediata aplicación, hasta el punto de poder ser exigidos judicialmente.

En esa línea, el rasgo definitorio de los modernos Estados Constitucionales es precisamente la garantía de todos los derechos humanos, civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales. Pero a pesar del reconocimiento expreso de estos últimos como derechos exigibles, aún hasta nuestros días la ideología de mercado pretende desconocerlos con la idea del Estado Mínimo y el discurso reminiscente del fracaso del socialismo real. Frente a ello, resulta entonces oportuno preguntarnos si la experiencia histórica nos debe hacer concluir que lo que creíamos que era bueno (los valores de la igualdad, la comunidad y la cooperación) en realidad no lo era, y respondernos, como lo hace Gerald Cohen, que “tal conclusión, aunque es una a la cual

---

<sup>6</sup> Albert Noguera Fernández. «El debate en torno a los derechos sociales», 21.

<sup>7</sup> Gerald Cohen. «Prefacio.» En *Razones para el socialismo*, de Roberto Gargarella y Félix Ovejero (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2001), 9.

se llega frecuentemente, es una locura.”<sup>8</sup> Lo es no solo porque el razonamiento descrito incurre en la clásica falacia naturalista -o mejor, determinista- en virtud de la cual se realiza un paso irreflexivo del ser al deber ser, confundiendo los hechos del pasado con el ideario, sino también porque basta con mirar por un momento al mundo que nos rodea para darnos cuenta de que la universalización del sistema capitalista es incompatible con el proyecto mismo de la Democracia, tal y como la entendemos hoy.<sup>9</sup>

En esa línea, Naomi Klein ha esbozado estas iluminadoras palabras:

Cuando miramos para atrás, y miramos los capítulos centrales de la historia donde está la ideología del mercado, el golpe de Estado en Chile, la caída del muro de Berlín y el desmembramiento de la Unión Soviética, Polonia, la plaza Tiannamen en 1989 (...) lo que vemos en esos momentos es que nunca fue una elección. En 1989 los polacos votaron por un partido que prometía no privatizar las compañías del Estado, sino convertirlas en cooperativas con los trabajadores. En 1994 los sudafricanos votaron por un partido que prometía tomar los ricos recursos de ese país que estaban en manos de una pequeña élite para distribuirlos entre todos. Y en 1993 la mayoría de los rusos creía que las privatizaciones debían hacerse con la presencia de los trabajadores. Pero estas ideas fueron arrojadas por varias formas de shock y de violencia. No es que no hubiéramos tenido las ideas o que consentimos, o que fuimos convencidos de que estaban en lo cierto. Simplemente sucumbimos en varios momentos. Por eso es poderoso darse cuenta de que no perdimos la batalla de ideas (...) Lo que debilita a la izquierda es esta noción que se repite, una y otra vez, de que nuestras ideas se han probado y fracasado, y que están desacreditadas. Eso ha impedido mantenernos en nuestra convicción en momentos claves. Lo cierto es que lo que perdimos no fue una batalla de ideas sino una guerra real, con víctimas reales. Nos enfrentamos a fuerzas brutales y perdimos, pero por ello no perdimos el argumento.<sup>10</sup>

La consagración de los derechos sociales como derechos exigibles cobró fuerza luego de la segunda guerra mundial, sobre todo en las Constituciones post-coloniales de los países en vías de desarrollo. En el ámbito internacional, migró hacia una serie de instrumentos de derechos humanos que perviven hasta nuestros días como brújulas normativas que orientan la labor de los Estados nacionales. Los primeros instrumentos - y los más elocuentes- son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ambas expedidas en 1948. Esta última es una suerte de Constitución embrionaria mundial en donde, aparte de los derechos civiles y políticos, se reconoce la obligación de los Estados de satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, a pesar de que su artículo 28 establece que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> Juan Carlos Monedero. *Curso urgente de política para gente decente* (Bogotá: Planeta Colombiana S.A., 2014).

<sup>10</sup> Ver en: [https://www.youtube.com/watch?v=JG9CM\\_J00bw](https://www.youtube.com/watch?v=JG9CM_J00bw)

hagan plenamente efectivos”<sup>11</sup>, lo cierto es que, en la práctica, este documento no pasó de ser una mera relación de intenciones, carente de fuerza jurídica. Ello se explica, en parte, porque -al igual que en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre- en su articulado no se incorporó ningún mecanismo que obligue a los Estados al cumplimiento de sus contenidos, de ahí que en 1966 las Naciones Unidas expedieran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), ambos con fuerza vinculante para los Estados que la conforman.<sup>12</sup>

Este último es actualmente el principal y más completo instrumento internacional que se haya expedido en garantía de los derechos sociales. Un comité permanente de expertos, denominado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es el que actúa como intérprete de dicho tratado, no solo para revisar los informes emanados de los Estados, sino también para emitir Observaciones Generales que describen la visión conceptual del Comité sobre cómo deben hacerse cumplir los derechos establecidos en el PIDESC.<sup>13</sup> El Art. 2.1 de este instrumento impone la obligación a los Estados Parte de “adoptar... hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.<sup>14</sup>

Por lo demás, el Comité ha determinado que si bien los Estados deben tender hacia la plena efectividad de estos derechos de forma progresiva, existen también obligaciones con “efecto inmediato”, como por ejemplo, “garantizar que los derechos pertinentes se ejerzan sin discriminación” o “adoptar medidas... dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto... tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de la

---

<sup>11</sup> Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 1948. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

<sup>12</sup> La fuerza vinculante de estos instrumentos, emana del Art. 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, que obliga a “interpretar las normas de buena fe, tomando en consideración su objeto y fin, el sentido corriente de sus términos, y los trabajos preparatorios y las prácticas relevantes.” Para una mayor profundización, ver Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, págs. 69-70. En el caso ecuatoriano, el Art. 11.3 de la Constitución le otorga la máxima jerarquía normativa a los tratados internacionales de derechos humanos, de modo que la violación de los derechos contenidos en estos instrumentos no sólo implican un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino también una violación a la propia Constitución.

<sup>13</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 238.

<sup>14</sup> Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

totalidad de las obligaciones”.<sup>15</sup> Estas obligaciones, por lo tanto, no son meramente declarativas, sino que compelen a los Estados parte a caminar aceleradamente hacia la meta establecida tan rápido como les sea posible, lo cual implica, naturalmente, la obligación mínima de no retroceder, o en todo caso, sustentar por qué ha tomado un camino y no otro, justificando siempre la elección de las medidas tendientes hacia dicha realización.<sup>16</sup>

Ahora bien, la textura abierta con la que suelen estar redactadas las normas que contienen derechos sociales no fue ajena a las disposiciones del PIDESC, de modo que, en sus inicios, la vaguedad de su articulado obstaculizaba la medición del grado de cumplimiento de los Estados Parte en los compromisos asumidos. Las preguntas que saltaban a la vista eran del tipo ¿Cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones estatales debidas? ¿Qué características debe tener una vivienda para que pueda ser considerada como digna y adecuada? ¿Qué acciones son necesarias y suficientes para que los Estados cumplan con sus obligaciones de garantizar el derecho al más alto nivel posible de salud? ¿Qué criterios se deben atender para hablar de la garantía del derecho a recibir una educación de calidad? En un esfuerzo por responder estas interrogantes, el Comité ha establecido con cierta precisión, a través de sus Observaciones Generales, las principales obligaciones de los Estados en la satisfacción de estos derechos. Hoy por hoy, dichas Observaciones Generales se han constituido en una especie de jurisprudencia internacional sobre las normas consagradas no solo en el PIDESC, sino también en otros instrumentos internacionales como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante, CADH) y su Protocolo Adicional denominado *Protocolo de San Salvador*, instrumentos que, para muchos Estados, como el caso de Ecuador, gozan de la misma jerarquía que la Constitución.<sup>17</sup>

Aún más, el Comité ha introducido dos conceptos, a través de su Observación General No. 3, que son de especial relevancia para la comprensión de las obligaciones contraídas por los Estado parte. El primero es el *principio de no regresividad*, en virtud del cual “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo... requerirán la

---

<sup>15</sup> Naciones Unidas. *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. (s.f). No. 3, Puntos 1 y 2. Disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3).

<sup>16</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002), 79.

<sup>17</sup> La Constitución ecuatoriana, por ejemplo, otorga la máxima jerarquía normativa a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional sino también la violación de la Constitución misma.

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 de que se disponga”.<sup>18</sup>

El segundo es el concepto de la *obligación mínima* de los derechos:

Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata... Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.<sup>19</sup>

Como se observa, la noción de la obligación mínima parte del reconocimiento de que para construir sociedades moralmente decentes, los Estados tienen la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles a efectos de garantizar que todas las personas cuenten con aquellas mínimas condiciones de subsistencia que, ni siquiera en circunstancias de relativa escasez económica, pueden soslayarse, pues “si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca ninguna obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser”.<sup>20</sup> Por lo tanto, existe un piso para los Estados Parte que marca el rumbo de las obligaciones debidas, no solo en relación a la protección de cada uno de los derechos contenidos en el PIDESC, sino también a un sector poblacional que se constituye en el mínimo de ciudadanos que deben recibir una atención prioritaria aún en época de recesión o crisis económica.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Naciones Unidas. *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. s.f. , No. 3, párrafo 9. Disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3).

<sup>19</sup> *Ibíd.*, La índole de las obligaciones de los Estados parte.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, párrafo 10.

<sup>21</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 92. En este mismo sentido, la Constitución ecuatoriana establece en su Art. 35 que “las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres

Dado que las obligaciones emanadas del PIDESC y de las Observaciones Generales expedidas por el Comité son de carácter prescriptivo, en el contexto latinoamericano unos Estados se han hecho eco de estas directrices acuñando el concepto del derecho al *mínimo vital*. La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, ha sido pionera en este ámbito, pues a pesar de que en su Constitución -vigente desde 1991- no se reconoce expresamente un derecho de esta naturaleza, en una decisión adoptada en 1992 por el magistrado Eduardo Cifuentes se acuñó el término de “mínimo vital” como una derivación lógica de la definición del Estado colombiano como *Estado Social de Derecho* y del principio de la dignidad humana, consagrados en su Art. 1.<sup>22</sup> A partir de ahí, la doctrina del mínimo vital ha sido citada en una multiplicidad de fallos de la Corte Constitucional colombiana para argumentar en favor de la protección jurisdiccional de los derechos sociales.

Desde esta doctrina se entiende que, al igual que la dignidad humana es indivisible, los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, son inseparables y exigen un trato igualitario.<sup>23</sup> Unos y otros son interdependientes, de modo tal que la violación de los segundos supone siempre una violación de los primeros. Así, por ejemplo, el respeto de los derechos a la vida y a la integridad personal presupone, en todos los casos, la garantía de unos mínimos estándares de salud, techo o alimento sin los cuales sencillamente no se podría subsistir.<sup>24</sup> Pero a pesar de la obviedad de esta premisa, el concepto de la obligación mínima no aparece en todas las Constituciones de los Estado Parte de forma explícita, ni mucho menos ha sido aceptado pacíficamente en la doctrina ius-filosófica. Las falacias que giran en torno a la negación de esta tesis de la interdependencia descansan en una concepción bastante liberal sobre la “esencia” de ambas tipologías de derechos, así como en la clásica distinción entre derechos de primera y segunda generación.

A breves rasgos, los críticos de la teoría de la interdependencia sostienen que los derechos civiles y políticos son derechos de carácter negativo, esto es, que requieren de

---

naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”

<sup>22</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 207.

<sup>23</sup> Albert Noguera Fernández. «El debate en torno a los derechos sociales», 32.

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, la Constitución ecuatoriana determina en su Art. 11 numeral 6 que “todos los derechos reconocidos en ella son interdependientes y de igual jerarquía”; la Constitución venezolana indica en su Art. 19 que “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (...)”; y la Constitución boliviana en su Art. 13.1 establece que “los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.”

abstenciones o no intervenciones de los órganos estatales para ser realizados, de modo que su cumplimiento es gratuito o cuasi-gratuito. Por ejemplo, para respetar la libertad de expresión el Estado solo debe dejar que la gente se exprese; para respetar la libertad de reunión el Estado solo debe permitir que la gente se reúna; o para respetar los derechos políticos el Estado solo debe consentir en que la gente pueda elegir y ser elegida, y así sucesivamente. Igualmente, desde esta perspectiva, se piensa que los derechos sociales son eminentemente prestacionales, esto es, que requieren de acciones positivas por parte del Estado, de modo que para garantizar, por ejemplo, los derechos a la educación o salud gratuitas, el Estado debe construir escuelas y hospitales, así como pagar a los maestros y profesionales de la salud encargados de brindar dichos servicios, lo cual implica el uso de recursos del erario público para cumplir con estas tareas.

Desde otra perspectiva, esta asimilación entre derechos civiles y políticos como derechos de no interferencia, y derechos económicos, sociales y culturales como derechos prestacionales, ha sido atacada por una serie de constitucionalistas que argumentan que ambos tipos de derechos requieren tanto de acciones positivas como negativas. Por ejemplo, los derechos políticos requieren de una importante logística, inversión de sistemas de conteos y mecanismos de transparencia y veedurías ciudadanas, y los derechos civiles como la libertad de asociación, el acceso a la justicia o la libertad de expresión, requieren invertir en la existencia y mantenimiento de instituciones que hagan jurídicamente relevante el acto de asociarse, dicten sentencias que pongan fin a las controversias o garanticen el adecuado equilibrio entre la libertad de opinar y el derecho a la honra de los demás. Como sostienen Abramovich y Courtis:

Aún aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de obligación negativa... por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran en la libertad y al restablecimiento de la reparación del perjuicio una vez producida la interferencia indebida.<sup>25</sup>

Por su parte, la exigencia básica para la garantía de derechos como la educación, la salud o la vivienda digna, tiene su sustento en el principio de no discriminación, de modo que, en ocasiones, tan solo bastará con hacer respetar este principio -el cual reclama la abstención u obligación negativa de no discriminar- para cumplir con la satisfacción de estos derechos. Como veremos después, existen muchos casos en los que, a menudo, la satisfacción de los derechos sociales requiere tan solo que los

---

<sup>25</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 24.

tribunales impidan que el Estado o un particular tome alguna medida que amenace con situar a una persona o grupo de personas en una situación de desventaja no justificada, de modo que la aplicación judicial se limita a corregir la actividad estatal discriminatoria con una obligación de *no hacer*.

En virtud de ello, los autores mencionados han formulado un esquema de cuatro niveles de obligaciones que son aplicables a todo el espectro de los derechos: *obligaciones de respeto*, que se definen por el “deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen objeto del derecho”; *obligaciones de protección*, que consisten en “impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes”; *obligaciones de satisfacción*, que suponen “asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede por sí mismo”; y *obligaciones de promoción*, que se caracterizan por el deber de “desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien”.<sup>26</sup>

Estos cuatro niveles de obligaciones se conectan con lo que, desde el Comité, se ha convenido en denominar como *elementos esenciales* de los derechos, a saber: *accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad y calidad*, términos que fueron acuñados en 1999 por Katarina Tomasevski -a esa fecha la Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación de Naciones Unidas- con la finalidad de identificar al conjunto de elementos que conforman el marco jurídico adecuado para la realización de las obligaciones mínimas.<sup>27</sup>

La *disponibilidad* supone “garantizar la suficiencia de los servicios, instalaciones, mecanismos, procedimientos o cualquier otro medio por el cual se materializa un derecho”; la *accesibilidad* se refiere a la posibilidad de que el titular del derecho pueda acceder a dichos bienes y servicios sin discriminación alguna; la *aceptabilidad* alude al consentimiento del titular en relación a los medios o estrategias elegidas para su implementación; y la *calidad* implica el aseguramiento de que los bienes y/o servicios objeto del derecho cuenten con las propiedades y/o requerimientos óptimos para su materialización.<sup>28</sup>

Ahora bien, un tema que aún permanece latente en las discusiones sobre la garantía de los derechos sociales es la cuestión de su titularidad. Partiendo de la doctrina de la obligación mínima o mínimo vital, que pone su acento en los grupos más

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*, 29.

<sup>27</sup> Sandra Serrano y Daniel Vásquez. *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. (México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011), 47.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, 48-50.

necesitados de la sociedad, otros autores han afirmado que los derechos sociales no serían derechos universales, sino más bien derechos específicos de las personas que no tienen la capacidad económica para satisfacer las necesidades de que son objeto esos derechos. Robert Alexy, por ejemplo, ha sostenido que los derechos sociales son “derechos del individuo frente al Estado a algo que, si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de los particulares.”<sup>29</sup>

El confuso teórico de este tipo de posturas radica, nuevamente, en reducir los derechos sociales a derechos prestacionales, cuando en realidad los mismos comportan tanto obligaciones positivas como negativas. Así, por ejemplo, la garantía del derecho a la vivienda digna puede requerir de un plan estatal de inversión en soluciones habitacionales, pero, en otras ocasiones, tan solo bastará con un acto administrativo o judicial tendiente a frenar un desalojo forzoso, etc.

Además, el hecho de considerar a los derechos sociales como derechos específicos de las personas que no tienen la capacidad para adquirir los bienes o servicios de que son objeto esos derechos, esconde una visión en donde éstos suelen obtenerse como mercancías en un contexto de mercado, lo cual resulta profundamente contra-intuitivo, por dos razones. Primero, porque la formulación de los derechos sociales como derechos específicos -no universales- no consta reflejada en ningún instrumento internacional de derechos humanos ni tampoco es común en las diversas Constituciones del mundo occidental, y segundo, porque si nos tomamos en serio dicha formulación, los derechos sociales quedarían reducidos a un acto de beneficencia estatal para las personas que se hayan vuelto “incapaces” de adquirirlos por sus propios esfuerzos, constituyéndose, ni más ni menos, en un señalamiento del fracaso social de quienes se hacen “acreedores” a dichas prestaciones.<sup>30</sup>

Por ello, si bien la doctrina de la obligación mínima o mínimo vital insta a los Estados a desarrollar políticas públicas con una “opción preferencial por los pobres”, de ello no se sigue que los Estados no deban garantizarlos para el conjunto de la sociedad, pues de ser así se estaría violando el principio de no regresividad. En suma, los derechos

---

<sup>29</sup> Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 443.

<sup>30</sup> Carlos Lema Añón. «La disputada universalidad de los derechos sociales, entre asistencialismo y desmercantilización.» En *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, de Silvina Robotta y Andrés Rossetti (Madrid: Dykinson S.L., 2010), 85-88.

sociales se garantizan para todas las personas -de forma universal- o simplemente dejan de ser derechos humanos.

## 1.2 Tipos garantías para los derechos sociales

Cuando decimos que una persona tiene derecho a algo, queremos significar que ésta se encuentra protegida por una legítima expectativa de que los demás (digamos, el Estado o los particulares) hagan o dejen de hacer algo que pueda afectarle. Por ello, para que los derechos puedan ser realmente exigibles, esto es, para que no se vuelvan “letra muerta”, deben existir *garantías* que permitan a sus titulares exigir su cumplimiento. Pero los derechos siempre existen con independencia de sus garantías, y es por ello que cuando hablamos de la inexistencia de estas últimas, lo que hacemos es señalar la presencia de *lagunas* en el ordenamiento jurídico que es necesario colmar, a fin de que los derechos puedan ser exigibles.

El rasgo más distintivo del constitucionalismo contemporáneo radica precisamente en el reconocimiento de las garantías de los derechos, las cuales son de muy diversa índole, como diversos son los órganos e instituciones que tienen la obligación de intervenir en su protección. La Constitución ecuatoriana, por ejemplo, recoge un amplio abanico de garantías que integra distintos tipos o niveles de tutela jurídica: garantías normativas, institucionales, de políticas públicas y jurisdiccionales.<sup>31</sup>

Las garantías normativas son aquellas normas tendientes a que los derechos constitucionales funcionen como diques de contención frente a los posibles abusos de los poderes públicos, en un doble sentido: desarrollando el contenido de los derechos y - al propio tiempo- previniendo las limitaciones arbitrarias o no justificadas a los mismos. El Art. 84 de la Constitución lo señala claramente:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrán la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los instrumentos 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.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Juan Montaña Pinto. «Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales» En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, de Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (Quito: V y M Gráficas, 2012), 27.

<sup>32</sup> Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador* (Quito: Registro Oficial No. 449, 2008), Art. 84.

En esa línea, existen algunos preceptos de la Carta Magna que se insertan dentro de esta categoría de “garantías normativas”, ya porque desarrollen el contenido de los derechos, ya porque previenen que éstos se limiten de forma injustificada. Entre ellas tenemos, por ejemplo, el principio de *supremacía de la Constitución*, instituido en sus artículos 424 y 3 numeral 1, en virtud del cual, en caso de conflicto entre el texto de la Constitución y otra norma del ordenamiento jurídico, prevalece -en todos los casos- la primera; el *deber de respeto a los derechos* determinado en el artículo 11 numeral 9, que señala que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”; la *rigidez o inalterabilidad constitucional* contenida en el artículo 11 numeral 4, que establece unos procedimientos de reforma del texto constitucional bastante rigurosos, así como una prohibición de restricción del contenido de los derechos; y, finalmente, la obligación de *reparación integral* definida en el inciso 2 de este último numeral, que prescribe la obligación del Estado de reparar las violaciones a los derechos, procurando, en la medida de lo posible, volver al estado de cosas anterior a la consumación del daño.<sup>33</sup>

Las garantías institucionales, por su parte, son las que aseguran un cierto grado de autonomía a instituciones u organizaciones, a fin de que pueda funcionar el sistema de frenos y contrapesos. La garantía institucional por excelencia es el *principio de separación de poderes*, el cual evita la concentración del poder en una sola persona o función del Estado. A ésta se le suman, como reductos indisponibles para el legislador, el reconocimiento del *carácter laico del Estado*, con el que se persigue la secularización de la sociedad y, con ello, el reconocimiento de la libertad de cultos y de conciencia; el *principio de constitucionalidad de las normas*, por medio del cual todos los actos públicos deben estar subordinados a la realización de los mandatos constitucionales; la existencia del *control de constitucionalidad*, a través del cual se establece un órgano de cierre llamado la Corte Constitucional que se erige en el máximo intérprete de la Constitución y vela por el respeto de los derechos en ella consagrados. Finalmente, la existencia de la *defensoría del pueblo* y la *defensoría pública*. La primera, encargada de la promoción, ejercicio, divulgación y vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos; la segunda, encargada del patrocinio de aquellas personas que, por su condición socio-económica o de otra índole, no puedan sufragar los gastos de un abogado privado que defienda sus derechos ante los tribunales de justicia.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*, 28-29.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, 29-33.

En tercer lugar tenemos las garantías de políticas públicas. Éstas persiguen que la formulación, ejecución y evaluación de políticas y servicios públicos se orienten hacia la eficacia de los derechos constitucionales y, especialmente, hacia la satisfacción de los derechos sociales, de modo tal que si la puesta en práctica de una política pública vulnera o amenaza con vulnerar estos derechos, la política debe reformularse o cambiarse, incluyendo en la programación del presupuesto la participación activa de las personas o grupos directamente afectados.<sup>35</sup> A este respecto, es importante señalar que desde el sistema interamericano de derechos humanos, la OEA ha creado un grupo de trabajo (en adelante, GT) con la finalidad de vigilar el cumplimiento de los derechos sociales establecidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (o Protocolo de San Salvador), en donde con mucha pertinencia se ha establecido, al igual que en el PIDESC, que:

Los Estados Parte... se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.<sup>36</sup>

Al tenor de lo establecido en el Reglamento que regula las actividades del GT, éste se conforma por cinco miembros que sesionan de forma ordinaria en dos ocasiones por año, y de forma extraordinaria cada vez que lo consideren necesario. El GT revisa los informes emitidos por los Estados Parte, en donde éstos indican cuáles han sido las “medidas legislativas, judiciales y administrativas que hubieren adoptado con el propósito de hacer efectivos los derechos consagrados en el Protocolo y [ponen en conocimiento] los progresos logrados en la implementación de estos derechos”, todo lo cual se debe justificar a la luz de los principios de progresividad y no regresividad, explicando, de ser el caso, las razones por las cuales se ha retrocedido en ciertos aspectos o no se ha avanzado lo suficiente. Adicionalmente, el GT tiene la facultad de solicitar “contra-informes” a organizaciones de la sociedad civil que permitan contrastar la información recibida por los Estados Parte, e incluso desarrollar visitas *in situ* para obtener información de primera mano. Luego del análisis correspondiente, el GT presenta sus conclusiones preliminares a cada Estado, los cuales efectúan comentarios dentro de un término de sesenta días contado desde su fecha de recepción.

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*, 33-34.

<sup>36</sup> OEA. *Protocolo de San Salvador*. 1969. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>.

Posteriormente, el GT arriba a las conclusiones finales, las mismas que “son notificadas al Estado Parte mediante una comunicación escrita y en una reunión con el Representante Permanente acreditado ante la OEA”, y solo después de ello se hacen públicas.<sup>37</sup>

Finalmente tenemos a las garantías jurisdiccionales, que, como su nombre lo indica, son aquellas que se ejercen ante los órganos de justicia, y se conforman por una serie de instrumentos procesales que permiten a los ciudadanos la tutela directa de sus derechos constitucionales.<sup>38</sup> En términos generales, podemos afirmar que cuando hablamos de la *justiciabilidad* de un derecho, hacemos referencia a la posibilidad de que el titular éste, en caso de incumplimiento de la obligación debida, active la vía jurisdiccional a través de una demanda, a fin de producir el dictado de una sentencia que imponga su cumplimiento.<sup>39</sup>

Desde una concepción conservadora acerca del papel institucional del poder judicial y la separación de poderes, algunos autores han sostenido que derechos como la educación, la salud, la vivienda, la seguridad social, etc., no son susceptibles de ser reclamados judicialmente, sino tan solo los derechos civiles y políticos. En general, el debate acerca de la justiciabilidad de los DESC se circunscribe a dos cuestiones principales: la cuestión de la *legitimidad*, que pretende responder a la pregunta ¿deben los jueces actuar para garantizar los derechos sociales? Y la cuestión de la *capacidad*, que pretende responder a la pregunta ¿pueden los jueces actuar para garantizar derechos sociales?<sup>40</sup>

La postura conservadora descrita anteriormente asume que el Poder Judicial no debe desempeñar un rol activo en la implementación de los derechos sociales, puesto que, de lo contrario, los jueces podrían inmiscuirse en áreas que conciernen únicamente a las ramas políticas, sobre todo en lo que hace a la organización y distribución de los recursos. Así, al no ser los jueces servidores elegidos por el pueblo -y por tanto, al permanecer blindados del escrutinio público de los mandantes- el permitir que éstos doten de contenido a los derechos sociales supondría una “grave afrenta para nuestras

---

<sup>37</sup> OEA. *Reglamento del Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador*. Disponible en <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/reglamento-procedimiento-gtpss.pdf>.

<sup>38</sup> Juan Montaña Pinto. «Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales.», 34-35. En este sentido, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en su artículo 6 que las garantías jurisdiccionales buscan la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

<sup>39</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 37-38.

<sup>40</sup> Albert Noguera Fernández. «El debate en torno a los derechos sociales», 39-40.

convicciones democráticas”, ya que terminarían reemplazando a los legisladores y, lo que es peor, a la propia ciudadanía en muchas de sus funciones más relevantes. Lo anterior nos llevaría al “vaciamiento” de nuestro sistema democrático, e impondría la “dictadura de los jueces” al tener éstos la última palabra sobre temas tan sensibles como la organización en materia económica y social de la comunidad,<sup>41</sup> cuestiones que requerirían de un especial entrenamiento en materia de planificación de las políticas públicas y que, por lo tanto, escapan de su dominio. Como corolario de lo anterior, resulta improbable que, en la práctica, los jueces apliquen los derechos sociales, pues éstos no estarían dispuestos a cumplir con compromisos que fueran más allá de su capacidad real, ni tampoco a desafiar a las ramas políticas que, eventualmente, podrían sancionarlos por arrogación de funciones.<sup>42</sup>

Los críticos de esta postura han argumentado que, en ocasiones, los clásicos derechos de libertad, civiles y políticos, también pueden requerir de los jueces el asumir complejas estrategias de exigibilidad, y que muchas veces éstos no gozan de la legitimidad y la capacidad suficientes para llevarlas adelante. Por contrapartida, en ocasiones los jueces pueden aplicar los derechos económicos, sociales y culturales sin provocar problemas excesivamente complejos que afecten su legitimidad o que pongan en tela de duda su capacidad, como por ejemplo, proveyendo remedios específicos para una persona o conjunto de personas a través de un litigio individual,<sup>43</sup> o simplemente estableciendo que un derecho ha sido violado pero dejando la modalidad de reparación al arbitrio de las ramas estrictamente políticas. Actuando de este modo, los jueces se deslindan de la necesidad de intervenir de forma más agresiva en las políticas públicas, haciéndose cargo de sus déficits de capacidad y legitimidad democrática.

Pero aún en el caso en el que los jueces se ven abocados a decidir sobre cuestiones de litigio estructural que puedan incidir en la conformación o modificación de una política pública, habría que decir que para hacer posible el propio juego democrático, esto es, para que la ciudadanía tenga una genuina participación en la toma de decisiones que le afectan, se requiere respetar ciertos derechos básicos que son pre-condiciones de su validez, y que es misión de los jueces garantizar ese respeto. Esto es así porque, en términos institucionales, al ser los jueces los que reciben las demandas de

---

<sup>41</sup> Roberto Gargarella. «Justicia y Derechos Sociales: Lo que no dice el argumento democrático.», en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, de Lucas Arrimada, Federico Orlando y Nadia Rzoncinsky (Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A., 2009), 965-966.

<sup>42</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 195.

<sup>43</sup> *Ibíd.*

quienes se sienten dejados de lado del proceso de toma de decisiones, éstos se sitúan en una posición privilegiada para despejar los canales de discusión necesarios para alertar a los órganos políticos de las incorrecciones e injustificadas parcialidades de sus resoluciones.

Por ello, si partimos más bien de una concepción *deliberativa* de la democracia - propia de los modernos Estados Constitucionales- debemos sostener que las intervenciones judiciales en materia de litigio estructural, entendidas como aquellas en las que los jueces emiten órdenes amplias, destinadas a reformar la práctica institucional de los órganos burocráticos, no solo que no constituyen una invasión injustificada en la esfera de competencias de estos últimos, sino que, por el contrario, “profundizan la democracia, en lugar de erosionarla”<sup>44</sup>, al aplicar o poner en marcha los derechos sociales antes que asumir un papel pasivo, incapaz de cuestionar los déficits del sistema político. Por ello, en todos los casos en los que se verifique un bloqueo o “estancamiento institucional” que frustra la realización de los derechos sociales, el poder judicial debe intervenir para despertar de la inercia a los poderes legislativos y de gobierno en la implementación de las políticas públicas, custodiando el sistema político y favoreciendo la deliberación democrática, a fin de que todos los potencialmente afectados intervengan en la toma de las decisiones.

Ahora bien, desde esta perspectiva judicial activista, un problema recurrente es que las decisiones judiciales suelen limitarse al momento del acceso a la jurisdicción y la posterior emisión de sentencias que desarrollan órdenes muy pormenorizadas para los órganos incumplidores, pero que pierden total efectividad en su fase de ejecución. Siguiendo a Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, sostendré que quizás el más grande déficit de la literatura sobre derechos sociales es haberse concentrado en la fase de producción de los fallos, “pasando de largo una cuestión igualmente importante para la protección eficaz de los derechos: la implementación de las sentencias, fase en la que se juegan sus efectos prácticos.”<sup>45</sup> De ahí que a la tipología de garantías constitucionales señaladas en líneas anteriores, podemos agregar un quinto tipo de garantías a las que, para los efectos de este trabajo, denominaremos como *garantías de ejecución*, a fin de

---

<sup>44</sup> César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco. «Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia.» En *La protección judicial de los derechos sociales*, de Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Quito: V y M Gráficas, 2009), 326.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, 322.

referirnos a aquellos mecanismos de seguimiento del cumplimiento de las sentencias judiciales.

Ahora bien, por algunas de las consideraciones expuestas, la discusión sobre la inclusión -o no- de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos justiciables ha pasado a un segundo plano. Lo que en la actualidad se discute con bastante avidez son más bien los mecanismos a través de los cuales los jueces pueden -o deben- comprometerse con la garantía de estos derechos. Algunos críticos de la justiciabilidad de los derechos sociales han sostenido que aún en el caso de que éstos estuviesen constitucionalmente consagrados, los déficits de legitimidad y capacidad de las Cortes las volverían tan inermes que nada harían al respecto.<sup>46</sup> Sin embargo, la realidad demuestra que esta nueva mirada sobre el papel de los jueces en la garantía de los DESC, “no solo no es meramente teórica o académica, sino que no es descriptiva de muchas de las mejores acciones llevadas adelante por los tribunales más activistas...”<sup>47</sup>

Básicamente, existen cuatro modelos que han sido utilizados en los países con una tradición judicial más robusta en la garantía de los derechos sociales: la revisión judicial débil, los mandatos negativos, la aplicación individual y la aplicación estructural.

### **1.3 Revisión judicial débil**

La característica esencial de la *revisión judicial débil* radica en la acentuada deferencia de los jueces hacia las ramas políticas. Los jueces declaran la vulneración de un derecho social y establecen el *qué* se debe hacer para remediarlo, pero dejan a criterio de los órganos políticos el *cómo* llegar hacia ese objetivo.

Quizás una de las experiencias más demostrativas del funcionamiento de este modelo es la de la Corte Constitucional sudafricana. Cientos de libros se han escrito sobre las icónicas sentencias expedidas por dicho tribunal de justicia, siendo las más estudiadas y admiradas la de los casos *Grootboom*, en donde los jueces mandaron a los órganos políticos a diseñar un plan progresivo y razonable de soluciones habitacionales destinado a “proveer alivio a personas que no tienen acceso a la tierra, carecen de techo

---

<sup>46</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 153.

<sup>47</sup> Roberto Gargarella. «Justicia y Derechos Sociales: Lo que no dice el argumento democrático.», 970.

sobre sus cabezas y viven en condiciones intolerables”<sup>48</sup>, y *Campañas de Acción de Tratamiento*, en donde los jueces conminaron al gobierno al desarrollo de un “programa comprehensivo y coordinado para implementar progresivamente el derecho de mujeres embarazadas a tener acceso a servicios de salud para combatir la transmisión del VIH de madre a hijo”.<sup>49</sup>

En el caso Grootboom se resolvió sobre la situación de casi un millar de personas pobres que fueron desalojadas de unas tierras privadas no ocupadas en la provincia del Cabo Occidental. Si bien a los accionantes se les había prometido beneficiarse con un plan de viviendas municipales subsidiadas, la mayoría de ellos no tenía la expectativa de financiar una solución habitacional en el corto plazo, pues el Estado los tenía en lista de espera durante más de siete años. Cuando el propietario del inmueble obtuvo la orden de desalojo, las casas de Irene Grootboom y el resto de los accionantes fueron demolidas, y muchos de ellos se instalaron en un estadio público de fútbol, en condiciones aún más precarias. Los desalojados demandaron la violación de su derecho constitucional a una vivienda adecuada, exigiendo al gobierno que les proveyera de un refugio temporal hasta que pudieran obtener una vivienda permanente.

En su demanda invocaron el artículo 26 de la Constitución sudafricana que prescribe que el Estado tiene la obligación de “adoptar medidas legislativas y otro tipo de medidas razonables, para lograr la realización progresiva del derecho dentro de los recursos disponibles” y argumentaron que el privar a las personas más necesitadas de una vivienda adecuada no era, bajo ningún punto de vista, una medida razonable.

Dado que la demanda se había efectuado en un contexto donde el gobierno ya había trazado un programa para la construcción de viviendas de bajo costo, la idea era que el plan existente se reformule, a fin de que vuelva posible la oportunidad de una vivienda para las personas en situación de mayor necesidad. Sin embargo, la Corte se rehusó a ordenar una reparación específica para los accionantes. En su lugar, interpeló al gobierno a que diseñe una política encaminada a proporcionar una solución habitacional para todos los desalojados pero sin fijar ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar en la que dicha obligación debía de ser cumplida. Así, la Corte sorteó sus déficits de legitimidad y capacidad actuando de forma deferente y dejando a la

---

<sup>48</sup> *The Government of the Republic of South Africa and Others vs Irene Grootboom and Others*. Caso No. CCT 11/00 (Corte Constitucional de Sudáfrica, 4 de Octubre de 2000). Sentencia completa disponible en [http://ipasa.co.za/Downloads/Health%20Case%20Law%20/Cases%20relevant%20for%20health%20issues/Grootboom%20\(access%20to%20housing\).pdf](http://ipasa.co.za/Downloads/Health%20Case%20Law%20/Cases%20relevant%20for%20health%20issues/Grootboom%20(access%20to%20housing).pdf)

<sup>49</sup> *Minister of Health and Others vs Treatment Action Campaign and Others*. Caso No. CCT 9/12 (Corte Constitucional de Sudáfrica, 5 de Julio de 2002).

discrecionalidad de las ramas políticas la elección de la medida más razonable para cumplir con el objetivo de la sentencia.

Constitutionalistas americanos como Mark Tushnet y Cass Sunstein han sostenido que el caso *Grootboom* es el ejemplo perfecto de cómo la judicatura puede aplicar directamente los derechos sociales, al tiempo que es respetuosa de las competencias de las ramas políticas. A criterio de estos autores, Sudáfrica sería un buen ejemplo de cómo puede reconciliarse, por un lado, el activismo judicial en la garantía de los derechos sociales, y por otro, los déficits de legitimidad y capacidad que impiden a los jueces entrar a analizar complejas situaciones de política pública.<sup>50</sup> Tushnet afirmó que, con *Grootboom*, la Corte Constitucional sudafricana rechazó acertadamente esa “versión fuerte” de la garantía judicial de los derechos sociales propuesta por la doctrina de la obligación mínima o mínimo vital.<sup>51</sup> Dado que dicha doctrina promueve la provisión de una mínima cantidad de salud o vivienda para todos los que se encuentren en una situación de necesidad desesperada, pensar que la justiciabilidad de los derechos sociales debe tomar la forma de órdenes coercitivas hacia los órganos políticos es un equívoco, ya que permitiría que las Cortes “comiencen a resolver sobre todo, imponiendo impuestos y decidiendo cómo se debe invertir los recursos públicos.” Por ello, esta propuesta de *revisión judicial débil*, a través de la cual la Corte aplica los derechos sociales detallados en la Constitución, pero dejando a los órganos políticos un amplio margen de maniobra respecto de cómo llevar adelante la solución, es, para Tushnet, la mejor manera de sortear los déficits de capacidad y legitimidad democrática de los jueces.

[La revisión judicial débil] reconoce de mejor forma dos características de los modernos Estados Constitucionales... la existencia de razonables desacuerdos sobre lo que un derecho constitucional en abstracto significa en un contexto particular, y las imperfecciones de los poderes político y judicial a la hora de arribar a la mejor especificación de los derechos constitucionales.<sup>52</sup>

En el mismo sentido, Cass Sunstein sostuvo que, habiendo tomado partido en el diálogo entre los demandantes y el Estado, la Corte Constitucional sudafricana encontró un “punto intermedio” entre mantener a los DESC como no justiciables y obligar a los

---

<sup>50</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 197.

<sup>51</sup> Dentro del caso, el juez Yacoob rechazó la doctrina de la obligación mínima argumentando que “el Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas] desarrolló el concepto de la obligación mínima a lo largo de muchos años examinando reportes de los Estados parte. Pero esta Corte no cuenta con una información comparable”.

<sup>52</sup> Mark Tushnet. *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law* (Princeton University Press, 2008), 228-243.

jueces a “crear un deber absoluto” de satisfacerlos de forma inmediata. Así, la Corte había garantizado el derecho de “promover cierto tipo de deliberación... como resultado de dirigir la atención política hacia intereses que de otro modo serían ignorados en la vida política ordinaria”<sup>53</sup>.

Sin embargo, la revisión judicial débil implementada en el caso Grootboom, que en la literatura académica ha sido señalado como un caso canónico sobre la posibilidad de exigencia directa del derecho a la vivienda y como “ejemplo de las enormes posibilidades que tiene la justicia de avanzar... en el examen de medidas y políticas públicas en el área social”<sup>54</sup>, en la realidad demostró ser absolutamente ineficaz para reparar el daño ocasionado a las víctimas. El gobierno de Sudáfrica tardó un año en determinar cuál entidad sería la encargada de redactar la nueva política, y una vez elaborada anunció que la entrega de las viviendas se desarrollaría en diez etapas, empezando por las comunidades más necesitadas.<sup>55</sup> A la comunidad de Irene Grootboom se la colocó en la etapa cuatro, y no fue sino hasta el año 2012 cuando a los sobrevivientes de dicha comunidad se los dotó de una vivienda -la señora Grootboom y muchos otros de los accionantes murieron sin haber dejado de vivir en una choza.

Algunos autores han atribuido el fracaso del caso Grootboom al hecho de que el cumplimiento del fallo no estuvo acompañado de movimientos de la sociedad civil que marcaran presión sobre los órganos burocráticos a fin de implementar la política pública ordenada por los jueces. En esa línea, por ejemplo, Adam Chilton y Mila Versteeg han contrastado el caso Grootboom con otro de los casos paradigmáticos de la Corte Constitucional sudafricana: *Campañas de Acción de Tratamiento (Treatment Action Campaign o TAC)* para demostrar que sin la existencia de “una variedad de estrategias de movilización... es poco probable que el litigio por sí solo gane la batalla.”<sup>56</sup>

El caso fue incoado por una ONG que llevó adelante una campaña para combatir la transmisión del VIH de madres embarazadas a sus hijos. La ONG demandó al Estado para que adquiriera Nevirapine, una droga que inhibía sustancialmente la transmisión del virus, reduciendo el riesgo de contagio del 25% al 12%. A pesar de que el fabricante de la droga había ofrecido proveer sin ningún costo la mayor cantidad de nevirapine como le fuera posible, el gobierno limitó el suministro de la medicina a un número limitado de

---

<sup>53</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 197.

<sup>54</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 166.

<sup>55</sup> Adam Chilton y Mila Versteeg. *From Parchment to Barriers: How Constitutional Rights can make a difference* (Oxford University Press, sin publicar), 215.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, 216.

sitios experimentales, alegando que no existía una información confiable sobre los efectos de la droga a largo plazo. Además, el gobierno arguyó que la administración de nevirapine en las dosis adecuadas requería de un asesoramiento por parte de personal médico capacitado de los hospitales públicos, lo cual implicaba que dicho personal debía realizar un trabajo adicional y se vería en la necesidad de desviar su atención de otras tareas más apremiantes.<sup>57</sup>

La Corte consideró que la postura del gobierno violaba el derecho constitucional a la salud, y le ordenó que “sin dilaciones... elimine las restricciones sobre la distribución del medicamento en los hospitales públicos”<sup>58</sup>, así como que desarrollara un “programa nacional completo y eficaz para prevenir o reducir la transmisión del VIH de madre a hijo, incluida la provisión de asesoramiento y pruebas voluntarias...”<sup>59</sup> A pesar de que el gobierno había mostrado su preocupación de que el suministro generalizado del nevirapine permita al virus crear resistencia al medicamento, la Corte respondió que “tomando en consideración la naturaleza amenazante del VIH, vale la pena correr ese riesgo”.<sup>60</sup>

Chilton y Versteeg han sostenido que, a diferencia del caso Grootboom, la sentencia de la Corte en el caso TAC fue cumplida de forma inmediata. Antes de la expedición de la sentencia los pacientes organizaron marchas alrededor de las ciudades más importantes del país, “incluida una vigilia de aproximadamente 600 voluntarios usando camisetas con el estampado 'Positivo, VIH Sida' durante toda una madrugada fuera de la Corte”, pero aún después de la resolución a su favor, los accionantes continuaron monitoreando la implementación del fallo, sosteniendo reuniones con autoridades del gobierno e interponiendo acciones de desacato en las provincias que aún no habían cumplido con lo ordenado.<sup>61</sup> Por otro lado, Tushnet ha asegurado que el éxito del caso TAC radicó más bien en que la decisión de la Corte no trajo consecuencias presupuestarias importantes, ya que el propio fabricante había proporcionado la

---

<sup>57</sup> Mark Tushnet. *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 245.

<sup>58</sup> *Minister of Health and Others vs Treatment Action Campaign and Others*. Caso No. CCT 9/12 (Corte Constitucional de Sudáfrica, 5 de Julio de 2002).

<sup>59</sup> *Ibíd.*

<sup>60</sup> *Ibíd.*

<sup>61</sup> Adam Chilton y Mila Versteeg. *From Parchment to Barriers: How Constitutional Rights can make a difference*, 217.

medicina sin costo para el gobierno, cosa que no habría ocurrido con el caso Grootboom.<sup>62</sup>

No obstante, esta ventaja presentada en el caso TAC, en donde los efectos fiscales no fueron de gran envergadura, hacen que éste deba necesariamente considerarse como un caso aislado. En las decisiones posteriores de la Corte Constitucional sudafricana, en donde precisamente por el fuerte impacto en la política pública los jueces han optado por el modelo de la revisión judicial débil -como en Grootboom-, el nivel de cumplimiento de los órganos políticos ha fracasado estrepitosamente. Al no existir órdenes judiciales que establezcan incentivos y plazos para avanzar en la protección de los derechos vulnerados, esta estrategia de exigibilidad judicial de los DESC ha aportado poco o nada en la generación de transformaciones sociales.

#### **1.4 Mandatos negativos**

En los *mandatos negativos*, los jueces manejan la tensión generada por sus déficits de capacidad y legitimidad democrática a través de la expedición de fallos que declaran la inconstitucionalidad de una medida adoptada por los órganos políticos, pero sin imponer la implementación de una acción positiva que obligue a la provisión de algún servicio. Como ha sostenido David Landau, el remedio, en este caso, es una orden carácter abstentivo, encaminada a defender el *status quo* más que a transformarlo.<sup>63</sup>

Uno de los ejemplos ilustrativos en la implementación de esta estrategia es la de la Corte Constitucional de Hungría. A diferencia de la mayoría de los Estados con control de constitucionalidad mixto (abstracto y concreto), la Corte húngara tiene únicamente poder de revisión abstracto, y ha utilizado esta facultad para proteger los derechos sociales de las clases medias, mostrándose reacia a extender su ámbito de protección hacia los grupos más desaventajados.<sup>64</sup> En los años de transición al régimen post-comunista, la expedición de Constitución húngara de 1949 -y sus posteriores reformas en 1989- mantuvo una serie de obligaciones estatales en garantía de los DESC. La tensión generada entre, por un lado, el temor de los constituyentes hacia la

---

<sup>62</sup> Mark Tushnet. *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 247.

<sup>63</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 199.

<sup>64</sup> Andrés Sajó. «Social Rights as Middle-Class Entitlements in Hungary. The Role of the Constitutional Court.» En *Courts and Social Transformation in New Democracies*, de Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006), 84.

constitucionalización de políticas bienestaristas, y por otro, las altas expectativas de los ciudadanos respecto a beneficios sociales proveídos en el régimen anterior, trajeron como resultado la redacción de normas ambiguas en la Carta Fundamental. Si bien las normas no se encuentran redactadas en el lenguaje de los derechos, la Constitución preceptúa ciertas obligaciones tendientes a asegurar que el Estado “tome medidas para implementar los servicios sociales.”<sup>65</sup>

No obstante, en los años de la transición a la democracia, el gobierno anti-comunista adoptó una serie de medidas de austeridad que afectaron fundamentalmente a dos programas de asistencia social. Uno fue el sistema de seguridad social universal, en virtud del cual los aportes efectuados por los afiliados garantizaban la gratuidad de los servicios de salud, así como el derecho a recibir pensiones jubilares al término de su vida laboral. El otro fue un programa de subsidios mediante el cual se entregaba una suma de dinero a las mujeres embarazadas y a las familias, tomando en consideración el número de hijos o cargas familiares. Las medidas de austeridad, que fueron adoptadas de acuerdo a las consabidas recetas de organismos internacionales como el FMI, limitaron el otorgamiento de estos beneficios únicamente para personas en situación de extrema necesidad, esto es, aquellas cuya subsistencia se hubiera visto severamente amenazada al no recibir dichos subsidios.<sup>66</sup>

Por lo demás, la estabilización económica en el período de transición estuvo acompañada de una fuerte alza de la inflación, de modo que los aportes realizados por los afiliados perdieron su valor real de forma dramática. A pesar de la situación por la que atravesaba el país, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas, alegando que una vez que las contribuciones se habían realizado, las legítimas expectativas de los aportantes de recibir los beneficios futuros no podían soslayarse. Como lo ha explicado Andrés Sajó, el argumento de la Corte húngara se basó no solo -o no tanto- en términos de violación a la seguridad social o la dignidad humana de los afiliados, sino más bien en términos de defensa de la seguridad jurídica y del derecho a la propiedad.<sup>67</sup>

La Corte defendió una visión de la seguridad social en la que los beneficios del sistema -pensiones y servicios de salud- estaban condicionados a los aportes previos; de

---

<sup>65</sup> *Ibíd*, 85.

<sup>66</sup> Mark Tushnet. *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 235.

<sup>67</sup> Andrés Sajó. «Social Rights as Middle-Class Entitlements in Hungary. The Role of the Constitutional Court.», 90.

ahí que Sajó los haya denominado como “prerrogativas de la clase media”.<sup>68</sup> Ello, en razón de que las personas más necesitadas, por obvias razones, se encontraban por fuera del sistema de seguridad social -no fungían como aportantes- y era más bien la clase media la que tenía la capacidad de realizar dichas contribuciones. Sobre este punto, la Corte húngara reconoció que si bien no existía una obligación estatal de mantener los beneficios para los no contribuyentes, una modificación abrupta del sistema de seguridad social destruiría sus legítimas expectativas, de modo que los cambios en la política pública se debían efectuar de forma gradual, a fin de que los ciudadanos más pobres ajusten sus proyectos de vida de conformidad con las nuevas reglas: “Cortar la mensualidad para las familias requiere de un período de transición, porque las personas tienen hijos y realizan planes financieros a largo plazo sobre la base de expectativas de recibir ese dinero.” De otro lado, la Corte enfatizó en que los beneficios sociales en el corto plazo, como los subsidios por maternidad o embarazo, solo podían ser limitados en circunstancias excepcionales, pues difícilmente los beneficiarios dispondrían del tiempo necesario para ajustar sus expectativas a los nuevos planes.<sup>69</sup>

La experiencia de Colombia también ha mostrado patrones similares en el uso de *mandatos negativos*. Las decisiones paradigmáticas de esta estrategia tienen que ver con los derechos constitucionales al trabajo y a la vivienda, y ambas se generaron en el contexto de una crisis económica originada en 1999. En la primera, la Corte colombiana intervino en la nivelación de los salarios del sector público, a fin de mantener el poder adquisitivo de los funcionarios del Estado. El gobierno había propuesto un incremento del 9% (lo cual iba a la par con el aumento de la inflación) para los servidores públicos que ganaban menos del doble del salario mínimo, pero ningún aumento para aquellos que ganaban más de esa cantidad. La Corte colombiana declaró que todos los trabajadores del sector público, sin excepciones -y más aún en períodos de escasez- tenían derecho a mantener el valor real de sus salarios, esto es, ajustados al incremento de la tasa de la inflación.<sup>70</sup>

En la segunda, la Corte realizó una intervención a larga escala para contrarrestar una decisión gubernamental que perjudicaba a 200,000 propietarios de inmuebles con la ejecución de sus hipotecas. Con la declaratoria de un estado de emergencia, el gobierno decidió incrementar el interés nominal de las hipotecas a un 33%, porcentaje que

---

<sup>68</sup> *Ibíd*, 83-97.

<sup>69</sup> Mark Tushnet. *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 235.

<sup>70</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 216-219.

superaba con creces la tasa de la inflación. Luego de que los jueces declararan la inconstitucionalidad de la ley, el Presidente redactó un nuevo proyecto normativo en el que prohibió la capitalización de las deudas y el incremento de los intereses por encima de la tasa inflacionaria. Además, dispuso la creación de un fondo de estabilización para los propietarios de los inmuebles y la refinanciación de las deudas contraídas. A pesar de ello, y nuevamente haciendo uso del control abstracto, la Corte colombiana declaró la constitucionalidad condicionada del nuevo proyecto de ley, señalando que la reducción de los intereses hipotecarios propuesta por el ejecutivo debía entenderse como una reducción no solo menor a la tasa inflacionaria, sino proporcional a la tasa de interés más baja en la economía nacional.<sup>71</sup>

Por lo demás, esta forma de mantener las prerrogativas de la clase media como derechos adquiridos guarda una estrecha relación con el principio de no regresividad establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas,<sup>72</sup> en donde cualquier retroceso deliberado en materia de derechos sociales requiere de una cuidadosa consideración para que pueda estar plenamente justificado.

Sajó ha calificado las acciones de la Corte húngara como “perversas”, arguyendo que las medidas de austeridad eran necesarias -sobre todo en contextos de transición como el que vivía Hungría- para que el Estado tenga un control sobre el nivel de gasto social en el largo plazo.<sup>73</sup> En la misma línea, Landau ha sostenido que el Comité debería abolir el principio de no regresividad: “Debido a que los Estados tienen una cantidad finita de recursos, primero deben invertirlos para garantizar que todos los ciudadanos disfruten al menos un nivel mínimo de sus derechos sociales básicos.”<sup>74</sup>

Según creo, en esta visión que considera a los principios de no regresividad y el mínimo vital como mutuamente excluyentes, subyace una presunción liberal y, por lo tanto, ideológica, de la forma en la que los Estados pueden -y deben- comprometerse con la satisfacción de los derechos sociales. Como lo ha sostenido Carlos Lema Añón, “la consideración de que la extensión de las prestaciones sociales a toda la población es un factor generador de crisis fiscal... es, en el mejor de los casos, una interpretación precipitada.” Esto es así porque no existe una relación de causalidad que permita

---

<sup>71</sup> *Ibíd.*, 216-218.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, 232.

<sup>73</sup> Andrés Sajó. «Social Rights as Middle-Class Entitlements in Hungary. The Role of the Constitutional Court.», 91.

<sup>74</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 240.

demostrar que éstos, y no otros gastos, son los responsables de tal problema,<sup>75</sup> pues hay una diversidad de factores que podrían contribuir a la generación de escenarios de escasez económica, como por ejemplo, que el Estado no impulse una robusta política de recaudación de impuestos, que preste dinero a organismos internacionales a altísimas tasas de interés, que suscriba tratados de libre comercio con cláusulas abusivas en detrimento de los intereses nacionales, etc., de modo que las conclusiones de Sajó y Landau a este respecto deben, al menos, tomarse con beneficio de inventario.

Aún más, remitiéndose al caso de Hungría, Kim Lane Scheppele ha argumentado que el temido colapso de la economía no ocurrió y que, mirando diez años después la decisión de la Corte, se constata que la misma facilitó la transición gradual del sistema de provisiones, lo cual redundó en la defensa de la soberanía y la democracia, pues la presión ejercida por los acreedores internacionales hacía que los ciudadanos húngaros vean frustrada su capacidad de convertirse en protagonistas de sus decisiones políticas.<sup>76</sup> Por último, es importante señalar que, al menos en América Latina, no parece lógico alegar que la protección jurisdiccional de los derechos sociales es indeseable por su potencial “vocación de desajuste” en el manejo de la economía, ya que los verdaderos factores de déficit fiscal tienen su origen en causas muchos más directas y concretas, como la elusión y evasión de tributos por parte de los ricos y la corrupción institucionalizada que favorece dichas prácticas en detrimento de la mayoría.

### **1.5 Aplicación individual**

En la aplicación individual, las Cortes conocen y reparan la vulneración del derecho de un solo demandante o de un grupo reducido de demandantes, para quien(es) se ordena la satisfacción de su(s) derecho(s) proveyendo el inmediato remedio que requiere(n), como por ejemplo, la provisión de algún medicamento a un paciente o a un pequeño grupo de pacientes con enfermedades catastróficas. Este modelo alivia el problema de los déficits de capacidad y legitimidad democrática de los jueces en tanto que estarían decidiendo exclusivamente si una persona o pequeño grupo de personas tiene(n) derecho a un específico remedio que debe ser proporcionado por un solo

---

<sup>75</sup> Carlos Lema Añón. «La disputada universalidad de los derechos sociales, entre asistencialismo y desmercantilización.», 96.

<sup>76</sup> Mark Tushnet. *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 236.

demandado, razón por la cual “no se lo mira como un ejercicio de intervención directa y masiva en el ámbito de las políticas públicas.”<sup>77</sup>

A este respecto, Chilton y Versteeg han sugerido que el efecto agregado de las decisiones que genera la aplicación del modelo individual podría desincentivar la movilización social de los más pobres. El razonamiento radica en que si las personas ocupan su tiempo y esfuerzos en conseguir la satisfacción de sus necesidades a través de las Cortes y los jueces suelen fallar a su favor, la gente no verá la necesidad de asociarse para demandar cambios estructurales en las políticas públicas. Sobre esa base, han afirmado que el modelo de la aplicación individual desincentivaría el activismo político y “plantearía la posibilidad de que la actuación de los tribunales de hecho sea contraproducente para la satisfacción de los derechos sociales.”<sup>78</sup>

Un caso ejemplar de la implementación del modelo individual es del sistema de justicia de Brasil. Si bien en este país existe un consenso generalizado de que los jueces están en la obligación resolver litigios sobre derechos sociales, éstos son más proclives a favorecer aquellas demandas que se parecen más a las formas tradicionales de invocación de los derechos civiles, esto es, reclamos de carácter individual por transgresiones a reglas claras y específicas que, en consecuencia, provocan remedios individuales. Por contrapartida, las demandas colectivas sobre derechos sociales son, en la mayoría de los casos, desestimadas con argumentos sobre la falta de competencia de los jueces para decidir cuestiones de política pública y el respeto al principio de la separación de poderes.<sup>79</sup>

De acuerdo a un estudio realizado por Florian Hoffmann y Fernando R.N.M. Bentes, a pesar de que el efecto agregado de las reclamaciones individuales en Brasil de hecho afecta la planificación presupuestaria de los órganos políticos, paradójicamente los jueces solo invocan el argumento de la falta de capacidad o legitimidad democrática cuando tienen que resolver sobre demandas colectivas, que son las menos frecuentes, pero no se auto-imponen ninguna reserva de viabilidad al momento de decidir sobre casos individuales, en donde las más de las veces se establecen reparaciones contundentes y concretas a favor de los reclamantes. En este sentido, los remedios generalmente consisten en la provisión del bien o servicio reclamado, aunque aquellos

---

<sup>77</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 199.

<sup>78</sup> Adam Chilton y Mila Versteeg. *From Parchment to Barriers: How Constitutional Rights can make a Difference*, 218.

<sup>79</sup> Florian F. Hoffmann y Fernando Bentes R. N. M. «Accountability for Social and Economic Rights in Brazil», en *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, de Varun Gauri y Daniel M. Brinks (Cambridge University Press, 2008), 114.

pueden, ocasionalmente, convertirse en un valor monetario que se paga al accionante cuando esto se considera más efectivo o viable. Por lo demás, los casos más frecuentes de la estrategia del modelo individual en Brasil están relacionados con la garantía del derecho a la salud.

Luego de analizar las resoluciones expedidas por las Cortes de cinco estados brasileños y los Tribunales Federales de más alta jerarquía entre los años 1994 a 2004, Hoffmann y Bentes concluyeron que la mayoría de los casos que versan sobre el derecho a la salud, indistintamente de si se plantean contra el Estado o contra prestadores privados del servicio, se refieren a la provisión individual de alguna medicina o el acceso a algún tratamiento médico. Aunque en muchas ocasiones el acceso a estos bienes y servicios es relativamente barato, en otros, como en el caso de las enfermedades raras o catastróficas, la provisión de los remedios se vuelve extremadamente onerosa. No obstante, ello no ha sido un óbice para que los jueces ordenen en algunos de estos “costosos litigios” el suministro de las medicinas requeridas.

Uno de los casos paradigmáticos tuvo lugar en el Tribunal de Justicia de Bahía, en donde el Estado “recibió la orden de suministrar cuatro dosis de Erbitux (Cetuximab) por semana a un paciente con cáncer, con cada dosis del medicamento importado a un costo aproximado de \$1,500”.<sup>80</sup> Otro, por ejemplo, era el de un accionante que padecía una extraña enfermedad generativa cuyo tratamiento costaba \$63,806. En este último caso el Tribunal Supremo Federal de Brasil declaró con lugar la demanda alegando que “entre la protección de los derechos inviolables a la vida y la salud... y la defensa... de un interés financiero y secundario del Estado,... razones ético-jurídicas obligan al juez a una sola solución posible, la que promueve el respeto a la vida y la salud humana”.<sup>81</sup>

David Landau, quien, como hemos visto, se ha mostrado muy crítico con el principio de no regresividad de los derechos -al punto de recomendar su abolición en el derecho internacional de los derechos humanos- ha señalado que “la jurisprudencia [brasileña] parece prestar poca atención... a la posición económica del peticionario en estos casos individuales”.<sup>82</sup> No obstante, creo que la crítica implícita que encierra este comentario pierde de vista dos cuestiones fundamentales para juzgar la actuación de los jueces brasileños en la garantía de los derechos sociales. En primer lugar, parece reducir

---

<sup>80</sup> *Ibíd*, 123.

<sup>81</sup> Octavio Luiz Motta Ferraz. «Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil.» (*Texas Law Review* vol. 89, 2011), 89.

<sup>82</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 231.

la métrica de la pobreza a una evaluación aislada del nivel de ingresos de la gente, pasando por alto -o sin analizar simultáneamente- el nivel de egresos en los que las personas deben incurrir para trazar los proyectos de vida que valoran como buenos. Como enseña Amartya Sen, una persona discapacitada que cuenta con los mismos ingresos que una plenamente capaz, no podrá realizarse de la misma manera que esta última, en tanto que su específica condición de vulnerabilidad demandará de una mayor cantidad de recursos que le permitan llevar una vida en dignidad.<sup>83</sup> En el mismo sentido cabría preguntarse ¿Quién es más pobre, la persona que percibe \$4,000 pero que padece una enfermedad catastrófica que la obliga a gastar más de \$63,000 en tratamientos para no morir, o aquella que percibe el salario mínimo pero que, afortunadamente, no padece ningún tipo de enfermedad? Siguiendo el enfoque de Sen, la más pobre -o si se quiere, la más necesitada- sería la primera, ya que ésta tiene mucha menos capacidad de convertir sus recursos económicos en desempeños igualmente relevantes para su proyecto de vida. En segundo lugar, y como lo dijimos antes, si no aceptamos el rasgo de universalidad de los derechos sociales, éstos sencillamente se convertirían en prerrogativas de aquellos que tienen la capacidad económica para poder costearlos, con lo cual dejarían de ser derechos humanos y pasarían, ni más ni menos, a convertirse en mercancías.

Desde este punto de vista, el problema no radica ya en si la jurisprudencia le presta o no poca atención a la posición económica de los peticionarios, sino más bien en establecer si, indistintamente de aquella circunstancia, los jueces están garantizando los derechos sociales de las personas de acuerdo a su específica situación de necesidad. Ello, por supuesto, implica un nivel de análisis mucho más complejo respecto a los medios de prueba que permitan determinar las (in)capacidades reales de cada individuo, a fin de esclarecer si la jurisprudencia se está haciendo cargo de precautelar los derechos de aquellos que no podrían subsistir sin un amparo jurisdiccional.

La experiencia de Colombia, nuevamente, arroja una luz en torno a este tema. Al menos en sus inicios, la Corte colombiana resolvió dos casos que fueron los “caballos de batalla” para cumplir con la promesa del mínimo vital: los trabajadores despedidos sin justa causa y los enfermos terminales.<sup>84</sup> Respecto al primero, la Corte estableció que los accionantes debían demostrar la carencia total de otras fuentes de ingreso, de modo

---

<sup>83</sup> Amartya Sen. *La idea de la justicia* (Madrid: Santillana Ediciones Generales S.L., 2010).

<sup>84</sup> Beatriz Londoño. «Corte Constitucional y Justicia Social: El caso de los desplazados en Colombia.», en *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho*, de Carlos Mario Molina Betancur (Universidad de Medellín, 2007), 13.

tal que la falta de pago de sus remuneraciones amenace con violentar su derecho a una vida digna.<sup>85</sup> Esta circunstancia era la que definía, en último término, si una determinada reclamación podía ser ventilada ante la justicia constitucional y no únicamente ante la justicia laboral ordinaria. De igual forma, en el segundo caso, los accionantes debían acreditar que su condición médica era tan agresiva, que la falta de provisión de las medicinas amenazara con violentar sus derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad, además de demostrar que no disponían de los recursos suficientes para costear los gastos de sus tratamientos.<sup>86</sup>

Dicho esto, es importante anotar que, precisamente por su condición socio-económica, las personas en situación de necesidad desesperada no cuentan con los recursos suficientes para sufragar los gastos de un litigio, de modo que la primera condición para que la tutela de sus derechos sociales sea posible, es la garantía del acceso gratuito a la justicia. De ahí que un requisito *sine qua non* para la realización de los mínimos vitales sea la existencia de una defensa pública, lo cual es aún una materia pendiente en la mayoría de los países de América Latina. En Brasil, por ejemplo, si bien algunos Estados han regulado la existencia y funcionamiento de su propia defensoría pública, otros sencillamente no cuentan con esta institución. Además, en los Estados en los que la defensoría pública sí funciona, los servidores son comúnmente mal remunerados y no son elegidos por concursos de merecimientos<sup>87</sup>, cuestión que ha derivado en la implementación de un sistema de *defensa dativa*, en virtud del cual el Estado paga unos honorarios profesionales a defensores privados para que asistan y defiendan a las personas de bajos recursos.

Para agravar aún más las cosas, la gran mayoría de los casos patrocinados por los defensores públicos se refieren al ámbito penal, en donde el riesgo de asumir causas contra el Estado resulta mucho menos improbable que cuando se entablan demandas por la falta o ineficiente prestación de un servicio social. Sumado a ello, el hecho de que las pocas defensorías públicas existentes hayan sido creadas por los gobiernos de cada Estado, fomenta la auto-restricción de los defensores públicos al momento de litigar, pues, a fin de cuentas, una demanda de esta naturaleza equivaldría, ni más ni menos, a demandar a su propio jerárquico superior, lo cual impide contar con un marco jurídico

---

<sup>85</sup> Amanda Gómez Botero vs Instituto de los Seguros Sociales. Caso No. T-516/93 (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 10 de Noviembre de 1993).

<sup>86</sup> Diego López Medina. *Sistema de salud y derecho a la salud: Historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional* (Bogotá, 2008.), 39-40.

<sup>87</sup> Florian F. Hoffmann y Fernando Bentes R. N. M. «Accountability for Social and Economic Rights in Brazil.», 129.

adecuado que les permita actuar con independencia y sin temor a represalias. Una evidencia anecdótica a este respecto es la del Municipio de Río de Janeiro, en donde “el alcalde retiró el espacio de oficinas municipales y la logística cedida originalmente a la defensoría pública, debido a que traía demasiadas acciones de acceso a medicamentos contra el Municipio”.<sup>88</sup> Por último, en Estados como El Salvador, la defensoría pública se encuentra ubicada en un barrio de clase media que no cuenta con servicio de transporte público.<sup>89</sup> Como lo explican Hoffmann y Bentes, estas deficiencias institucionales de las defensorías públicas o sus sustitutos, sumado a la falta de consciencia de derechos en la gente más necesitada, redundan en una profunda limitación del acceso a la justicia para la población indigente.<sup>90</sup>

Por otro lado, los muestreos que en Brasil se realizan para establecer la específica situación de necesidad de cada individuo no son uniformes entre las distintas defensorías públicas. En los Estados de Rio Grande do Sul y Goiás, éstos aplican una prueba que atiende únicamente a los ingresos percibidos, mientras que en los otros Estados prevalece la idea de la indigencia relativa, según la cual la situación de necesidad de los individuos se mide, caso por caso, en relación al porcentaje de sus ingresos versus los costos de realización de sus derechos<sup>91</sup>, es decir, un enfoque integral como el propuesto por Sen.

A pesar de que, por la situación anotada, no existen datos estadísticos directos que permitan establecer la verdadera condición de necesidad de los beneficiarios de este tipo de demandas, lo cierto es que, de acuerdo a los estudios de Hoffmann y Bentes, las probabilidades de éxito de dichas acciones llegan a porcentajes realmente impresionantes. Del universo de casos recopilados por estos investigadores, la tasa de éxito de las demandas en primera instancia fue del 70%. En segunda instancia, en cambio, los jueces de alzada revirtieron el 24% de los casos que favorecieron a los demandantes, pero al mismo tiempo revirtieron el 32% de los casos que favorecieron a los demandados, de tal manera que, consideradas ambas variables, la tasa de éxito global en segunda instancia se redujo a 60%. Sin embargo, cuando los casos llegaron a los tribunales supremos, la tendencia fue la siguiente: de trece casos en los que los jueces de alzada revocaron la sentencia inicial, doce fueron devueltos a los accionantes,

---

<sup>88</sup> *Ibíd.*, 129.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, 113.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, 113.

<sup>91</sup> *Ibíd.*, 112.

dando como resultado que, consideradas todas las cosas, los demandantes terminaran con una tasa de éxito del 82%.<sup>92</sup>

Por último, más allá de la discusión de si los jueces deberían limitarse a tutelar - y los abogados públicos a defender- únicamente los derechos sociales de quienes demuestren tener pocos ingresos económicos o, en su defecto, ampliar el espectro de protección hacia todos aquellos que, indistintamente del monto de sus pensiones, se encuentran en una situación de necesidad desesperada, lo cierto es que los individuos que pertenecen a la primera de estas categorías -siempre y en todos los casos- pertenecen también a la segunda, de ahí que un criterio objetivo -pero no el único- para medir el grado de realización de los derechos sociales en favor de los más desaventajados sea el nivel de ingresos de los accionantes.

## **1.6 Dificultades de los modelos de los mandatos negativos y la aplicación individual**

David Landau ha señalado que el problema de estos dos modelos, tanto los mandatos negativos como la aplicación individual, radica en que ninguno de ellos es proclive a favorecer a las personas más pobres. La copiosa literatura que se ha escrito sobre la justiciabilidad de los DESC infiere, de forma equivocada, que la aplicación judicial de estos derechos redundaría automáticamente en la satisfacción de las necesidades de los más desposeídos. Pero la realidad demuestra que gran parte de la protección jurisdiccional de los derechos sociales está más bien dirigida a favorecer a las clases medias y altas. En palabras de Landau:

Con el modelo de aplicación individual esto ocurre porque los demandantes individuales son más propensos a conocer sus derechos y ser capaces de navegar los costos y complejidades del sistema legal [y] en los casos de los mandatos negativos... porque el status que les da a los pobres relativamente poco para proteger a través de la aplicación negativa.<sup>93</sup>

En el caso de Hungría, como vimos, dado que la mayoría de la gente indigente se encontraba por fuera del sistema de seguridad social, las decisiones de la Corte húngara fallando en contra de las medidas de austeridad del gobierno no contribuyeron en nada a modificar las condiciones materiales de los más desposeídos. En este caso, la razón subyacente a la actuación de los magistrados fue una de carácter estrictamente

---

<sup>92</sup> *Ibíd.* 119.

<sup>93</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 199-200.

populista: ganar el favor de la clase media, la cual aglutinaba el grueso de las aportaciones al sistema de seguridad social. Así, dotada de una alta legitimidad popular, la Corte se aseguró que la ira de los órganos políticos quedara virtualmente neutralizada con el amplio apoyo obtenido por parte de los contribuyentes, quienes se habían visto perjudicados por el abrupto recorte de los beneficios sociales.

Por otra parte, en el caso de Brasil, los estudios de Octavio Luiz Motta Ferraz han encontrado que en los Estados más ricos se presenta la mayor parte de las demandas individuales: "...de 4,343 demandas incoadas entre 2005 y 2009, los diez Estados con las puntuaciones más altas en el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas generaron el noventa y tres por ciento de las reclamaciones, mientras que los diez Estados con las puntuaciones más bajas generaron apenas el siete por ciento." Estas cifras vienen a confirmar la tesis de Landau, pues a pesar de la amplia recepción del modelo de la aplicación individual en ese país, la justicia constitucional en materia de derechos económicos, sociales y culturales ha terminado por favorecer a aquellos grupos de las clases medias y altas que, a la vez que son proclives a tener una consciencia más robusta de sus derechos, no dependen de los servicios de la defensoría pública o las defensas dativas para ejercer sus reclamaciones, ya que cuentan con la capacidad pecuniaria para sufragar los gastos de abogados privados comúnmente más preparados y con mayores incentivos para llevar adelante una adecuada defensa técnica. Ello, naturalmente, acrecienta las probabilidades de tener éxito pero no lo garantiza, pues, en último término, son las motivaciones de los jueces, una vez considerados todos los argumentos, las que inclinan la balanza para uno u otro lado.

En esta línea, Siri Gloppen ha escrito un magnífico trabajo titulado *Courts and Social Transformation: An Analytical Framework* en el que identifica las cuatro barreras más comunes que enfrentan las personas pobres a la hora de articular reclamos judiciales en materia de derechos sociales: barreras relacionadas con el acceso a la justicia (*voice*), esto es, la probabilidad de que sus demandas logren de hecho expresarse ante los órganos jurisdiccionales; barreras relacionadas con el comportamiento judicial (*responsiveness*), o sea las motivaciones que llevan a los jueces a favorecer o no este tipo de reclamos; barreras relacionadas con la capacidad (*capability*) de los jueces de encontrar mecanismos idóneos para reparar las violaciones a los derechos; y barreras relacionadas con el cumplimiento (*compliance*) de las sentencias por parte de las

autoridades gubernamentales, es decir, la implementación de las medidas políticas que constituyen el objeto de las órdenes judiciales.<sup>94</sup>

Respecto al acceso a la justicia, Gloppen coincide con Landau en que la falta de alfabetización legal, los escasos recursos económicos y la dificultad para asistirse con buenos abogados, son factores determinantes en la (in)capacidad de los más desposeídos para que sus demandas puedan ser escuchadas ante los tribunales de justicia.<sup>95</sup> Si las víctimas de la pobreza no conocen sus derechos y les cuesta identificar las acciones y omisiones que los vulneran, la posibilidad de obtener una reparación integral por dichas violaciones se constituye en una posibilidad remota. Comúnmente, aquellos cuyos derechos sociales son más severamente atropellados carecen de este tipo de conocimiento, fenómeno que se ve reforzado por la falta de planes de alfabetización legal en las escuelas y en los medios de comunicación. Por otro lado, el desconocimiento de sus derechos en la clase más desposeída se ve potenciado por otro tipo de situaciones de carácter motivacional con las que interactúa en una suerte de círculo vicioso: la desconfianza hacia los tribunales de justicia. La falta de información suficiente sobre sus derechos y la distancia cultural y social deviene en el incremento del miedo entre los grupos más necesitados, quienes ven en los jueces a unos burócratas ajenos a su realidad y poco preocupados por sus intereses de clase. Pero dicho factor psicológico contribuye al mismo tiempo a aumentar la brecha de la marginalidad y, en consecuencia, a acrecentar la ya comentada falta de alfabetización legal. Para empeorar las cosas, las barreras del idioma y la distancia geográfica, muy características en las poblaciones más empobrecidas del sur global, desalientan aún más la posibilidad de que estos grupos decidan activar las herramientas jurisdiccionales para hacer valer sus derechos.<sup>96</sup>

Otro factor que impide a las personas pobres acceder al sistema de justicia es la carencia de recursos económicos para sufragar los gastos de un proceso judicial. En el caso de los derechos sociales, que por lo general suelen ser asuntos legales complejos en donde el Estado funge como el órgano vulnerador y los recursos probatorios para las víctimas son muy escasos, las técnicas de litigación suelen demandar un desempeño más agudo por parte de los abogados, y por lo tanto, unos honorarios más onerosos que

---

<sup>94</sup> Siri Gloppen. «Courts and Social Transformation: An Analytical Framework.» En *Courts and Social Transformation in New Democracies*, de Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006), 42.

<sup>95</sup> *Ibíd.* 45-48.

<sup>96</sup> *Ibíd.* 45-48.

en los procesos civiles o penales. En el mejor de los casos, los servicios de asesoría y patrocinio legal gratuitos para las personas pobres, cuyos derechos sociales están en mayor riesgo, son asumidos por organizaciones no gubernamentales o, como en el caso de Brasil, por bufetes jurídicos con acuerdos *pro-bono* que brindan estos servicios jurídicos de forma selectiva, quedando la gran mayoría de perjudicados en una situación de indefensión.<sup>97</sup>

Por último, dichos servicios de asistencia legal son frecuentemente mal pagados, lo cual redundaría en el hecho de que no sean exactamente los abogados más cualificados y experimentados los que se dediquen a estos menesteres. Por otro lado, los que sí lo hacen, suelen dedicar un tiempo bastante marginal al estudio de los casos y a las estrategias de defensa, tal y como ocurre con las defensas dativas brasileñas. Nuevamente, en el mejor de los escenarios, la intervención de buenos abogados que patrocinen de forma gratuita a los más pobres suele estar supeditada a los réditos que los casos puedan generarles desde el punto de vista mediático, esto es, la existencia de causas de litigio estratégico que puedan demandar la atención de la prensa y, consecuentemente, visibilizar los servicios que éstos prestan. Por lo general, esto ocurre cuando los grupos o individuos cuyos derechos sociales han sido vulnerados desarrollan -como en el caso TAC- cierta capacidad asociativa y de movilización para llevar adelante una acción conjunta, como por ejemplo, marchas de protesta, trabajo de lobby y mítines políticos que ponen sus inquietudes en el imaginario colectivo y allanan el camino para un eventual proceso judicial.<sup>98</sup>

Ahora bien, más allá de todos estos factores que tienen que ver con la situación de oportunidad respecto al acceso a la justicia, las otras tres barreras identificadas por Gloppen, esto es, la sensibilidad y capacidad de los jueces para favorecer esta clase de reclamaciones, así como el nivel de cumplimiento de sus sentencias por parte de los órganos políticos, ha sido minuciosamente estudiada por David Landau a través de sus estudios de campo en Colombia, el país con la Corte Constitucional más prominente del constitucionalismo comparado y exportador de una amplia jurisprudencia en el ámbito de los derechos sociales.<sup>99</sup>

De acuerdo con este autor, muy al contrario de lo que la literatura sobre la justiciabilidad de los DESC sostiene, no es cierto que los jueces hayan demostrado ser

---

<sup>97</sup> *Ibíd*, 45-48.

<sup>98</sup> *Ibíd*, 45-48.

<sup>99</sup> César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco. «Un giro en los estudios sobre derechos sociales», 323-324.

instancias protectoras de las minorías vulnerables y de los grupos sociales en situación de mayor necesidad. Paradójicamente, los jueces acostumbran a sortear sus déficits de legitimidad democrática actuando de forma populista, “tomando decisiones calculadas que aunque puedan despertar la rabia de los órganos políticos, cuentan con un amplio apoyo por parte de los grupos de la clase media”, por ejemplo, como en el caso de Hungría, declarando la inconstitucionalidad de medidas de austeridad que limitan los beneficios de los servidores públicos y de otros grupos “precisamente porque con ello obtendrán el apoyo del votante promedio, lo cual los blindo de posibles represalias”. Sobre la base de estas consideraciones, Landau identifica que las soluciones de compromisos (*tradeoffs*) que realizan los jueces al momento de garantizar derechos sociales no solo se limitan a una ponderación entre la eficacia de su aplicación y los déficits de capacidad y legitimidad democrática. En realidad hay tres cuestiones que los jueces ponderan en este tipo de análisis: “los costos sobre la capacidad y legitimidad democrática, la eficacia de sus intervenciones y la pregunta de a qué grupos benefician dichas intervenciones”.<sup>100</sup>

### Los efectos de la justiciabilidad de los Derechos Sociales <sup>101</sup>

<i>Enfoque</i>	<i>Costos de capacidad y legitimidad democrática para la Corte</i>	<i>Efectividad en el cambio de las prácticas burocráticas</i>	<i>Probables beneficiarios</i>
Aplicación individual	Bajo	No altera la conducta de la burocracia	Grupos de las clases media y alta
Mandatos negativos	Moderado, aunque puede ser alta si tiene grandes efectos macroeconómicos	Anula ciertas leyes y mantiene el status quo	Grupos de las clases media y alta
Revisión débil	De bajo a moderado	No causa ningún cambio	Ninguno, aunque suele dirigirse hacia los más pobres
Aplicación estructural	Alto	Puede alterar las prácticas burocráticas	Puede apuntalar a los más desposeídos

El autor sostiene que el modelo de la aplicación individual representa un costo bajo para la capacidad y legitimidad democrática, pero no contribuye a que los órganos políticos cambien sus prácticas en la provisión de los servicios sociales, además, afirma que suele beneficiar a los grupos de las clases medias y altas. De igual forma, los mandatos negativos favorecen también a las clases medias y altas, y dependiendo de sus

<sup>100</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 200.

<sup>101</sup> *Ibíd*, 201.

efectos macroeconómicos representan un costo moderado en la capacidad y legitimidad democrática, pero están invariablemente orientados hacia el sostenimiento del status quo. Por otra parte, el modelo de la revisión débil representa un costo bajo a moderado para la capacidad y legitimidad democrática de los jueces, pero a pesar de estar pensado para la satisfacción de los derechos sociales de los más vulnerables, de hecho no cambia en nada el comportamiento de los órganos burocráticos. Finalmente, un último modelo llamado *aplicación estructural* tiene lugar cuando los jueces emiten órdenes enfocadas a cambiar la práctica burocrática existente para redirigirla hacia los más desposeídos, pero sus decisiones inciden directamente en la conformación de la política pública, por lo que los costos para la capacidad y legitimidad democrática son altos.<sup>102</sup>

### **1.7 Aplicación estructural**

Como ninguna otra Corte en el mundo, la Corte Constitucional colombiana ha podido implementar tres de las estrategias de justiciabilidad antes mencionadas: aplicación individual, mandatos negativos y aplicación estructural. Dependiendo de la naturaleza de las controversias, la Corte ha ejercido el control de constitucionalidad de forma directa a través del conocimiento de acciones populares, en donde emite pronunciamientos con efectos generales (*erga omnes*), o de forma indirecta, revisando las sentencias emitidas por los jueces de instancia que conocen de las acciones de tutela.

El 22 de mayo de 2004 la Corte Constitucional colombiana dictó la sentencia T-025, de lejos, el pronunciamiento más contundente en garantía de los derechos sociales de los más empobrecidos. En este caso la Corte declaró como un “estado de cosas inconstitucional” la situación de más de tres millones de personas desplazadas por la violencia generalizada en Colombia, “la segunda cifra más alta en el mundo después de Sudán”.<sup>103</sup> Con esta figura, los jueces colombianos establecieron que existía una violación sistemática de los derechos humanos de la población desplazada, y ordenaron que, dada la precariedad de la política estatal en materia de desplazamiento forzado, el

---

<sup>102</sup> *Ibíd.*, 201.

<sup>103</sup> Naciones Unidas. «Acnur / Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons.» 2009. Disponible en: <https://www.unhcr.org/5b27be547.pdf>.

gobierno nacional reformulara y clarificara sus estrategias, a fin de atender sus necesidades más básicas.<sup>104</sup>

Otros comentaristas afirmaron que la gravedad del asunto radicaba no en el hecho de que la política pública fuere deficitaria, sino más bien en que ni siquiera existía una política pública al respecto.<sup>105</sup> César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco denominaron este escenario de estancamiento de la burocracia colombiana como un “bloqueo institucional” que frustraba la realización de los DESC, lo cual avalaba la intervención de la Corte en la garantía de los derechos sociales de la población desplazada.<sup>106</sup> De acuerdo con estos autores, la T-025 presenta al menos cuatro características que la convierten en una sentencia útil para el análisis de estrategias de litigio estructural:

Primero, el alcance del fallo es particularmente amplio. Se trata de una verdadera “macro-sentencia” por (1) el tamaño de la población beneficiaria, (2) la gravedad de las violaciones de derechos que pretende resolver, (3) los numerosos actores estatales y sociales que involucra, y (4) la ambición y duración del proceso de implementación de las órdenes del fallo... que sigue abierto.<sup>107</sup>

En ese sentido, un hecho de particular relevancia fue la recepción pacífica que tuvo esta decisión judicial por parte del gobierno. Ya que la sentencia pretendía solucionar una tragedia humanitaria de escandalosas proporciones, muy pocos negaron la necesidad de las medidas ordenadas por la Corte. En primer lugar, los jueces recopilaron información de los órganos políticos, grupos de la sociedad civil y entidades encargadas de monitorear el cumplimiento del fallo, como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General del Estado. Sobre esa base, la Corte emitió más de 80 disposiciones de seguimiento (autos) y convocó a más de una docena de audiencias públicas a fin de oír a las partes involucradas, conocer periódicamente las acciones efectuadas por el gobierno y dictar nuevas órdenes en protección de los grupos desplazados.<sup>108</sup> En segundo lugar, los jueces mandaron a elaborar indicadores estadísticos que permitieron evaluar la verdadera dimensión del problema, así como

---

<sup>104</sup> Rodrigo Uprimny Yepes. «The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates.» en *Courts and social transformation in new democracies*, de Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux (Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006), 135.

<sup>105</sup> Ver César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco. «Un giro en los estudios sobre derechos sociales», 346-347. Antes de la expedición de la sentencia T-025/2004, existía una política preliminar que regulaba el tema pero que era tan ineficaz que no equivalían en la práctica a política alguna.

<sup>106</sup> *Ibíd*, Corte de cuentas: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia.

<sup>107</sup> *Ibíd*, 322.

<sup>108</sup> César Rodríguez y Diana Rodríguez, pág. 323.

trabajar en la construcción de una burocracia estatal que hizo posible la implementación de programas dirigidos a subsidiar las necesidades más inmediatas de estos grupos,<sup>109</sup> tales como el acceso a una vivienda digna, el cuidado de su salud y la escolarización de las niñas y niños.

Precisamente por el establecimiento de un proceso participativo en el que la Corte escuchaba habitualmente a los diversos actores implicados, el cumplimiento del fallo devino en la generación de una política pública suficientemente informada y en la propuesta de “alternativas novedosas y potencialmente democratizadoras para la aplicación judicial de los DESC.”<sup>110</sup> Pero lo más importante es que los beneficiarios de la T-025, esto es, aquellas personas que se vieron obligadas a huir de sus hogares para sortear los efectos de la violencia generalizada, eran personas pobres en situación de necesidad desesperada.

El 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas (NBI), y el 80% se encuentra en situación de indigencia. Igualmente, el 63.5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada, y el 49% no cuenta con servicios idóneos... En cuanto a la situación alimentaria de la población desplazada, se concluye que la “brecha en calorías” de los hogares desplazados es del 57%, es decir, que sólo consumen el 43% de los niveles recomendados por el Programa Mundial de Alimentos. Igualmente se encontró que el 23% de los niños y niñas menores de seis años [que han sido] desplazados están por debajo del estándar alimenticio mínimo... En relación con el grado de acceso a la educación de la población escolar desplazada, se observa que el 25% de los niños y niñas entre 6 y 9 años no asiste a un establecimiento escolar, mientras que esta proporción para las personas entre 10 y 25 años es de 54%. Por último, en relación con la salud de las víctimas del desplazamiento forzado, la tasa de mortalidad para la generalidad de la población desplazada es 6 veces superior al promedio nacional.<sup>111</sup>

Ahora bien, como lo ha señalado Beatriz Londoño, si bien el conflicto armado fue la causa inmediata de la migración interna de millones de ciudadanos colombianos hacia las ciudades más grandes, la causa profunda que contribuyó a la creación del contexto propicio para el desplazamiento fue el alto índice de inequidad en la distribución del ingreso, como consecuencia de las políticas de ajuste y las reformas de corte neoliberal impuestas desde principios de los años 90. Asimismo, Londoño ha enfatizado en que si bien la Corte ha sido la única entidad que se ha tomado en serio el problema del desplazamiento forzado, ésta solo podido actuar atacando los efectos este

---

<sup>109</sup> David Landau, pág. 224.

<sup>110</sup> César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco. «Un giro en los estudios sobre derechos sociales», 323.

<sup>111</sup> *Población desplazada vs Colombia*. Caso No. T-025 (Corte Constitucional Colombiana, 17 de Junio de 2004), 45. Sentencia completa disponible en <https://www.refworld.org/pdfid/4725aaa82.pdf>

fenómeno, es decir, implementando medidas de carácter asistencial cuando ya se han producido los flujos migratorios,<sup>112</sup> pero, en contrapartida, ningún gobierno se ha encargado de enfrentar las causas del mismo.

De otro lado, si bien la ejecución de la T-025 ocupó una gran cantidad de tiempo y recursos de la Corte, al punto de que fue necesario contratar a más personal auxiliar para que asista a los jueces,<sup>113</sup> lo cierto es que la combinación entre procesos de deliberación pública entre todos los afectados y la implementación de mecanismos de seguimiento del cumplimiento del fallo (garantías de ejecución), fueron determinantes para avanzar hacia la generación de la política pública sin las presumibles críticas de la falta de capacidad y legitimidad democrática de los jueces y la usurpación de funciones. Al contrario, una vez expedida la sentencia, el gobierno creó inmediatamente -dentro de los plazos establecidos por la Corte- la partida presupuestaria para la contratación de personal específicamente encargado de hacer cumplir la decisión.

El ejecutivo creó la *Agencia Presidencial Para La Acción Social*, actualmente *Departamento Para La Prosperidad Social*, una entidad encargada de coordinar la ayuda humanitaria para la población desplazada a nivel nacional. De igual forma, grupos de la sociedad civil, ONGs, e incluso el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), conformaron una Comisión de Cumplimiento que ha contribuido a facilitar el trabajo de la Corte en el seguimiento del fallo.

Otro ejemplo vívido de esta estrategia es el de la India, país con una amplia trayectoria en garantías de los DESC. En la decisión de 2001 denominada *Unión Popular por las Libertades Civiles contra Unión de la India*, la Corte Suprema hindú declaró la responsabilidad del Estado por la violación del *derecho a no tener hambre*, cláusula que se consideró como parte integrante del derecho a una vida digna, contemplado en el Art. 21 de la Constitución. Una ONG de derechos humanos, Unión Popular por las Libertades Civiles, interpuso una demanda en nombre de varias comunidades del Estado de Rajastán que literalmente morían de inanición, debido a la escasez de alimentos. A cinco kilómetros de la ciudad de Jaipur, la *Food Corporation of India*, el ente creado por el Estado Federal para la adquisición y distribución de granos, mantenía una impresionante reserva de estos víveres. Sin embargo, la gran mayoría se estaba pudriendo debido a la fermentación del agua lluvia, ya que la reserva tenía la

---

<sup>112</sup> Beatriz Londoño, Corte Constitucional y Justicia Social: El Caso De Los Desplazados En Colombia, en Corte Constitucional y Estado Social de Derecho, Carlos Mario Molina Betancur, compilador, Universidad de Medellín, Colección Memorias Jurídicas No. 4, 221-223.

<sup>113</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 225.

capacidad de almacenar hasta 20 millones de toneladas, pero el gobierno había aglomerado en la reserva alrededor de 60 millones de toneladas de granos, es decir, 40 millones por encima de la capacidad de la infraestructura.<sup>114</sup>

Cuando la demanda llegó a la Corte Suprema, los magistrados visitaron el lugar a efectos de confirmar el desperdicio de los alimentos. El Estado se excepcionó alegando que el almacenaje perseguía la protección de la agricultura de exportación. No obstante, dada la alarmante crisis de hambruna por la que atravesaba el país, la Corte dictó sentencia declarando con lugar la demanda, por la violación del derecho a no tener hambre. Más tarde, manteniendo su jurisdicción sobre el caso, emitió una serie de autos en los que, con mucho detalle, ordenó al Estado Federal la revisión de los sistemas de almacenamiento de los granos, así como la implementación de planes específicos para la provisión de los cereales a las familias pobres y un programa de almuerzo escolar en las escuelas públicas.

A raíz de la sentencia, un conglomerado de ONGs denominado *Campaña por el Derecho a no tener Hambre* ha jugado un papel crucial en la supervisión de la ejecución de la sentencia, realizando un trabajo extraordinario en la recopilación de información relevante y en el acercamiento de los afectados a los jueces. Por otra parte, en 2002, la Corte creó su propia Comisión de monitoreo del fallo, con funcionarios repartidos en cada uno de los Estados de la India. Estos comisionados tienen la tarea velar por el cumplimiento no solo de las decisiones de la Corte, sino también de las obligaciones emanadas de la *Ley Nacional de Seguridad Alimentaria*, un cuerpo legal expedido por el Estado Federal como reconocimiento de su responsabilidad política en esta materia, el mismo que regula todo lo atinente a los procedimientos de almacenaje y distribución de los cereales a lo largo del territorio nacional.<sup>115</sup>

Como puede observarse, tanto en el caso de los desplazados en Colombia como en el de la política alimentaria de la India, los jueces promulgaron órdenes muy concretas para los órganos políticos, se valieron de otras agencias para supervisar el cumplimiento de sus decisiones e incluso dictaron nuevas órdenes que contribuyeron a lograr su ejecución integral. Todo ello, sin embargo, lo hicieron ante la omisión de los gobiernos de no haber siquiera implementado una política pública que pudiera hacerse cargo de estas violaciones masivas a los derechos humanos. Es por esta razón que David

---

<sup>114</sup> Ver caso: *People's Union for Civil Liberty Vs Union of India – Right to Food*. Disponible en: <https://blog.ipleaders.in/peoples-union-for-civil-liberty-vs-union-of-india/>

<sup>115</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 237.

Landau afirma que las únicas posibilidades reales de éxito para el modelo de la aplicación estructural vienen dadas no por las fallas en la implementación de una política pública en curso, sino más bien ante la absoluta inexistencia de aquella:

En ambos casos, la Corte asumió problemas masivos que las ramas políticas básicamente habían ignorado y construyó políticas públicas desde cero... Esto sugiere nuevamente que los tribunales podrían ser mejores en la construcción de nuevas políticas públicas que en tratar de trabajar dentro de políticas y burocracias ya establecidas y arraigadas. En otras palabras, estos son menos casos de reforma institucional y más casos de construcción institucional.<sup>116</sup>

Todo lo anterior apunta a confirmar la tesis de que los modelos de los mandatos negativos y la aplicación individual no han servido para beneficiar a los grupos más pobres, sino más bien a los de las clases medias y altas. Dicho fenómeno no solo que desmiente la supuesta posición contra-mayoritaria de las Cortes, sino que contraviene la obligación de los Estados de garantizar unos mínimos vitales en la realización de los derechos sociales. Por otro lado, las ocasiones en que las Cortes han decidido ir más allá en la aplicación de estos derechos, esto es, implementando la estrategia de la aplicación estructural, se han verificado primordialmente ante la inexistencia de una política pública, que aparece como el escenario más probable en donde ese tipo de medidas pueden prosperar.

---

<sup>116</sup> *Ibíd*, 237.

## **Capítulo II.- La Defensoría Pública de Ecuador y la garantía de los derechos sociales**

En esta sección sostengo, en primer lugar, que la existencia de la Defensoría Pública ecuatoriana, como agencia encargada de defender en juicio y de forma gratuita a los más pobres, ataca las tres barreras que les impiden a estas personas el acceso a la justicia en el modelo de la aplicación individual, a saber: 1) falta de consciencia de derechos o alfabetización legal; 2) insuficiencia de recursos económicos para sostener los costos de un litigio; y, 3) falta de acceso a una defensa técnica de calidad. En segundo lugar, afirmo que la autonomía e independencia de esta institución, la cual no se encuentra adscrita a la rama ejecutiva (como sucede con la mayoría de las defensorías públicas del mundo) permite que se incrementen las probabilidades de ejercitar -con cierto éxito- acciones de inconstitucionalidad *negativas* y de litigio *estructural*. En tercer lugar, analizo las atribuciones de la Unidad de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública, departamento a través del cual se institucionaliza la defensa judicial de los derechos sociales de los más pobres. En cuarto lugar, realizo un análisis exhaustivo de las acciones planteadas por dicha Unidad a lo largo de sus dos primeros años de existencia, a fin de establecer si ha podido incidir o no en la creación o modificación de ciertas políticas públicas. En quinto y último lugar, realizo un análisis de tres casos que he podido litigar en mi calidad de defensor público y que versan sobre derechos sociales, todos ellos a favor de grupos de atención prioritaria.

### **2.1 Antecedentes de la creación de la Constitución de 2008 y la Defensoría Pública**

La Constitución ecuatoriana de 2008, conocida como la Constitución de Montecristi, incluye a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos justiciables. El texto los denomina derechos del *sumak kawsay*, que en la voz de nuestros pueblos ancestrales quiere decir “derechos de la vida en plenitud” o “derechos del buen vivir”. Antes de 2007, año en el que se resolvió la convocatoria a la Asamblea Constituyente, el Ecuador había atravesado una crisis económica y política que se había extendido durante más de una década. El país había tenido nueve presidentes en diez años, el sistema financiero nacional había colapsado y la confianza en el Congreso había

caído a menos del 1% de aceptación popular, lo cual había provocado la migración masiva de tres millones de ecuatorianos.<sup>117</sup>

La deslegitimación de los partidos políticos era tal, que en el último de los mandatos de ese período, el del militar Lucio Gutiérrez, tuvo lugar una movilización espontánea llamada la “revuelta de los forajidos”, cuya consigna gritada en las calles de Quito era “que se vayan todos”. Este hecho fue el que marcó el terreno para que se concretara el ascenso de Rafael Correa a la Presidencia de la República. Correa, quien había marchado junto a los forajidos y era un verdadero *outsider* de la política nacional, había sido nombrado Ministro de Economía por el Presidente Alfredo Palacios, quien asumió el poder luego de la caída de Gutiérrez. En su corto paso por el Ministerio - menos de cuatro meses-, Correa hizo lo que ningún Ministro de Economía había hecho antes: denunció el pago de la deuda externa, a la que se destinaba en ese entonces, por presiones del FMI, el 70% de los excedentes del petróleo, y solicitó públicamente al Congreso la derogatoria de la ley que prohibía al Estado ecuatoriano aumentar su presupuesto en más del 3.5%. Cuando Palacios cuestionó a Correa por el redireccionamiento que había dado en el manejo económico, éste renunció al cargo, lo cual hizo que su postura se visibilizara y que, en el contexto de indignación popular contra la vieja clase política, la ciudadanía lo alentara a candidatearse para la Presidencia de la República.<sup>118</sup>

Tres meses después de que asumiera el cargo realizó una consulta popular para preguntarle al pueblo si avalaba la convocatoria a una Asamblea Constituyente, plebiscito en el que terminó ganando con una amplia mayoría. Con el 82% de aprobación popular, la Asamblea Constituyente se instaló en Montecristi, provincia de Manabí, con 80 asambleístas del movimiento del gobierno, Alianza País, entre un total de 130. Aquello permitió que la ideología progresista del régimen quedase plasmada a lo largo de un amplio catálogo de derechos del *buen vivir* (derechos sociales), y que la institucionalidad del Estado quedara vinculada a la satisfacción de esos derechos a través de un robusto sistema de garantías. El Art. 1 de la Constitución estableció que “el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, lo cual supuso una evolución del antiguo “Estado Social de Derecho”, en el que si bien se incluían ciertos

---

<sup>117</sup> Marta Harnecker. *Ecuador: Una nueva izquierda en busca de la vida en plenitud* (Quito: Abya Yala, 2011).

<sup>118</sup> *Ibíd.*

derechos económicos, sociales y culturales, éstos no contaban con las garantías necesarias que hagan posible su cumplimiento.<sup>119</sup>

En términos más amplios, la categorización de los derechos sociales como *derechos del buen vivir* partió de una construcción epistemológica propia de nuestros pueblos ancestrales, en la que el equilibrio entre mercado y sociedad -postulado básico del Estado Social de Derecho- se amplió para avanzar hacia una interrelación más armónica con la Naturaleza, a la cual la Constitución la reconoció como sujeto de derechos.<sup>120</sup> Asimismo, desde el modelo del buen vivir se fortaleció la noción de *democracia participativa* como una superación de la democracia liberal. Ello, por supuesto, no implicó una renuncia a los principios republicanos y las libertades básicas, ni mucho menos al establecimiento de un sistema representativo, pero sí una apuesta por la construcción de mecanismos en los que la sociedad civil pudiera tener un mayor margen de decisión y fiscalización de las políticas públicas directamente relacionadas con la implementación de los DESC. Como lo ha señalado Marco Navas Alvear:

El modelo del buen vivir (y esto es similar en casos como el boliviano) instituye además diversos mecanismos participativos que podrían permitir una novedosa construcción procedimental, participativa y deliberativa de las políticas públicas y las acciones estatales... En este y otros sentidos el modelo del buen vivir da un paso adelante en lugar de uno al costado en cuanto a promover activamente el bienestar. El modelo de Estado Social contempla una estela de prestaciones sociales, en algunos casos como derechos... contribuyendo incluso a poner las bases de la integración europea. El modelo del buen vivir no es, empero, una mera actualización y adaptación latinoamericana (atrasada del Estado de Bienestar)... este modelo toma críticamente algunos elementos del Estado Social y los reelabora justamente en el marco de la comprensión armónica del buen vivir...<sup>121</sup>

En este sentido, la Carta de Montecristi pretendió instaurar unos modelos de Estado y de democracia que se ajustaran más a la compleja realidad sociopolítica del Ecuador. Desde esa perspectiva, el rol asignado a la judicatura dio un salto cualitativo como garante de los derechos de los ciudadanos. La máxima del Art. 11 (9) de la Constitución, que reza “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, permitió que el Ecuador se inserte en la denominada corriente “neo-constitucionalista”, en donde todos los

---

<sup>119</sup> Juan Montaña Pinto. «Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales.», 25.

<sup>120</sup> Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador* (Quito: Registro Oficial No. 449, 2008), Arts. 71 y siguientes.

<sup>121</sup> Marco Navas Alvear. «Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del Estado Social», en *Direito Constitucional Nas Relações Econômicas: Entre o Crescimento Econômico e o Desenvolvimento Humano* (Río de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014), 459-460.

derechos, civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales, quedaban asegurados normativamente por un sistema de garantías normativas, de política pública, institucionales y jurisdiccionales.

La Constitución reconoció expresamente que “los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial...” y que “los derechos serán plenamente justiciables”.<sup>122</sup> Aparte de las ya conocidas acciones de hábeas corpus y hábeas data, se incluyeron las acciones de protección, *por incumplimiento*, *de incumplimiento*, de acceso a la información pública, extraordinaria de protección, cautelar autónoma, de interpretación y de inconstitucionalidad. De aquellas, la de mayor alcance fue la *acción de protección*:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución... cuando exista una vulneración... por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave... o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”<sup>123</sup>

Dicha garantía fue diseñada para ser sencilla, rápida, eficaz e informal, pues inclusive puede ser interpuesta de forma oral, sin abogado y sin necesidad de citar la norma infringida.<sup>124</sup> Por su parte, los constituyentes crearon una Corte Constitucional que, hasta la actualidad, funciona como órgano de cierre del sistema y es la “máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano”.<sup>125</sup>

El modelo de revisión judicial es mixto, esto es, difuso y abstracto. El primero permite que todos los jueces ordinarios puedan declarar la vulneración de derechos constitucionales en casos concretos y solo se aplica *inter partes* (entre las partes litigantes), mientras que el segundo es una facultad exclusiva de la Corte Constitucional, la cual revisa la constitucionalidad de la legislación con carácter *erga omnes* (con efectos generales). La Corte Constitucional ejerce el control abstracto de constitucionalidad a través de dos vías: i) mediante la selección de casos que han sido decididos por los jueces ordinarios, y ii) mediante pronunciamientos que derivan de la

---

<sup>122</sup> Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador* (Quito: Registro Oficial No. 449, 2008), Art. 11, numeral 3.

<sup>123</sup> *Ibíd.*, Art. 88.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, Art. 86.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, Art. 436.

activación de las garantías jurisdiccionales en las que tiene competencia originaria, esto es, aquellas que se plantean directamente ante este tribunal, a saber, la *acción extraordinaria de protección*, la *acción de incumplimiento*, la *acción por incumplimiento*, la *acción de inconstitucionalidad* y la *acción de interpretación*. Por lo demás, todas las sentencias y dictámenes de la Corte constituyen precedentes vinculantes, mientras que las decisiones de los jueces ordinarios no vinculan más allá de sus decisiones particulares, de modo que pueden existir pronunciamientos contradictorios incluso para situaciones fácticas similares.

## **2.2 La Defensoría Pública de Ecuador como ente autónomo de la Función Judicial**

El Art. 191 de la Constitución ecuatoriana es el que define a la Defensoría Pública:

La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos... prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica... en todas las materias e instancias...<sup>126</sup>

Por su parte, el Art. 192 establece que el Defensor Público General “desempeñará sus funciones durante seis años”<sup>127</sup> y el Art. 209 señala que dicha autoridad será designada por una comisión organizada por el nuevo Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un “concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho a impugnación...”<sup>128</sup> Así, una de las características principales de esta institución es que está políticamente aislada. El Defensor Público General es nombrado por méritos, y el cumplimiento de sus responsabilidades no depende de quién sea el Presidente de la República o controle la Asamblea Nacional.

Hasta el 2007, el Ecuador no contaba con una Defensoría Pública propiamente dicha. Sus inicios se remontan al año 2004, cuatro años antes de la vigente Constitución de Montecristi, cuando los defensores públicos trabajaban bajo la tutela de las Cortes Provinciales y la Corte Nacional de Justicia, y el promedio era de apenas 0,26

---

<sup>126</sup> Ibíd, Art. 191.

<sup>127</sup> Constitución de Ecuador, Art. 192.

<sup>128</sup> Constitución de Ecuador, Art. 209.

defensores por cada cien mil habitantes, a esa fecha, la cifra más baja de Latinoamérica. Similar a lo que ocurre en Brasil, con las defensas dativas, los pocos abogados privados que asumían el patrocinio público eran conminados por los jueces a intervenir de oficio y únicamente para las causas penales en defensa de quienes no podían comparecer con un abogado.<sup>129</sup> Gina Godoy, ex Vicepresidenta de la Mesa de Justicia de la Asamblea Constituyente, me refirió que antes de la Constitución 2008, cuando la defensa pública aún no se encontraba institucionalizada, el trabajo de los abogados de oficio no garantizaba a los usuarios un patrocinio de calidad.

Como había una carga de trabajo tremenda, cuando se veía en un expediente que el patrocinador de un actor o un demandado era un defensor público, ese era un expediente olvidado. A lo mucho tenía un escrito diciendo “autorizo a mi abogado público”, pero uno en la causa no encontraba presencia que evidenciara el trabajo de los defensores...<sup>130</sup>

Los esfuerzos por revertir esta situación motivaron que el entonces diputado, Ernesto Pazmiño Granizo -quien fuera después el primer Defensor Público General- promoviera la aprobación de una ley de creación de la Defensoría Pública. No obstante, en diciembre de 2016, el entonces Presidente Alfredo Palacios decidió vetar el proyecto. Según Pazmiño, “el argumento era que no había presupuesto... [Al Presidente] le importaba un comino que las personas pobres no tengan acceso a un abogado y una defensa de calidad... en ese momento aquello no era prioritario en la agenda del gobierno...”<sup>131</sup>

La legislación de ese tiempo establecía que una ley vetada total o parcialmente por el Presidente de la República podía ser promulgada por el Congreso solo después de transcurrido un año contado a partir del veto presidencial. Sin embargo, el veto total de Palacios constituía una violación de los estándares internacionales sobre la garantía del acceso a la justicia. En el sistema universal, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su Art. 14.3 literal d) que “toda persona tiene el derecho... a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.”<sup>132</sup> De igual forma, en el sistema regional, el Art. 8.2 literal e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el “derecho

---

<sup>129</sup> Ernesto Pazmiño Granizo, ex Defensor Público General, entrevista de Augusto Verduga Sánchez. *Defensoría Pública del Ecuador y los Derechos Sociales* (15 de Agosto de 2018).

<sup>130</sup> Gina Godoy Andrade, ex Asambleísta Constituyente, entrevista de Augusto Verduga Sánchez. *Debates de la Asamblea Constituyente, Mesa de Justicia* (23 de Agosto de 2018).

<sup>131</sup> Ernesto Pazmiño Granizo, entrevista.

<sup>132</sup> Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley".<sup>133</sup> A pesar de ello, no fue sino hasta la Constitución de 2008 que se institucionalizó a la Defensoría Pública como un ente autónomo de la función judicial, extendiendo los servicios de patrocinio gratuito en todas las materias e instancias.

Pensando en ese antes, y con la aspiración de tener una Defensoría fortalecida, autónoma, mirando todas las materias y priorizando a las personas que carecen de recursos, decíamos 'bueno, hay que crear la Defensoría Pública'... Gracias a la fuerza política del gobierno de Correa es que se logró ser firmes y contundentes desde el inicio... en los diez años que han pasado logramos tener una Defensoría Pública con presencia en todo el país, con una estructura propia y con profesionales capacitados... no todo está hecho, pero las grandes bases fueron dibujadas y diseñadas en el marco Constituyente...<sup>134</sup>

Con ello, el Ecuador dio un salto cualitativo en la garantía de los derechos de los más necesitados. De ser el único país en América Latina que no poseía una Defensoría Pública, se convirtió en el único país que institucionalizaba la defensa pública a través de la Constitución, sin restringir sus servicios al ámbito penal.

Si esta Constitución procuraba acortar brechas de desigualdad para los grupos históricamente atropellados por un sistema en el que sobrevive el más fuerte, la Defensoría no solo debía estar para temas penales; pensábamos en aquella madre a cargo de hijos sin poder contratar a nadie para alimentarlos, o en el obrero que es despedido injustamente de su trabajo...<sup>135</sup>

Lo que sucede en la realidad es que, con mucha frecuencia, las personas cuyos derechos son violentados más severamente no tienen consciencia de que son víctimas de dichas violaciones, de ahí que las reclamaciones que efectúan en defensa de su dignidad casi nunca están formuladas en el lenguaje de los derechos.<sup>136</sup> El caso Grootboom es un buen ejemplo de aquello. Inicialmente, las personas que fueron desalojadas de sus campañas no eran conscientes de que tenían un derecho constitucional a una vivienda digna, y aún más, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico sudafricano este derecho desplazaba al derecho patrimonial del terrateniente. Así, dicho desconocimiento

---

<sup>133</sup> OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 7-22 de Noviembre de 1969. Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

<sup>134</sup> Gina Godoy Andrade, entrevista.

<sup>135</sup> *Ibíd.*

<sup>136</sup> Adam Chilton y Mila Versteeg. *From Parchment to Barriers: How Constitutional Rights can make a Difference*, 221.

propició que los perjudicados volcaran sus primeras energías a exigir una solución que entendían que debía emanar únicamente del gobierno.<sup>137</sup>

Volviendo al caso de Ecuador, Ernesto Pazmiño me comentó que la institución ha suscrito convenios con el Consejo Nacional de Juntas Parroquiales (CONAJUPARE) y con algunos municipios del país, a fin de que los defensores públicos acudan a las comunidades y a los sectores más olvidados a realizar talleres de educación en derechos. Actualmente solo en la capital, Quito, la Defensoría Pública cuenta con *oficinas móviles de defensa* que transportan a los defensores hacia los lugares más alejados de la urbe. “Son oficinas rodantes bien equipadas en las cuales [los defensores] se desplazan a los barrios periféricos y a las parroquias rurales para capacitar en derechos a la gente de bajos recursos.” Un componente importante de dichas unidades móviles es la asesoría en resolución alternativa de conflictos, con la que se pretende buscar soluciones extrajudiciales rápidas y menos complejas que las de los procesos judiciales.<sup>138</sup>

De otro lado, de acuerdo con el Art. 193 de la Constitución,<sup>139</sup> la Defensoría Pública tiene a su cargo la acreditación y rectoría de los consultorios jurídicos gratuitos de las universidades y las organizaciones de la sociedad civil, con los cuales conforma el *Sistema Nacional de Defensa Pública*, a fin de complementar el trabajo defensorial y ampliar la cobertura hacia todas las materias. A la presente fecha, la institución cuenta con 1127 funcionarios, de los cuales el 75% es misional y el resto pertenece al área administrativa. De los 841 defensores públicos distribuidos a lo largo de todo el territorio nacional, 518 son mujeres y 609 son hombres<sup>140</sup>, los cuales se encuentran distribuidos por materias o líneas de servicio: Área Social, que comprende los casos laborales, civiles, y de familia, mujer, niñez y adolescencia; Área Penal, que comprende la defensa de la parte procesada en procesos penales; y Área de Víctimas, que comprende la defensa de la parte denunciante en procesos penales de violencia intrafamiliar y delitos contra la vida y la integridad sexual, así como casos constitucionales en defensa de personas con enfermedades catastróficas, grupos LGBTI y procesos de movilidad humana.

---

<sup>137</sup> *Ibíd.*, 221.

<sup>138</sup> Ernesto Pazmiño Granizo, entrevista.

<sup>139</sup> Constitución Art. 193.- Las facultades de Jurisprudencia, Derecho o Ciencias Jurídicas de las universidades, organizarán y mantendrán servicios de defensa y asesoría jurídica a personas de escasos recursos económicos y grupos que requieran atención prioritaria. Para que otras organizaciones puedan brindar dicho servicio deberán acreditarse y ser evaluadas por parte de la Defensoría Pública.

<sup>140</sup> Informe de Labores 2017, disponible en <http://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/rdc2018/Informe2017.pdf>

Del informe de labores de la institución del año 2017 se desprende que “el 75 por ciento [de los funcionarios] tiene tercer y cuarto nivel académico, es decir, grado universitario y postgrado.” y que solo durante ese año “se realizaron 119 eventos de capacitación a nivel nacional en distintas materias. De estos, 78 estuvieron dirigidos a defensores públicos, asesores legales y representantes de consultorios jurídicos; y 41 al personal administrativo...”<sup>141</sup>

Siempre se ha dicho que lo público es malo y que lo gratuito no es eficiente, nosotros hemos roto ese paradigma, hemos demostrado que lo público y lo gratuito pueden ser de calidad... Gastamos bastantes esfuerzos en capacitación a los defensores, es una de nuestras políticas fundamentales... hoy [los defensores] se están capacitando en temas emblemáticos como litigación oral, violencia de género, movilidad humana y grupos de atención prioritaria... la defensa de los más vulnerables requiere sensibilizarnos en el tratamiento de estas temáticas...<sup>142</sup>

Como puede observarse, las características del diseño institucional ecuatoriano, en el que existe una agencia denominada Defensoría Pública encargada de representar en juicio a las personas más desposeídas, permiten superar las tres barreras presentadas por el modelo de la aplicación individual, barreras que, como vimos, tienen que ver fundamentalmente con el acceso a la justicia (*voice*, en palabras de Siri Gloppen), esto es, con la probabilidad de que las demandas de los más pobres en cuanto a derechos sociales se refiere puedan de hecho canalizarse a través de los órganos jurisdiccionales. Esto es así porque al patrocinar de forma gratuita en todas las materias a aquellas personas que por su condición económica, social o cultural no puedan contratar los servicios de una defensa privada, sumado al hecho de que los defensores públicos son constantemente capacitados en las distintas áreas de su experticia, la justiciabilidad de los derechos sociales de los más desposeídos no depende ya de la consciencia que hayan adquirido sobre la titularidad de los mismos, el acceso a buenos abogados particulares o el tiempo y recursos para sufragar los gastos de un litigio. Si la Defensoría Pública se erige como una garantía institucional de los más pobres -para que éstos puedan alcanzar sus objetivos y defender sus intereses- los obstáculos del modelo de la aplicación individual identificados por Landau se ven solventados con el poder equilibrador y transformador de las relaciones sociales de desigualdad que está en la naturaleza de esta institución.

---

<sup>141</sup> *Ibíd.*

<sup>142</sup> Ernesto Pazmiño Granizo, entrevista.

De lo anterior podemos advertir que, al menos desde la estrategia de la aplicación individual, el verdadero nudo crítico a la hora de entablar reclamaciones sobre derechos sociales en favor de los pobres se presenta en la fase del acceso a la justicia, en la que la Defensoría Pública juega un rol protagónico, pues, de ahí en adelante, el camino resulta más diáfano para los litigantes de bajos recursos. Siguiendo la tipología de Gloppen diré que en relación a las motivaciones que llevan a los jueces a favorecer o no este tipo de demandas (*responsiveness*) y su capacidad de encontrar mecanismos idóneos para reparar las violaciones a estos derechos (*capability*), el modelo de la aplicación individual no presenta mayores inconvenientes, pues, como fue analizado, en estos casos el fallar de forma favorable hacia los accionantes no es asumido por los jueces como una intromisión en el ámbito de las políticas públicas, ya que sus decisiones solo tienen efectos *inter partes*, lo cual los releva de efectuar complejos cálculos sobre el “impacto social” de las mismas. De otro lado, dado que comúnmente la vulneración de derechos que se invoca deriva del incumplimiento de una regla clara y específica, los jueces no suelen vacilar demasiado en la identificación de las medidas idóneas para remediar los daños ocasionados,<sup>143</sup> de ahí que la imposición de las reparaciones se asemeje mucho a las decisiones adoptadas en el contexto de un proceso civil. Por último, esta modalidad individual de amparo jurisdiccional es usualmente acatada de forma pacífica por las entidades accionadas (*compliance*), ya que la falta de cumplimiento de una regla expresamente delimitada y que cae dentro de la esfera de sus competencias acarrea, con frecuencia, sanciones administrativas, máxime si dicho incumplimiento se ve amplificado a través de una sentencia que declara la vulneración de los derechos en cuestión.<sup>144</sup>

Ahora bien, para los efectos de este trabajo resulta de especial relevancia identificar de qué manera la existencia la Defensoría Pública de Ecuador permitiría no solo robustecer la interposición de exitosas demandas individuales en favor de los más pobres, sino también -y sobretodo- indagar en los alcances de este diseño institucional respecto a las otras dos estrategias analizadas anteriormente, esto es, los mandatos negativos y la aplicación estructural. A este respecto, vale la pena la siguiente

---

<sup>143</sup> Por ejemplo, en el caso de un paciente con enfermedad catastrófica al que no se le ha proporcionado su medicina, la reparación material consistirá en proveérsela de forma inmediata, en las dosis prescritas por su médico tratante y, como reparación inmaterial, fijar una medida con la que se garantice la no repetición del hecho.

<sup>144</sup> Como prueba de lo anterior están los indicadores estadísticos elaborados por Florian Hoffmann y Fernando R.N.M. Bentes en Brasil, en los que se encontró que los litigios en relación al derecho a la salud terminaron con una tasa de éxito del 82%, a pesar de que en la mayoría de estos casos los demandantes no eran personas pobres, sino acaudaladas. Ver nota 89.

puntualización. Si bien los modelos de aplicación judicial de los DESC se refieren primordialmente a las dos variables intermedias esbozadas por Gloppen, esto es, las motivaciones y capacidades de los *jueces* a la hora de decidir en torno a demandas sobre derechos sociales, la acogida que éstas tengan por parte de los administradores de justicia depende en buena medida de la manera en la que se articulan estas reclamaciones por parte de los litigantes, esto es, las estrategias legales empleadas por los abogados defensores para enmarcar sus demandas dentro de los presupuestos de un caso “ganable”.

Naturalmente, existe una diversidad de factores que influye en la manera en la que los jueces de hecho deciden en la práctica, desde la estructura del sistema jurídico<sup>145</sup>, su nivel de versación o cultura, la percepción que tienen de sí mismos respecto a su rol como agentes de cambio social, la forma en la que conciben la interrelación entre el Derecho y la Política, hasta cuestiones más personales como su sensibilidad frente a las injusticias, su género, sus valores ideológicos, su posición socio-económica o su etnia.<sup>146</sup>

Sin obviar ninguna de estas variables, sostendré que, en lo que al acceso a la justicia se refiere (*voice*), las posibilidades de presentar demandas exitosas se incrementan con la existencia de una Defensoría Pública como la de Ecuador, por una razón sencilla: Contrario a lo que sucede con la mayoría de los países de América Latina, en donde la defensa pública es comúnmente asumida por entidades adscritas a la rama ejecutiva, la opción de los constituyentes ecuatorianos fue crear una institución que funcione “de forma desconcentrada, con autonomía administrativa, económica y financiera”<sup>147</sup>, de tal manera que pueda trascender en el tiempo con independencia de quién ostente el poder político.

Montecristi fue, en su conjunto, una gran oportunidad para construir el marco jurídico del Estado ideal. Y del Estado ideal pensámonos como un país en el que el ejercicio de los derechos no podían estar expuestos a coyunturas ni a intereses políticos... pensamos en una Defensoría que pueda nacer fuerte y que pueda mantenerse fuerte en el tiempo... aun cuando el tema político es un eje transversal, no queríamos que sea esa su naturaleza, sino el servicio, y para eso era necesario que el Estado garantice los recursos suficientes... todo se lo pensó como sostenido y acompañado de la gente, de modo que si la Defensoría se convertía en patrocinadora de las personas con menos recursos, esas

---

<sup>145</sup> En Ecuador, por ejemplo, de acuerdo al Art. 11(3) de la Constitución, todos los derechos son justiciables.

<sup>146</sup> Siri Gloppen. «Courts and Social Transformation: An Analytical Framework.», 49.

<sup>147</sup> Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 191, inciso 3.

personas serían las más agradecidas y las que terminarían sosteniendo la institucionalidad.<sup>148</sup>

La gente me dice “ustedes defienden casos contra el Estado”, y yo les respondo que claro, que es nuestra obligación hacerlo. Una defensa pública que no es autónoma y depende de la rama ejecutiva no puede hacer eso; una defensa pública donde se está defendiendo un caso que tiene tintes políticos y que le interesa al ejecutivo, si no es autónoma, cualquier Viceministro, Subsecretario o Asesor del Presidente puede llamar a decir “sepárense de este caso, pues es de interés político nuestro”. Pero eso no puede suceder porque los derechos de los ciudadanos no tienen visiones políticas...<sup>149</sup>

Por el contrario, una Defensoría Pública adscrita a la rama ejecutiva que pretendiera demandar la creación, implementación o corrección de una política pública, asumiría inevitablemente la contradicción de emplazar a su jerárquico superior. Bajo este escenario, el hecho de que se presenten acciones estructurales en contra del Estado generaría una externalidad que, ante la amenaza, provocaría una injerencia de la rama ejecutiva en la judicial, con miras a frenar dichas iniciativas. Aún más, asumiendo que los defensores públicos decidan enfrentar dicha contradicción, los hallazgos de Landau sobre el comportamiento judicial a la hora de desafiar a los órganos políticos valdrían también en este caso para los defensores públicos, pues lo más probable es que éstos manejen dicha tensión priorizando, sobretodo, la defensa de causas que puedan tener una mayor repercusión mediática.

Otra ventaja que presenta el modelo ecuatoriano es que, si bien el Defensor Público General es la cabeza de una agencia con autonomía e independencia, a la vez dicha autoridad forma parte de la función judicial, lo cual le permite internalizar el costo de las posibles amenazas de las otras funciones del Estado. Esto es particularmente relevante para calcular cuándo -y hasta qué punto- la defensa de mandatos negativos y acciones estructurales pueden tener probabilidades de éxito en los tribunales de justicia (*responsiveness* y *capability*). En este sentido, el Defensor Público tiene la posibilidad de anticipar qué tipo de acciones puede significarles a los jueces un alto costo en términos de capacidad y legitimidad democrática, y, en consecuencia, seleccionar aquellos casos que puedan ser más “digeribles” para los órganos políticos (*compliance*).

La autonomía que tenemos en el Ecuador nos ha permitido ejercer acciones directas contra instituciones estatales, pues el Estado es la entidad que más viola los derechos de la gente. Cuando encarcela injustamente, cuando hay políticas públicas que privilegian la seguridad antes que los derechos, cuando no cumple con la obligación de brindar los servicios públicos necesarios a los ciudadanos como la educación o la salud adecuadas, ahí nosotros intervenimos... hemos venido a ser un dique dentro del sistema de justicia;

---

<sup>148</sup> Gina Godoy Andrade, entrevista.

<sup>149</sup> Ernesto Pazmiño Granizo, entrevista.

la Defensoría Pública se ha convertido en un muro duro de pasar para los abusos del poder... vengan de donde vengan.<sup>150</sup>

Por lo demás, el diseño institucional ecuatoriano se corresponde con las resoluciones que, desde el año 2011, ha venido emitiendo la Organización de Estados Americanos (OEA) en relación a las características que debe tener la defensa pública de los Estados Parte como garantía del acceso a la justicia, en donde con mucha pertinencia se ha resuelto “destacar la importancia de la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria, de la defensa pública oficial, como parte de los esfuerzos de los Estados Miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado...”<sup>151</sup> De igual manera, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) ha expedido los *Principios y Directrices sobre la Defensa Pública en las Américas*, cuyo principio 8 establece que “la defensa pública no debe limitarse al fuero penal, sino que, en el marco de la legislación de cada Estado, se debería incluir asistencia jurídica en todos los fueros”.<sup>152</sup>

Ahora bien, a pesar de que la normativa ecuatoriana cumple con los estándares internacionales más elevados en esta materia y que el país cuenta con un amplio catálogo de derechos sociales y herramientas jurisdiccionales para exigir su cumplimiento -o para expresarlo en el modo en el que hablan los abogados ecuatorianos: a pesar de que el Ecuador cuenta con una Constitución “garantista”- el cambio de paradigma plasmado en la Carta de Montecristi no ha tenido eco en los aplicadores de justicia, quienes -sobre la base la tradición formalista y legalista afincada por décadas en el país- siguen concibiendo al Derecho no como una práctica social en permanente construcción, sino como un todo coherente divorciado de otras disciplinas como la política, la economía o la moral. Existe, por tanto, una suerte de miopía que frena a los jueces al momento de asumir su corresponsabilidad en la transformación del status quo y las inequidades sociales, los cuales deliberadamente deciden no ir más allá del modelo de la aplicación individual. Y es que el cambio de paradigma, no se reduce -no puede reducirse- a meras reformas normativas. La Constitución de 2008 ha sido una

---

<sup>150</sup> *Ibíd.*

<sup>151</sup> OEA, Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. 3 de Agosto de 2016. Recuperado de: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/sm10-8-16pressdocs1.pdf>. Hacia la autonomía y fortalecimiento de la defensa pública oficial como garantía del acceso a la justicia, cuadragésimo cuarto período ordinario de sesiones, Asunción, Paraguay.

<sup>152</sup> Principios y directrices sobre la defensa pública en las Américas. Disponibles en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias/2745-principios-y-directrices-sobre-defensa-publica-en-las-americas>.

condición necesaria -pero no suficiente- para caminar hacia una práctica institucional que persiga la garantía jurisdiccional de los más desposeídos; sin embargo, el verdadero desafío consiste en cambiar la *matriz cultural* de nuestros jueces, y eso va a requerir de un proceso paulatino de toma de consciencia que deberá ser impulsado desde la sociedad civil pero también desde el propio Estado.

En este sentido, lo que verdaderamente convierte a la Defensoría Pública en un actor relevante para la puesta en práctica de los modelos de los mandatos negativos y la aplicación estructural, es esta noción de *litigio estratégico* que forma parte de su signo identitario, y en virtud de la cual los defensores públicos actúan -o deben actuar- no solo desde la hermenéutica jurídica para convencer en juicio sobre la necesidad de transformar la realidad a favor de los más pobres, sino que, como veremos enseguida, exige acompañar a los movimientos sociales en sus luchas, procurando visibilizar ciertas realidades injustas que no constan -o no constan lo suficiente- en la agenda de los órganos políticos.

### **2.3 Unidad de Litigio Estratégico**

Con la Constitución de Montecristi se permitió la judicialización no solo de los clásicos derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales, imponiendo en cualquier caso obligaciones negativas (o de abstención) y positivas (o de prestación). Dado que a la nueva Corte Constitucional se le confirió la facultad de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”, la Defensoría Pública decidió readecuar su diseño institucional a fin de que, a través del ejercicio de estas garantías, pudiera provocar transformaciones estructurales en favor de las personas más desposeídas.

Así, en marzo de 2016, expidió la *Política Marco de Litigio Estratégico*, la cual estableció como su objetivo general el “seleccionar, analizar y litigar casos... con el fin de promover cambios y transformaciones estructurales en el sistema jurídico-político a nivel local, regional y mundial, sin perjuicio de los intereses individuales y colectivos

de las partes en un proceso jurisdiccional y/o administrativo.”<sup>153</sup> Con ello, la Defensoría Pública pasó a ser la única institución del Estado con una política de alto impacto encaminada a sortear las ya comentadas barreras que impiden el acceso a la justicia para los más desfavorecidos, rompiendo de esta manera con un paradigma que se encuentra recogido en cientos de manuales sobre esta materia, pues las políticas de litigio estratégico no son propias del Estado, sino de la sociedad civil -a través de ONGs- que se enfrentan constantemente al poder estatal.

La noción de litigio estratégico surge en 1931 con la publicación de un paper del jurista norteamericano Jerome Frank titulado *Why Not a Clinical Lawyer School?* Frank pertenecía a la Escuela Realista del Derecho, la cual postula la idea de que los jueces toman sus decisiones sobre la base de intuiciones personales, y que, en consecuencia, los argumentos en las que dichas decisiones se respaldan son siempre construidos a posteriori. Esto es posible -afirman los realistas- porque el Derecho no es un sistema racional o coherente que arroja respuestas lógicas para cada caso, sino que, por el contrario, está lleno ambigüedades, vaguedades y contradicciones entre preceptos (antinomias) que dotan de un margen de discrecionalidad a los juzgadores. Por tanto, es en estos intersticios del Derecho en donde el litigio se convierte en una estrategia que va más allá de la simple argumentación sobre normas jurídicas para apoyarse en otras ciencias como la sociología, la psicología e incluso la política.

Desde la constatación de esta realidad, surge el concepto de “litigio estratégico” o “litigio de alto impacto” como una herramienta para incidir en la transformación del status quo:

[Se lo define como una] forma alternativa para enseñar y ejercer el derecho, [que] consiste en la estrategia de seleccionar, analizar y poner en marcha el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un Estado o región. Es un proceso de identificación, socialización, discusión y estructuración de problemáticas sociales, a partir de lo cual es factible promover casos concretos para alcanzar soluciones integrales de modo que sea posible lograr cambios sociales sustanciales.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Ernesto Pazmiño Granizo. Política Marco de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública del Ecuador. Disponible en: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1380/1/Resoluci%C3%B3n%20044-2016.pdf>

<sup>154</sup> Lucas Correa Montoya. *Litigio de Alto Impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho* (Universidad de Medellín, Opinión Jurídica No. 14, 2008), 149.  
Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002), 79.

Así, dado que el litigio estratégico presupone el uso del Derecho como instrumento de incidencia política, los abogados litigantes deben comprender las particularidades de cada caso que se litiga para saber por dónde atacar, qué ángulo se debe resaltar o acentuar a efectos de persuadir a los jueces de que resulta necesaria su intervención en la garantía de los derechos sociales. Los recursos que se utilicen para dicha finalidad son de muy diversa índole, desde el estudio del perfil de los juzgadores para identificar su nivel de sensibilización respecto al objeto materia de la litis, hasta la mediatización de los casos tendiente a generar reacciones favorables y ejercer presión sobre aquéllos. Esto último es de vital importancia si consideramos que, de acuerdo a Landau, los jueces suelen actuar de forma populista, interviniendo en el ámbito de las políticas públicas solo cuando presumen que sus decisiones gozarán de la aprobación de la mayoría.

En este sentido, el litigio estratégico no solo supone tener un buen dominio del material jurídico aplicable, sino que precisa de una sinergia entre abogados defensores y comunidades o movimientos sociales que permita generar imaginarios en la sociedad e influir en el comportamiento de los jueces. Consiste, en suma, en fortalecer la movilización social, visibilizando las necesidades de los grupos más desaventajados, o en términos de Gramsci, construir hegemonía, entendiendo que la realidad social se cambia con el empoderamiento de los pobres a través de la lucha organizada por sus derechos. Darles voz para que sus necesidades sean expresadas a través de los canales más idóneos, permitiendo que sus demandas sociales se articulen en el lenguaje de los derechos y que los administradores de justicia conecten con estas demandas. Por otro lado, el trabajo de los litigantes estratégicos no termina con la expedición de la sentencia o fallo que declara la vulneración de derechos, sino que se extiende hasta la fase de ejecución en donde verdaderamente se juegan sus efectos prácticos. Por ello, el litigio de alto impacto implica también el desarrollo de labores de cabildeo ante los órganos responsables de acatar dichas decisiones.

Ahora bien, un hecho sobre el que quiero llamar la atención es que, contrario a lo que sostiene Landau, el uso de los mandatos negativos no siempre constituye un modelo ajeno a las necesidades de los más desaventajados, pues en regímenes con acuerdos institucionales preexistentes que atienden sus necesidades, la aplicación de este modelo más bien contribuye a que éstos no pierdan los beneficios ya alcanzados. Según Siri Gloppen, “esto es particularmente relevante en países que antes perseguían alguna forma de socialismo, donde los subsidios para las prioridades sociales se han

suspendido o reducido, debido al cambio ideológico y/o la presión financiera que resulta en la introducción de políticas de ajuste estructural y liberalización de la economía.”<sup>155</sup>

El caso de Ecuador es un buen ejemplo de lo anterior. En el gobierno de Rafael Correa, la inversión pública en favor de los derechos sociales colocó al país como uno de los que más redujo pobreza en América Latina.<sup>156</sup> No obstante, en el gobierno de su sucesor, Lenín Moreno, el endeudamiento con el Fondo Monetario Internacional y los recortes sociales bajo la forma de despidos masivos<sup>157</sup> o reducción del presupuesto destinado para educación,<sup>158</sup> han afectado primordialmente a los más pobres. En un escenario como el descrito, la Defensoría Pública ecuatoriana -como entidad autónoma e independiente del poder ejecutivo- tiene la facultad para demandar en juicio la inconstitucionalidad de estas medidas que representan una violación al principio de no regresividad de los derechos.

Una hipótesis que podría ensayarse para otro trabajo de investigación es que la Defensoría Pública ecuatoriana no pertenece a la rama ejecutiva porque no fue diseñada para restringir al régimen de la revolución ciudadana, el cual ya se encontraba comprometido con altos niveles de inversión social, sino principalmente para demandar a futuros regímenes -como el vigente- sin el mismo compromiso con los derechos del buen vivir plasmados en la Constitución. Así, los futuros gobiernos que se desviaran de esos niveles de inversión social enfrentarían demandas de una institución cuya misión es proteger los derechos de las personas más pobres. En todo caso, como veremos enseguida, dicha potestad existe y, aún más, la Política Marco de la Unidad de Litigio Estratégico pone especial énfasis en el patrocinio de casos que puedan derivar no solo en la aplicación de causas estructurales, sino también en la aplicación de mandatos negativos.

Por lo demás, esta inversión de la lógica tradicional, en virtud de la cual el litigio estratégico es asumido no solo -o no tanto- desde la sociedad civil sino desde el propio Estado, antes que mermar la capacidad de incidencia política de los movimientos

---

<sup>155</sup> Siri Gloppen. «Courts and Social Transformation: An Analytical Framework.», 38.

<sup>156</sup><https://www.eltiempo.com.ec/noticias/ecuador/4/cepal-anuncia-que-ecuador-reduce-significativamente-la-pobreza>.

<http://noticias.universia.com.ec/en-portada/noticia/2013/12/09/1068748/ecuador-reduce-pobreza-3-1-senala-informe-cepal.html>

<sup>157</sup><https://www.eluniverso.com/noticias/2019/03/06/nota/7219694/trabajadores-publicos-salud-denuncian-despidos-masivos>

<sup>158</sup><https://www.lanacion.com.ec/fander-falconi-reduccion-en-presupuesto-hace-inviabile-el-sistema-educativo-para-2019/>

sociales, pretende fortalecer sus estrategias de reivindicación con el uso contra-hegemónico de herramientas judiciales y extrajudiciales:

El litigio que nosotros queríamos plantear no se reducía a utilizar el Derecho en el Derecho, sino todas las herramientas políticas a nuestro alcance... convocar a organizaciones de la sociedad civil, escuchar sus demandas, realizar mítines políticos, capacitarlas, buscar y reunirse con las partes involucradas, tratar de conciliar acuerdos...<sup>159</sup>

La propuesta de ampliación de la política misional estuvo volcada hacia la defensa de los derechos sociales de los más pobres y, sobretudo, hacia los grupos de atención prioritaria. En esa línea, la articulación con organizaciones sociales apuntaba a anclar los esfuerzos en el modelo de la aplicación estructural, incentivando la conciencia social y el aprendizaje especializado y multidisciplinar. De acuerdo al documento de la Política Marco, la intención era que este enfoque forme parte de la identidad y la cultura burocrática de los defensores:

Toda/o defensora/r... estratégico debe convertirse en un instrumento para romper las barreras... que afecten el ejercicio de los derechos de las personas más vulnerables... Nuestra ética laica y de humanismo crítico nos manda a que defendamos a quienes se encuentran en indefensión estructural en un proceso judicial sin dilación y apasionadamente...<sup>160</sup>

Desde esta perspectiva, la apuesta de la Defensoría Pública radicó en construir una suerte de interacción entre responsabilidades y diseño institucional. La identidad de la agencia definiendo el diseño, pero también el diseño influyendo en la identidad de la agencia. Por otra parte, para “capturar” los casos adecuadamente, la Política Marco estableció unos criterios taxativos de selección. Según el documento, la constatación de al menos uno de estos criterios convierte a un caso en estratégico:<sup>161</sup>

- 1) Impacto político o social, mediante el acompañamiento de coaliciones sociales y de universidades. No existen otras soluciones institucionales o no institucionales, y se refieran a la protección de población prioritaria o de las instituciones constitucionales, particularmente las garantías y las categorías propias del derecho andino (interculturalidad, naturaleza como sujeta de derechos, justicia indígena, buen vivir, planificación, economía popular y solidaria, grupos de atención prioritaria, etc.), de tal manera que se amplíe progresivamente las políticas públicas y la aplicación de las leyes.

---

<sup>159</sup> Luis Ávila Linzán, ex Director Nacional de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública de Ecuador, entrevista de Augusto Verduga Sánchez. *Funcionamiento de la Unidad de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública del Ecuador* (16 de Agosto de 2018).

<sup>160</sup> Ernesto Pazmiño Granizo. Política Marco de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública del Ecuador. Disponible en: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1380/1/Resoluci%C3%B3n%20044-2016.pdf>.

<sup>161</sup> *Ibíd.*

La referencia explícita a las garantías del derecho andino puso su acento en las comunidades indígenas, las cuales están comúnmente asociadas a la marginalidad y a las que les es ajeno el sistema de justicia formal ordinario. En esa línea, al haberse plasmado en los artículos 1 y 171 de la Constitución que el Ecuador es un *Estado intercultural* y que reconoce las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas “con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio”, el pluralismo jurídico se erigió como un rasgo fundamental del Estado ecuatoriano, y como tal, en una importante herramienta para ensayar otras estrategias, menos costosas y de más fácil acceso, que permitan a la población indígena demandar la reparación de sus derechos constitucionales ante una eventual vulneración.

De otro lado, como lo han sostenido Abramovich y Curtis, la referencia al mínimo vital no solo que nos obliga a proveer de un mínimo contenido a los derechos económicos, sociales y culturales, sino que obliga también a tomar en cuenta aquella mínima porción de ciudadanos que, aún en períodos de austeridad, deben recibir la protección del Estado en la provisión de estos derechos.<sup>162</sup> En la Constitución ecuatoriana, el Art. 35 los denomina como *grupos de atención prioritaria*, entre los cuales constan las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad, personas con enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.

- 2) Llenar vacíos o eliminar normas inconstitucionales, modificar políticas y jurisprudencia contraria a la Constitución. Se tratará de establecer el litigio respecto de los derechos sociales directamente, sin embargo, se evaluará si es más conveniente una vía indirecta mediante la invocación de un derecho civil, ya sea porque ello provoca mayores posibilidades políticas o adhesiones sociales.

A pesar de que en la Constitución ecuatoriana el Art. 11 (3) establece que todos los derechos serán “plenamente justiciables”, la auto-restricción del poder judicial frente a decisiones que pueden ser consideradas políticas o que de alguna forma le signifiquen un costo alto en su capacidad y legitimidad democrática, es en Ecuador aún un problema latente. Se vuelve un imperativo, por tanto, el ensayo de estrategias de justiciabilidad indirecta, entendiendo por tales a aquellas en las que “la tutela del

---

<sup>162</sup> Víctor Abramovich y Christian Curtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 92.

derecho social se logra a partir de la invocación de un derecho distinto”<sup>163</sup>, esto es, mediante la invocación de un derecho civil. Dentro de esta perspectiva, lo que se pretende es "civilizar" los derechos sociales al sustituir, por ejemplo, el derecho a la salud por el derecho a la vida o a la dignidad humana, etc. Tal ha sido la estrategia empleada por la Corte Constitucional colombiana en los casos que hemos citado en este trabajo, no porque en Colombia exista -como en Ecuador- una escasa tradición de control judicial en materia de derechos prestacionales, sino porque la Constitución colombiana no reconoce a los DESC como derechos justiciables, lo cual ha obligado a la Corte a recurrir a la teoría de la interdependencia para dotarlos de contenido.

- 3) Mejorar, aclarar o modificar procedimientos legales o reglamentarios que generen violaciones al debido proceso, tanto formal como materialmente, o que provoquen resultados sistémicos que afecten las políticas de justicia.
- 4) Desarrollar criterios jurisprudenciales y precedentes constitucionales que materialicen la Constitución o ajusten normas infra-constitucionales al texto constitucional.

La definición del Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, plasmado en el Art. 1 de su Constitución, planteó una visión más omnicompreensiva de la norma suprema como sustrato axiológico de todo el ordenamiento jurídico. El efecto irradiación de la Constitución se extiende hacia todas las formas de relacionamiento social, incluso aquellas de carácter contractual entre particulares. De esta manera, todos los actos privados y públicos, así como las normas que les otorgan relevancia jurídica, deben guardar correspondencia con los valores y principios de la Constitución, de ahí que la Defensoría Pública asume la tarea de concretizar dicha aspiración del Estado Constitucional, sobre todo en lo concerniente a las políticas de justicia, que son el conducto a través del cual los derechos económicos, sociales y culturales son garantizados por el gobierno.

- 5) Generar aprendizajes en el litigio, particularmente aquel que se realice con el acompañamiento de los consultorios jurídicos gratuitos, instituciones del Estado o litigantes particulares con un fin social, en la medida de lo posible unificados en grandes coaliciones sociales.

Como dijimos anteriormente, para que los tribunales de justicia jueguen un papel transformador se requiere de una sinergia entre los defensores estratégicos -entre ellos también los de los consultorios jurídicos gratuitos de las universidades y las ONGs- y

---

<sup>163</sup> *Ibíd.*, 132.

los movimientos sociales. Los defensores trabajando para amplificar la voz de los movimientos y canalizar sus demandas en el lenguaje de los derechos, y los movimientos inspirando la teorización jurídica *desde* el corazón de la lucha social. Desde esta perspectiva, el litigio estratégico no se reduce al mero patrocinio legal, sino que abarca el acompañamiento de las personas pobres en sus marchas de protesta y mítines políticos, así como el fomento y promoción de su capacidad asociativa.

- 6) La aplicación de las políticas misionales y de interés público determinados por el Coordinador de Gestión Misional de la Defensoría Pública.
- 7) Aplicación y desarrollo de estándares internacionales de Derechos Humanos de los sistemas de protección, regionales y universales. En este caso, la posible litigación en estos sistemas será subsidiaria, es decir, se buscará prioritariamente el litigio local.

El litigio ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos es siempre de *última ratio*, o sea que para poder activarlo se deben agotar primero todos los recursos internos en el sistema local. No obstante, la aplicación y desarrollo de los estándares internacionales, recogidos en una multiplicidad de Tratados, Observaciones Generales y Opiniones Consultivas, son perfectamente invocables en el ámbito interno. Aún más, el Art. 417 de la Constitución recoge el principio *pro ser humano*, en virtud del cual las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos prevalecen sobre las constitucionales cuando aquéllas protejan de menor manera los derechos de las personas.<sup>164</sup>

- 8) Fortalecer a las instituciones del sistema de justicia, permitiéndoles desarrollar estándares y desarrollo jurisprudenciales. En el caso de debilidad institucional de éstas o un ambiente reaccionario del sistema de justicia a los cambios progresistas, el litigio tendrá como objetivo general, al menos, el debate público y la promoción del deber ser.

Este criterio rescata la importancia de los efectos simbólicos del litigio estratégico. Como nos enseñan César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, las decisiones judiciales “generan transformaciones sociales no sólo cuando inducen cambios en la conducta de individuos o grupos directamente involucrados en el caso, sino también cuando... modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman las visiones del mundo que promueven los activistas y litigantes que acuden a las cortes.”

---

<sup>164</sup> Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro ser humano*, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Un ejemplo de lo anterior es el caso de la sentencia T-025, que fomentó un amplio debate sobre el desplazamiento forzado en Colombia, incrementó el número de artículos periodísticos dedicados a analizar la urgencia y gravedad de este fenómeno y empoderó a los grupos de la sociedad civil frente a las negociaciones con la burocracia estatal.<sup>165</sup>

- 9) Desarrollar líneas de investigación académica, estudios estadísticos o cualitativos con el fin de mejorar las políticas de justicia, el debido proceso y el derecho a la defensa.

Los casos de litigio estratégico suelen durar muchos años, pues comúnmente van acompañados de un proceso de recambio en el imaginario de la burocracia y de la sociedad en general. La modificación del sentido común respecto a la forma en la que se percibe una violación de derechos que ha sido socialmente normalizada o simplemente desatendida, comporta un proceso paulatino de toma de consciencia por parte de los actores involucrados. En este sentido, el estudio sociológico de estos fenómenos permitiría afinar las estrategias del litigio, cambiando la lógica estatal de preocuparse exclusivamente por los números y desarrollando, por el contrario, una robusta política cualitativa.

Como se observa, los criterios de selección de casos estratégicos se anclaron fundamentalmente en la consecución de los modelos de *aplicación estructural* y *mandatos negativos*, ya que ponderan las estrategias de litigación encaminadas a incidir en el cambio de las prácticas burocráticas en favor de los más desposeídos o, al menos, a que éstas no retrocedan en lo ya logrado. Si este nuevo modelo funcionara de manera óptima, la justiciabilidad de los derechos sociales en beneficio de los pobres no solo que no dependería de las barreras que afectan primordialmente -pero no de forma exclusiva- al modelo de la aplicación individual, esto es: 1) el desarrollo de una conciencia de derechos o alfabetización legal, 2) los recursos financieros para sufragar los gastos de un litigio, y 3) el acceso a una defensa técnica de calidad, sino que también libraría batallas judiciales -sobre la base de su autonomía e independencia- con miras a provocar sentencias con efectos macroeconómicos que incidan en las políticas públicas.

Por otra parte, de acuerdo con el documento que contiene la Política Marco, la selección de casos estratégicos puede verificarse a través de tres tipos de procedimientos: ordinario, especial y extraordinario. En el ordinario, “cada coordinador provincial está obligado a seleccionar al menos un caso... y luego remitir por vía

---

<sup>165</sup> David Landau. «The Reality of Social Rights Enforcement.», 227.

electrónica el expediente del caso a la Dirección Nacional de Litigio Estratégico.” Por su parte, la Dirección Nacional debe seleccionar al menos diez casos por mes entre el universo de casos enviados por todos los Coordinadores Provinciales, y convocar mensualmente a la Clínica de Litigio Estratégico, un “espacio itinerante de análisis y debate jurídico-político” encargado de depurar la lista elaborada por la Dirección Nacional hasta seleccionar los cuatro casos que más se ajusten a los criterios determinados en la Política Marco. Según el documento, la Clínica está integrada por el Director de Pueblos y Nacionalidades, el Director de Investigaciones Aplicada, Inclusión Social y Género, el Coordinador de Gestión Misional -o su delegado- y dos Asesores de Despacho designados por el Defensor Público General. La Clínica es dirigida por el Director Nacional de Litigio Estratégico.<sup>166</sup>

La Clínica era el mecanismo central que permitiría aunar los esfuerzos en todo el país. Ésta no era un lugar físico, sino un espacio donde varias autoridades de la Defensoría Pública seleccionaban los casos e inclusive podían escuchar a gente de afuera... La idea era convocar a las organizaciones sociales y hacerla pública a través de transmisión en redes, conversar con los colectivos para que ellos nos digan “miren, tengo un caso de estas características”, y ahí decidir de forma colectiva los cuatro casos más relevantes para la Unidad. Esa era la idea, que la Clínica tuviera un impacto político y que se involucrara también a la ciudadanía en nuestras deliberaciones.<sup>167</sup>

De otro lado, en el procedimiento especial, cualquier persona puede insinuar al Coordinador de Gestión Misional o al Defensor Regional respectivo la consideración de un caso para litigio estratégico, y solo en el evento de que dichas autoridades establezcan que el caso insinuado se ajusta a los criterios de selección de la Política Marco, lo remiten al Director de Litigio Estratégico, quien a su vez lo pone a consideración de la Clínica para que sea ventilado en las deliberaciones mensuales de este espacio. Por último, en el procedimiento extraordinario, el Defensor Público General selecciona los casos directamente, previa reunión de despacho con el Director de Litigio Estratégico.<sup>168</sup>

Ahora bien, para verificar lo que ha sucedido en la práctica, revisé el universo de casos de derechos sociales litigados por la Unidad de Litigio Estratégico desde marzo de

---

<sup>166</sup> Ernesto Pazmiño Granizo. Política Marco de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública del Ecuador. Disponible en: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1380/1/Resoluci%C3%B3n%20044-2016.pdf>

<sup>167</sup> Luis Ávila Linzán, entrevista de Sócrates Augusto Verduga Sánchez. *Funcionamiento de la Unidad de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública del Ecuador* (16 de Agosto de 2018).

<sup>168</sup> Ernesto Pazmiño Granizo. Política Marco de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública del Ecuador. Disponible en: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1380/1/Resoluci%C3%B3n%20044-2016.pdf>

2016 -fecha de su nacimiento- hasta noviembre de 2018, y encontré los siguientes patrones. En primer lugar, la totalidad de los casos litigados sobre derechos económicos, sociales y culturales han sido en nombre de personas en situación de extrema pobreza. En segundo lugar, aunque las reglas que rigen la Política Marco conminan a los litigantes estratégicos a buscar casos que puedan producir cambios en la práctica burocrática de los órganos políticos (aplicación estructural) o atacar normas generales que violenten el principio de no regresividad de los derechos (mandatos negativos), la totalidad de las acciones que versan sobre derechos sociales se han presentado a nombre de demandantes individuales o de pequeños conjuntos de personas, y se basan enteramente en el modelo de la aplicación individual.

De la información contenida en el Sistema de Gestión de la Defensoría Pública (SGDP)<sup>169</sup> se colige que, desde el período comprendido entre marzo de 2016 a noviembre de 2018, existe apenas un total de 90 causas constitucionales litigadas sobre derechos sociales, de las cuales 30 han sido ganadas y 60 han sido perdidas. En las causas ganadas, los tres derechos más invocados fueron el derecho al trabajo (12), el derecho a la salud (9) y el derecho a la protección especial (9).

---

<sup>169</sup> El Sistema de Gestión de la Defensoría Pública es una herramienta informática que permite a los defensores públicos reflejar la totalidad de sus actividades misionales. Toda la información estadística de la institución se encuentra soportada en este sistema.



Un hecho que llama la atención es que de la totalidad de los casos perdidos, 25 fueron desestimados por la *forma*, esto es, sin entrar a analizar el fondo del asunto, alegando que la acción de protección es una garantía de carácter *residual*, o sea que sólo tiene cabida cuando los accionantes han agotado las distintas instancias en la vía ordinaria. Para arribar a dicha conclusión, los jueces invocaron el Art. 40 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece:

Art. 40.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.<sup>170</sup> (*El énfasis me pertenece*)

Esta interpretación, por supuesto, no supera el más mínimo análisis, porque cualquier derecho reconocido en la Constitución puede encontrar una vía ordinaria para ser reclamado, de ahí que la única forma correcta de entender dicho precepto es

---

<sup>170</sup> Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: R.O. No. 52, 2009.

atendiendo a la *adecuación y eficacia* de los mecanismos procesales para reparar la vulneración de derechos constitucionales. Así lo ha establecido, incluso, la propia Corte Constitucional de Ecuador en su sentencia No. 001-16-PJO-CX, expedida el 22 de marzo de 2016, donde con mucha pertinencia ha establecido lo siguiente:

...es criterio de esta Corte que el legislador, al emitir el texto del artículo 40 numeral 3 de la LOGJCC, de ninguna manera considera a la acción de protección como una garantía jurisdiccional de carácter residual... no se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que, tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros "mecanismos de defensa judicial") devienen en ineficaces para la protección de esos derechos... por tanto, la acción de protección se erige en el mecanismo judicial adecuado y eficaz para resolver sobre el derecho constitucional vulnerado.<sup>171</sup>

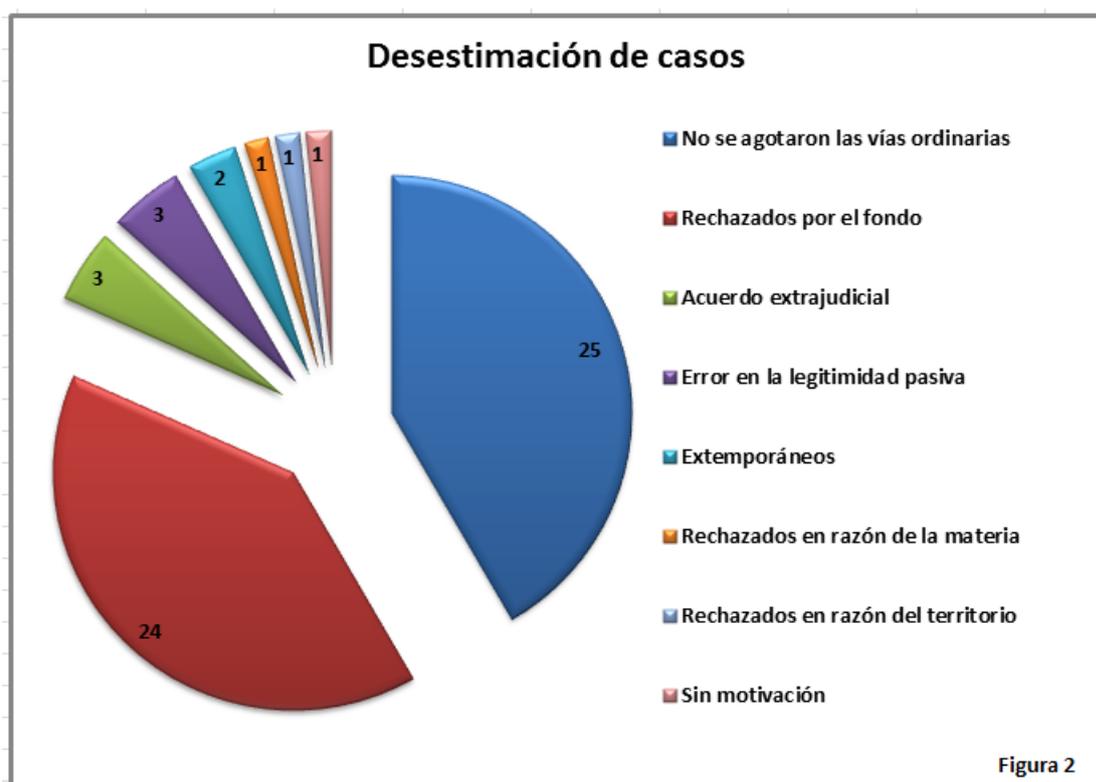
Una muestra patética de este desconocimiento de la naturaleza de la acción de protección se plasmó, por ejemplo, en la sentencia del caso No. 09332-2018-00706 litigado por la Defensoría Pública de Guayaquil, en donde se demandó al Ministerio de Salud Pública por la clausura de un hospital neumológico, clausura motivada por un presunto mal manejo de desechos y malas condiciones higiénicas, y en el que se había dispuesto el traslado de los pacientes a distintas casas asistenciales de la ciudad. Sin embargo, el plan de contingencia no se había realizado de forma técnica: la mayoría de los pacientes habían sido trasladados sin sus historias clínicas y tarjetas de tratamiento, y sin recibir acompañamiento médico durante horas, hecho que provocó la muerte de siete de ellos. Adicionalmente, se ocasionó la pérdida de 1200 muestras de laboratorio y las clínicas a las que fueron derivados no contaron con las condiciones técnicas para el control de infecciones. La Defensoría Pública de Guayaquil demandó la vulneración del derecho a la salud y, por tratarse de un grupo de atención prioritaria, invocó también el derecho a la protección especial. Sin embargo, la jueza de instancia negó la acción de protección realizando citas textuales de doctrinarios, normas de la Constitución y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, entre ellas, la del numeral 3 del precitado Art. 40, para sostener que “el acto administrativo puede ser impugnado en la vía judicial”.<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> Sentencia No. 001-16-PJO-CX, expedida el 22 de marzo de 2016 por la Corte Constitucional de Ecuador. Disponible en: [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2016/001-16-PJO-CC/REL\\_SENTENCIA\\_001-16-PJO-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2016/001-16-PJO-CC/REL_SENTENCIA_001-16-PJO-CC.pdf)

<sup>172</sup> Sentencia emitida 7 de febrero de 2018 por la juez María Soledad Moreno García, jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, dentro de la causa de protección No. 09332-2018-00706.

Por lo demás, de los otros 35 casos perdidos, 24 fueron desechados por el *fondo*, 3 arribaron a un acuerdo extrajudicial, 3 fueron rechazados por un yerro en la legitimidad pasiva, 2 fueron rechazados por presentarse fuera del término legal, 1 fue rechazado alegando que era materia de otra garantía jurisdiccional, 1 fue negado en razón del territorio y 1 no explicitó ningún tipo de motivación.



De la totalidad de las causas litigadas, las cláusulas más invocadas fueron las del derecho al trabajo (42), a la igualdad (26), a la salud (19) y a la protección especial (18). En menor medida se invocaron los derechos a la educación (12), a la seguridad social (6), a la vivienda (4), a un medio ambiente sano (2) y al libre desarrollo de la personalidad (2). Por último, de la totalidad de las causas litigadas, las ciudades en donde más se interpusieron demandas fueron Quito (42), Guayaquil (14), Cuenca (4), Santo Domingo de los Tsáchilas (4), Guaranda (4) y Loja (4).

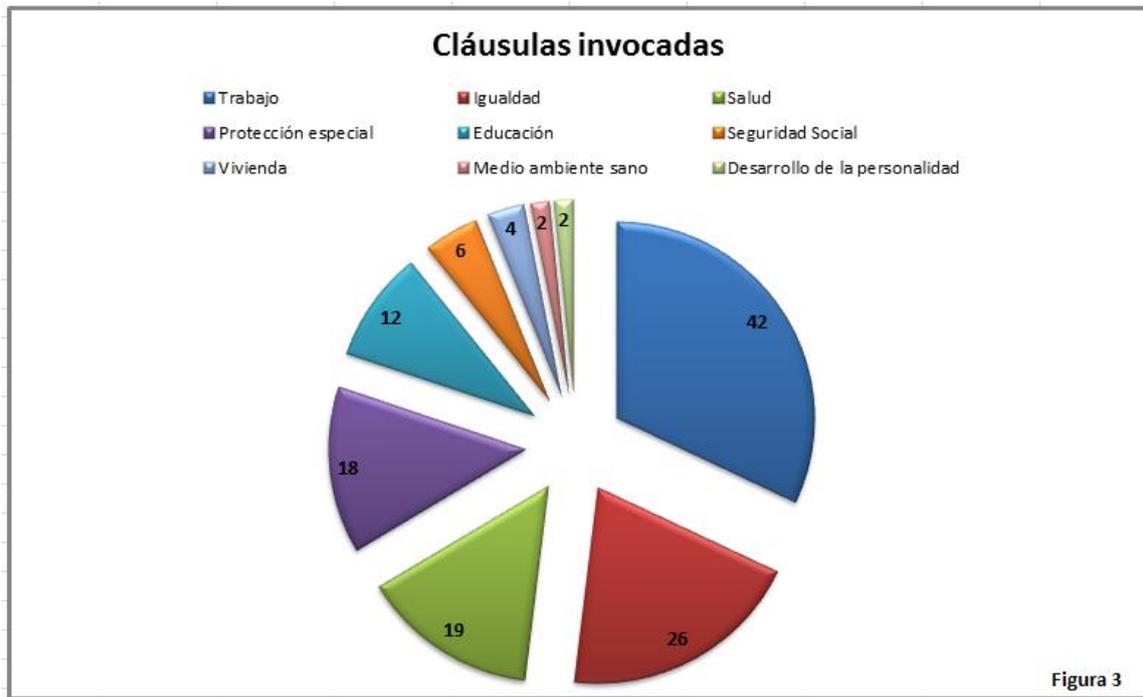
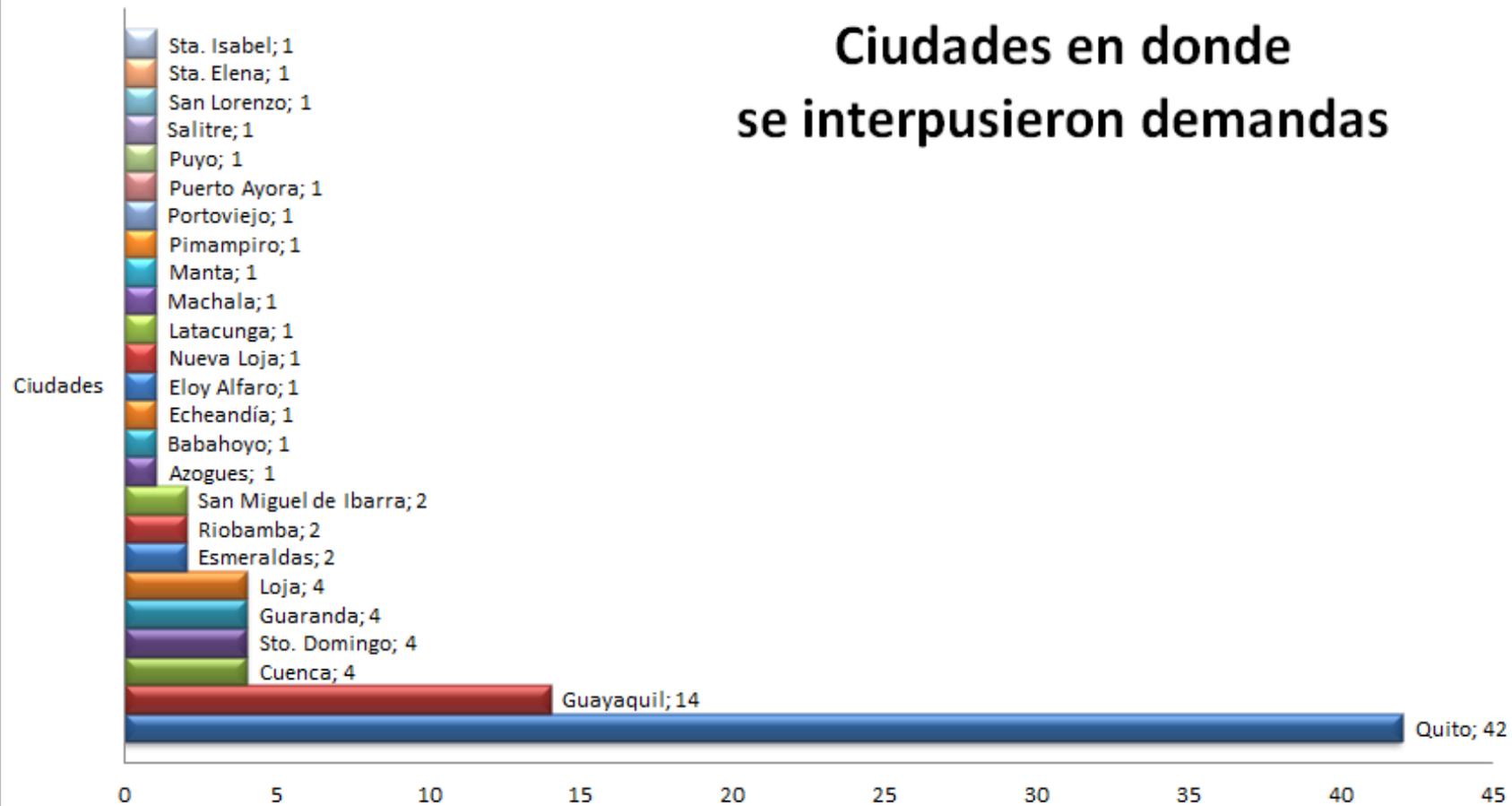


Figura 4

## Ciudades en donde se interpusieron demandas



1. Así, a los dos años y medio de existencia de la Unidad de Litigio Estratégico la promesa de generar una política de alto impacto es todavía una materia pendiente. Al compartirle los resultados de mis hallazgos a Luis Ávila Linzán, ex Director Nacional de Litigio Estratégico y creador de la Política Marco, me refirió que no recibió el apoyo presupuestario necesario para sacar adelante el proyecto.

Inicialmente habíamos planteado una agenda de visitas y de capacitaciones, pero nunca fue aprobada... A mí me encargaron la Dirección pero tampoco me dieron personal... El problema fueron los números, en una sociedad tan mercantilista como la nuestra los números son importantes. La población y el Consejo de la Judicatura presionan siempre por esto. Entonces, por ejemplo, tener un equipo de élite para que patrocine alrededor de tres casos de litigio estructural por año ¿te imaginas? Aquí la gente diría ¿cómo, un equipo de cincuenta mil dólares anuales para que solo lleve cuatro o tres casos? ... el problema es que todavía tenemos una institucionalidad no solo débil, sino paranoica, casi esquizofrénica con el tema de los números.<sup>173</sup>

En Quito, la mayoría de causas fueron canalizadas a través del procedimiento extraordinario. El Defensor Público General los selecciona de forma directa y luego el Director de Litigio Estratégico designa a los defensores públicos responsables de patrocinarlos.<sup>174</sup> En Guayaquil, en cambio, son canalizadas por medio del procedimiento especial. El Coordinador Provincial recopila las causas más relevantes y los asigna a cada defensor estratégico de acuerdo a sus especialidades. En mi caso, tuve la oportunidad de patrocinar seis causas en favor de personas consideradas de atención prioritaria: un colectivo de adultas mayores, dos personas discapacitadas y tres grupos de pacientes con enfermedades catastróficas. En todas ellas, con excepción de una, los jueces declararon con lugar las demandas y mandaron a remediar las vulneraciones de los derechos con reparaciones materiales e inmateriales.

#### **2.4. Análisis de casos**

La siguiente sección está orientada a hacer un recuento de tres de esos casos, y obedece, asimismo, a tres propósitos. Primero, ayudar a expresar la voz de estos grupos que históricamente se encuentran por fuera de la sociedad predominante, visibilizando sus luchas por llevar una vida en dignidad. Segundo, mostrar cómo la labor de la Defensoría Pública no se agota en el mero patrocinio legal, sino que abarca el

---

<sup>173</sup> Luis Ávila Linzán, entrevista.

<sup>174</sup> *Ibíd.*

acompañamiento continuo de los usuarios en procura de una verdadera reparación integral a sus derechos. Y tercero, evidenciar las dificultades que se presentan a la hora de ejecutar las decisiones de los jueces constitucionales, lo cual casi siempre implica abrir otro frente de batalla, a veces incluso más laborioso que el propio proceso judicial.

#### **2.4.1 Caso Asiladas vs Junta de Beneficencia de Guayaquil**

La Junta de Beneficencia de Guayaquil (en adelante, la Junta) es una corporación de derecho privado con finalidad social o pública,<sup>175</sup> creada por el Municipio de Guayaquil a través de una ordenanza expedida en 1887, mediante la cual el Consejo Cantonal le delegó la administración de ciertos hospitales, escuelas, asilos, manicomios y cementerios, a efectos de suplir las limitaciones presupuestarias que le impedían atender satisfactoriamente las demandas de la población. La Junta se financia con fondos públicos y privados. Sus ingresos provienen de la venta de los productos de la Lotería Nacional, la provisión de servicios en las clínicas o pensionados y las donaciones que reciben de personas naturales o jurídicas.

Algo que permitirá comprender de mejor manera los hechos de este caso es conocer la naturaleza de la Junta y la de sus personeros. En la época en que la Junta nace, los derechos sociales aún no se encontraban reconocidos como tales en la Constitución de Ecuador. La satisfacción de las necesidades básicas de los pobres se miraba no como una exigencia en términos de derechos humanos, sino más bien como una cuestión de carácter asistencial llevada a cabo por personas de la alta alcurnia, a quienes por sus labores de caridad se los consideraba como personas notables y de altísimo prestigio.

A pesar del avance en términos de derechos sociales que vino con la expedición de la Constitución de Montecristi, Guayaquil se ha mantenido hasta nuestros días como una ciudad atravesada por los rezagos del pensamiento colonial, situación que ha sido legitimada y potenciada desde el propio ayuntamiento, actualmente denominado “Muy

---

<sup>175</sup> De acuerdo, al Art. 383 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, la Junta de Beneficencia de Guayaquil, si bien es una corporación de carácter privado, pertenece sector público en tanto que recibe asignaciones estatales. De igual forma, el Art. 1 del Estatuto de la Junta de Beneficencia de Guayaquil, determina que ésta “es una corporación o persona jurídica de derecho privado con finalidad social o pública.”

Ilustre Municipalidad de Guayaquil”<sup>176</sup>. Desde esta línea, por ejemplo, ha escrito Enrique Boloña Rodríguez, a propósito de la creación de la Junta:

César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco. «Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia.» En *La protección judicial de los derechos sociales*, de Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría (Quito: V y M Gráficas, 2009), 326

La Junta de Beneficencia nació en Guayaquil como una entidad típicamente guayaquileña... El Puerto de Guayaquil estaba aislado de las corrientes internacionales ante la amenaza de la fiebre amarilla, del paludismo, de la peste bubónica, de las fiebres tíficas y del fantasma de la tuberculosis. Era en verdad un heroísmo venir en busca de todos estos males casi incurables en esos tiempos. La inmigración interna era así mismo circunscrita a las capas sociales menos útiles y que casi no aportaban nada positivo al desarrollo material de esta urbe... Propuso entonces el Presidente Campos Coello que la propia ciudad, por medio de su ayuntamiento, enfrentara este problema tan grave, y que la única forma de hacerlo era creando una entidad de salud pública por el Municipio de la ciudad, y ya una vez constituido entregarlo a un grupo de ciudadanos, idóneos y capaces, para su administración... muchos de los concurrentes designados por el Concejo Municipal para formar parte de este acontecimiento [administración de la Junta] eran ciudadanos extranjeros, avecindados en Guayaquil e integrados a su vida comunal... la ciudad había incorporado a su seno a estos ciudadanos eminentes que se integraban a su ciudad de adopción.<sup>177</sup>

En el contexto actual, aquellas personas acaudalas que ejercen alguna posición de mando en el ayuntamiento de la ciudad, o que por alguna razón se encuentren vinculadas a éste -como los miembros de la Junta-, siguen siendo considerados como ciudadanos ilustres o eminentes, y la provisión de los mínimos vitales ha sido utilizada frecuentemente por la clase dominante guayaquileña para legitimar su “superioridad” frente a los más desposeídos.

Uno de los establecimientos regentados por la Junta es el “El Bien Público”, un asilo destinado para mujeres ancianas cuyos recursos económicos no les permitan vivir dignamente. A pesar de que sus destinatarias son mujeres pobres, en fidelidad a su pensamiento aristocrático los personeros de la Junta redactaron el Art. 1 del reglamento de funcionamiento de este establecimiento de la siguiente manera:

---

<sup>176</sup> Para una profundización de esta mirada, ver: Henry Allán Alegría. *Regeneración Urbana y Exclusión Social en Guayaquil* (Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y Políticas, FLACSO, 2010), 92, señalando que la Junta de Beneficencia de Guayaquil, como la mayoría de las fundaciones creadas por el Municipio, es una entidad “corporativa, endogámica y clientelar... [cuyos miembros] pertenecen al patriado guayaquileño, filántropos cuyo trabajo es ad-honorem y utilizan el patronazgo como elemento de dominio”, 92. En el mismo sentido, Xavier Flores Aguirre «*El fascismo Municipal*», disponible en <https://xaflag.blogspot.com/2012/01/el-fascismo-municipal.html>, mostrando cómo la Alcaldía de Guayaquil, desde sus discursos, ordenanzas y regulaciones, legitima un sistema de exclusión hacia los más pobres.

<sup>177</sup> Enrique Boloña Rodríguez. *Origen y Actualidad de la Junta de Beneficencia* (Guayaquil: Junta de Beneficencia de Guayaquil, 1989).

1. El Asilo, bajo la dirección y mantenimiento de la H. Junta de Beneficencia de Guayaquil, está establecido -gracias a la generosidad del filántropo don Calixto Romero- para dar habitación y proporcionar ciertos comestibles, a señoras y señoritas, de escasos recursos económicos, que puedan valerse por sí solas, de muy buenos antecedentes personales y de conducta moral irreprochable.

No obstante que la Junta se financia mayoritariamente con fondos públicos, de acuerdo con este mismo reglamento las ancianas deben pagar una mensualidad para el sostenimiento de los gastos del lugar. La mayoría de las asiladas perciben exiguas pensiones jubilares, y muchas de ellas viven con lo estrictamente necesario para pagar la tarifa y comprar sus efectos personales de aseo y vestimenta. De acuerdo con el Art. 4 del reglamento, el inspector del asilo es quien tiene la facultad de expedir las normas de convivencia:

4. El Inspector del Asilo, directamente o a través de la administración de la casa, dictará las normas relacionadas con las visitas, horas extraordinarias de entrada y salida de las asiladas y, en general, las disposiciones necesarias para que la actividad del Asilo y de las asiladas se desarrollen de una manera confortable y cordial, resguardando, siempre, la moralidad y buenas costumbres que deben primar en el establecimiento.

A pesar de que la apelación a nociones como “conducta moral irreprochable” o “moralidad y buenas costumbres” son de por sí conceptos vagos e indeterminados, el margen de discrecionalidad del inspector es aún más ostensible en lo atinente al régimen disciplinario contenido en el Art. 14 del reglamento, en cuya parte pertinente se establece que “las asiladas perderán sus derechos de tales por las siguientes causas: a) indisciplina y desorden grave, a juicio del inspector.”

De la sola lectura de estas normas se deduce la relación asimétrica que existe entre las asiladas y el inspector, quien es por cierto miembro del Directorio de la Junta. En su calidad de autoridad, tiene el poder de imponer unas normas morales a ser seguidas por las asiladas, bajo prevenciones de ser expulsadas en caso de incumplimiento. La existencia de estas normas muestra la presencia de distinciones de clase en el pensamiento de los funcionarios de la Junta, aún dentro de un Estado Constitucional. Los “nobles e ilustres” miembros de la entidad institucionalizan su propio código ético, sobre la base del cual juzgan la conducta de las asiladas, que son mujeres ancianas de bajos recursos.

Un hecho del caso que llama la atención es que buena parte de las asiladas son ex religiosas y algunas de ellas trabajaron la mayor parte de su vida como obreras para

la Junta. Otro hecho curioso es que el “El Bien Público” comparte un espacio de recreación con la escuela “Santa Luisa de Marillac”, que también es administrada por dicha institución. Antes de la actual administración, el asilo estuvo regentado por la orden de las hermanas de la caridad, con quienes las asiladas guardaban una estrecha relación de amistad. A raíz del cambio de las autoridades del asilo empezaron los problemas con la Junta, hasta que finalmente, en el año 2016, ocurrió el hecho que motivó la acción constitucional interpuesta por la Defensoría Pública.

En septiembre de 2016, el inspector del asilo comunica a través de un oficio-circular dirigido a las asiladas, lo siguiente:

Estimadas Señoras/tas,

Hemos revisado nuestros registros, y algunas de ustedes han sobrepasado el límite de edad de acuerdo a lo que indica el reglamento del asilo “El Bien Público”. Por lo tanto, estimaríamos que vayan pensando en buscar otro hogar.

En efecto, el Art. 6 del reglamento del asilo establecía que “las asiladas no podrán ser mayores de ochenta años”, una cláusula que transgredía abiertamente los derechos constitucionales a la vivienda, la protección especial y la igualdad -o principio de no discriminación-. Cinco ancianas del asilo (Guillermina Robalino, de 79 años; Delfa García, de 83 años; María del Carmen Balarezo, de 84 años; Olga Yépez, de 84 años; y Victoria García, de 75 años) plantearon acción de protección en contra de la Junta en octubre de 2016, ganando en primera instancia y logrando la ejecutoria de la sentencia en noviembre del mismo año. A pesar de no encontrarse dentro del límite de edad de 80 años, Victoria García fue la persona que me puso al corriente del ultimátum efectuado por la Junta:

Me dije ¿Qué hago? ¿Por dónde me voy? Eso pensaban también mis compañeras más mayorcitas. Personalmente me afectó la situación de ellas, que eventualmente sería la mía también... por eso fue que traté de buscar la manera de que veamos con esperanza que si gestionamos, al lado de la Defensoría, íbamos a tener una buena respuesta, por eso nos comprometimos con seguir este proceso.<sup>178</sup>

Una vez al tanto de las intenciones de las autoridades de la Junta, cursé una carta dirigida al inspector, a fin de sostener una reunión conjunta entre asiladas y autoridades. Este paso previo al ejercicio de la acción judicial es, por cierto, una de las políticas de la Defensoría Pública, la cual está obligada por ley a practicar la resolución alternativa de

---

<sup>178</sup> Victoria García, asilada de “El Bien Público”, entrevistada por Augusto Verduga Sánchez (15 de Noviembre de 2016).

conflictos. En la reunión mantenida en el asilo nos entrevistamos con el inspector y la administradora del establecimiento, quienes propusieron que podían hacer las gestiones necesarias para trasladar a las ancianas al hospicio “Corazón de Jesús”, otro ente regentado por la Junta. No obstante, la residencia en el hospicio costaba el triple que la tarifa de “El Bien Público”, cantidad que superaba con creces el nivel de ingresos de las asiladas. Las ancianas me comentaron sus impresiones sobre la falta de empatía de las autoridades del asilo y la forma en la que recibieron esta propuesta de “solución habitacional” en relación a sus posibilidades económicas reales:

Recuerdo que fueron tres personas del personal. Bueno, ahí nos permitieron hablar. Hablamos una por una sobre nuestra impresión, sobre lo que esta decisión significaba, el problema en que nos había puesto la administración... Les dijimos a los administrativos que su postura no se justifica porque nosotras ya hemos estado años ahí. Desde que residimos en el asilo hemos mantenido un estilo de vida determinado, con cierta libertad y defendiéndonos con lo que podíamos defendernos económicamente. Aun cuando el señor Vergara [inspector del asilo] nos dijo “tienen el hospicio”, sabíamos que el lugar que proponían es también de habitaciones personales, pero cuesta tres veces más de lo que estamos ahora pagando y eso es imposible decir que es una ayuda... El inspector manifestó que nosotras le causamos un déficit en las entradas económicas de la Junta, que ellos trabajan a pérdida con nosotras. Eso nos dolió, fue bastante humillante. “En todo caso” -dijo él- “si ustedes siguen con esto, el asilo se cierra”. Esa fue la frase que yo le oí.<sup>179</sup>

Bueno, yo lo que recuerdo es que cuando se le preguntó al inspector cuánto se debía pagar para poder seguir ahí, dijo que era 400 y pico, con centavos nos dijo, y dijo también que la Junta estaba perdiendo con nosotras, que la Junta tiene más de 7000 empleados y que no podían ellos continuar así. Arriba, en el segundo piso, está desocupado casi todo. No hay más que 5 asiladas y el resto de las piezas están desocupadas. Pero el inspector nos dijo que el asilo se cierra. Contestó eso con mucha prepotencia ante los abogados de la Defensoría Pública. Y era imposible para nosotras ir al hospicio porque, por ejemplo, lo que yo cojo (de pensión jubilar) es 448 dólares, luego no me alcanzaría para pagar eso. Yo al Seguro no lo ocupo para nada, por cuanto los medicamentos que tengo que tomar ahí no me los dan... He oído que están haciendo una propaganda en Radio Centro en donde se dice que la Junta de Beneficencia se preocupa mucho por las ancianas. Yo he estado escuchando eso pero la realidad es otra.<sup>180</sup>

Qué le puedo decir, yo tenía la leve esperanza de que en esa reunión nos fuéramos a poner de acuerdo, la parte de los abogados y el inspector y la administradora. Sinceramente lo creí posible. Pero después de haber expuesto mis compañeras y yo, el señor inspector dio una impresión de que no iba a haber ningún cambio. Incluso cuando usted le preguntó cuáles eran las alternativas que se les ofrecían a las asiladas, él dijo que teníamos que salir. Creo que usted le preguntó algo sobre en qué va a quedar, y

---

<sup>179</sup> *Ibíd.*

<sup>180</sup> Olga Yépez, asilada de “El Bien Público”, entrevistada por Augusto Verduga Sánchez (15 de Noviembre de 2016).

entonces él dijo que teníamos que irnos o cubrir el costo de lo que nosotras le representábamos a la Junta.<sup>181</sup>

No habiendo posibilidades de acuerdo, y aplicando los criterios de la Política Marco de Litigio Estratégico, el 20 de octubre de 2016 planteé acción de protección en contra de la Junta de Beneficencia de Guayaquil. La demanda se basó en tres cláusulas de la Constitución y dos cláusulas de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CISPAM).<sup>182</sup> En primer lugar, invoqué los artículos 66 (2), 30 y 37 de la Constitución ecuatoriana, que establecen que el Estado “reconoce y garantizará a las personas... el derecho a una vida digna, que asegure... la vivienda”, que “las personas tienen derecho... a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica”, y que el Estado “garantizará a las personas adultas mayores... el acceso a una vivienda que asegure una vida digna...” En segundo lugar, invoqué los artículos 6 y 24 de la CISPAM, que establecen la obligación de los Estado Parte de adoptar “todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días”, y la garantía del “derecho a una vivienda digna y adecuada”.

Adicionalmente, la acción de protección contó un escrito de *amici curiae* presentado por el Observatorio de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar y el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, quienes además invocaron los artículos 36 y 37 (7) de la Constitución, que disponen que “las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia...” y que “el Estado garantizará a las personas adultas mayores... el acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento.”

El presente caso ilustra bastante bien la dimensión no prestacional del derecho social a la vivienda, pues la conducta que se demandaba de la Junta era tan solo una

---

<sup>181</sup> María del Carmen Balarezo, asilada de “El Bien Público”, entrevistada por Augusto Verduga Sánchez (15 de Noviembre de 2016).

<sup>182</sup> OEA. *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. 2015. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp). En el caso Poblete Vilches vs Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos citó expresamente este instrumento para sostener que la edad es también una categoría protegida, y que, por ende, toda vez que las personas mayores pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas diferenciadas para garantizar su derecho a la salud.

obligación de no hacer -o siguiendo la tipología de Abramovich y Curtis, una obligación de respeto- que consistía en no privar a las ancianas de permanecer en el asilo. Dicho de otro modo, la solución jurídica del caso no contemplaba una acción positiva por parte del órgano accionado, pues de lo que se trataba era de no variar el estado de cosas pre-existente, esto es, que las accionantes sigan residiendo dentro del establecimiento. Esta causa sirve, por tanto, para demostrar la falsedad de aquella frase tantas veces repetida de forma acrítica de que “los derechos sociales son siempre derechos costosos”. El derecho social a la vivienda, en este caso, solo requería de una obligación de no interferencia, más no de una prestación.

Pues bien, en la demanda cité la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, para señalar que la vivienda destinada a los adultos mayores debe entenderse como algo más que un mero albergue ya que, por su específica condición de vulnerabilidad, el derecho a la vivienda en este caso comporta no solo una dimensión material, sino también una dimensión psicológica y social.

El derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos... Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana"... exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar... no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...<sup>183</sup>

De esta manera, y siguiendo la teoría de la interdependencia, arguí que el derecho a la vivienda no puede considerarse de forma aislada de los demás derechos económicos, sociales y culturales, y que su realización depende de las particularidades o necesidades especiales de cada persona o colectivo. Para el caso de las asiladas, no solo la disponibilidad de servicios comunes como el alimento, la energía para la cocina, el alumbrado o la instalaciones sanitarias y de eliminación de desechos, eran los únicos aspectos relevantes para hablar de una garantía de su derecho a la vivienda, sino también la *seguridad jurídica de la tenencia*, que de acuerdo a lo establecido por el

---

<sup>183</sup> Naciones Unidas. *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. s.f. Disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3). Observación general No. 4, “El derecho a una vivienda adecuada”, numeral 7.

Comité consiste en la “protección legal contra posibles desahucios, hostigamientos u otras amenazas”.<sup>184</sup>

De otro lado, considerando que cuatro de las cinco accionantes declararon en audiencia que habían vivido en el asilo por más de quince años y que todas ellas consideraban a dicho establecimiento como su hogar, argumenté que su derecho a la vivienda adecuada abarcaba, en sentido lato y conforme el desarrollo normativo trazado por el Comité, la realización de una vida digna, pacífica y segura que se encuentra relacionada con la familiaridad y el sentido de pertenencia a ese lugar. Cuando les pregunté a las accionantes qué significaba para ellas el asilo, coincidieron:

Yo ingresé en el año 2001, por una emergencia que tenía que me obligó a buscar este lugar. Gracias a Dios fui recibida por las religiosas que en ese tiempo administraban el asilo y encontré la mejor acogida... Para mí este asilo es el mejor lugar donde yo puedo vivir en armonía conmigo misma y también con los demás. Lo considero un ambiente muy favorable para mí, porque es un ambiente abierto, hay espacios libres donde puedo pasearme y disfrutar de lo que está ahí a mi disposición, como los espacios del colegio, los patios, los corredores, los jardines... Y también es bonito, diría, porque hasta ahora he disfrutado de seguridad, libertad y acogida, aunque la acogida humana en los administrativos está limitada a dejarnos vivir, eso es todo.<sup>185</sup>

Cuando yo entré dirigían allí las religiosas. Les expliqué por qué quería entrar. Al principio me dijeron que yo estaba muy joven, pero yo les expuse el caso mío. Les conté que mi hija se había divorciado con dos niños y que yo no quería ser una carga más para ella. Entonces la madre superiora me abrió las puertas... Ahí dentro he encontrado paz y tranquilidad. Yo casi siempre estoy sola en mi pieza. Abro, entro y nadie sabe que Olga Yépez está ahí. Siempre estoy metida en mi pieza y parece mentira pero nunca me falta qué hacer... Antes nada prohibían, pero todo cambió con esta administración. Cuando salieron las madres y quedaron civiles a cargo ya vinieron otras normas, y de ahí para adelante se ha venido cambiando el sistema.<sup>186</sup>

Yo entré al asilo porque mi mamá falleció. Cuando eso ocurrió yo me quedé sola con un hermano enfermo, y mi mamá antes de fallecer me había dicho: “tú eres una señorita sola, tu hermano, como es enfermo, no es ningún respaldo para ti”, así que vete a vivir a un lugar que sea seguro y tranquilo”... En el “Bien Público” había seguridad, más que nada seguridad. Una ahí se sentía segura, porque las madres, a las señoras que ya se estaban cayendo, las pasaban al frente, al hospicio, pero las que tenían para pagarse permanecían allí hasta su fallecimiento. Una se sentía bien confiada de que esa era su casa, confiábamos en que de ahí salíamos directo al cementerio.<sup>187</sup>

Las ancianas mantenían un nexo comunitario con el asilo, siendo éste el único lugar que les podía resultar familiar y apto para llevar una vida plena, normal y segura, de modo que la aplicación del reglamento que fijaba un límite de edad -y con el que se

---

<sup>184</sup> *Ibíd*, numeral 8, literal a).

<sup>185</sup> Victoria García, asilada de “El Bien Público”, entrevista.

<sup>186</sup> Olga Yépez, asilada de “El Bien Público”, entrevista.

<sup>187</sup> Guillermina Robalino, asilada de “El Bien Público”, entrevistada por Augusto Verduga Sánchez (15 de Noviembre de 2016).

pretendía desalojarlas forzosamente- violaba su derecho a la vivienda. En la demanda cité la Observación General No. 4 del Comité, que define al *desalojo forzoso* como:

...el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos.... el propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos.<sup>188</sup>

La real situación de riesgo que implicaba para las asiladas el hecho de abandonar el establecimiento sin contar con medios apropiados que aseguren su protección en la última etapa de sus vidas, constituía una amenaza cierta de desalojo forzoso. De igual forma, señalé las obligaciones derivadas de la Observación General No. 7, que en su parte pertinente establece:

Los Estados Partes deben velar por que las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzosos que lleven a cabo particulares o entidades privadas. Por tanto, los Estados Partes deberían revisar la legislación y las políticas vigentes para que sean compatibles con las exigencias del derecho a una vivienda adecuada y derogar o enmendar toda ley o política que no sea conforme a las disposiciones del Pacto [y que] las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos...<sup>189</sup>

De ahí pude deducir que, aparte de las consideraciones antes anotadas, la imposición del numeral 6 del reglamento que establecía un límite de ochenta años de edad constituía una supresión extrema y radical del derecho a la vivienda porque no satisfacía la *seguridad jurídica de la tenencia* que debe dispensarse a las adultas mayores, las cuales, por su evidente condición de vulnerabilidad, requerían un trato preferente y una protección reforzada frente a cualquier tipo de desahucio que ponga en riesgo su vida y atente contra su dignidad humana.

Por otra parte, la acción de la Junta vulneraba asimismo el derecho a la igualdad en su dimensión material, esto es, el ejercicio de un trato diferenciado para aquellos sujetos -individuales o colectivos- que se encuentran en condiciones distintas, a fin de “equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos.”<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> Naciones Unidas. *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. s.f. Disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3). Observación General No. 7.

<sup>189</sup> *Ibíd.*, párrafos 9 y 10.

<sup>190</sup> *Docentes vs Distrito de Educación de Loja*. Caso No. 0619-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador, 11 de Diciembre de 2013).

Así, toda vez que, de conformidad con el Art. 35 de la Constitución de Ecuador, las personas mayores deben recibir una “atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado”, la Junta se encontraba en la obligación de brindarles un trato diferenciado. Esta línea argumental la sustenté tomando en consideración lo que dispone el Art. 2 de la CISPAM, en donde se define a la *discriminación por edad* como:

...cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.<sup>191</sup>

De este precepto puede deducirse que la prohibición de discriminación contemplada en el Art. 5 de dicho instrumento internacional no solo atiende a un criterio subjetivo que apunta a identificar las intenciones de la persona o entidad afectante, sino que amplía el espectro de la protección a todas aquellas conductas que provoquen un inadmisibles *resultado* desigualitario. A este respecto, resulta esclarecedor lo señalado por la Observación General No. 16 del Comité:

A menudo se observan casos de discriminación en la familia, el lugar de trabajo y otros sectores de la sociedad. Por ejemplo, los actores del sector privado de la vivienda pueden negar directa o indirectamente el acceso a una vivienda [...] por motivos de etnia, estado civil, discapacidad u orientación sexual [...] Los Estados partes deben por lo tanto aprobar medidas, incluidas leyes, para velar por que los individuos y entidades no apliquen los motivos prohibidos de discriminación en la esfera privada. [...] La edad es un motivo prohibido de discriminación en diversos contextos. El Comité ha destacado la necesidad de ocuparse de la discriminación [...] contra las personas de más edad que viven en la pobreza con acceso desigual a las pensiones universales de las personas de más edad como resultado de su lugar de residencia.<sup>192</sup>

Por su parte, el *amici curiae* afirmó que la Junta violó el derecho a la atención prioritaria y especializada: “...ante las varias atenciones que brinda la Junta, tiene que dar prevalencia a los adultos mayores. La Junta de Beneficencia está haciendo exactamente lo contrario, está desprotegiendo de forma especial y, además, dramática.”<sup>193</sup> Asimismo, invocó el Art. 37 (7) de la Constitución que reza “el Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos... El acceso a una

---

<sup>191</sup> Art. 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

<sup>192</sup> Naciones Unidas. *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. s.f. Disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3). Observación General No.16. “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”.

<sup>193</sup> Amici Curiae presentado por el Observatorio de Justicia Constitucional de la UASB, en conjunto con la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento”, para sostener que al no haber escuchado a las ancianas de forma debida y no haber considerado su falta de consentimiento, la Junta violó el derecho al debido proceso.

Yo me acerqué a hablar con la administradora porque me había informado a través de la cartelera sobre el anuncio... Ella me dijo que debía retirarme y que la orden había venido de la Junta de Beneficencia, me dijo que teníamos que irnos ya, porque así lo disponía el reglamento. Yo le dije que nunca había sabido eso, pero ella insistió en que tenía que retirarme y me aconsejó que vaya donde mi familia o que pase al frente (Hospicio Corazón de Jesús)... Al recibir esa frase: “tiene que retirarse” pensé en que yo tengo una sola hija, y que cuando hice este movimiento del asilo yo no le dije nada a ella, lo hice solita debido a que mi hija fracasó en su matrimonio y no quise ser una carga para ella... La conversación fue muy corta, cortante. [La administradora] nunca me preguntó nada, por eso solo le dije gracias y salí, pero no hubo una charla, no sé si con las otras hubo más diálogo.<sup>194</sup>

Me enteré por la notificación que pusieron. Yo fui y hablé con este señor [el inspector] y con la administradora, hablé con los dos. Ambos me dijeron que ya tenía que retirarme, y punto. Yo les dije que no tenía a dónde irme y me respondieron que podría pasar al frente [al hospicio Corazón de Jesús]... Allá las que tienen el cuarto pagan trescientos, y son unos cuartos más pequeños que los que nosotras tenemos acá, porque estos cuartos nuestros son con cocina. Allá no hay cocina, es solamente el baño y un mesón, y pagan trescientos mensuales. Eso les pagan los hijos a todas esas personas que están ahí, son los hijos los que pagan su estadía. Nosotros en cambio pagamos de nuestra pensión del Seguro.<sup>195</sup>

La administradora me dijo que ya había cumplido el tiempo que establece el reglamento y que tenía que buscar otro lugar. Me dijo que si no tenía familia que pase al frente, o sea al hospicio Corazón de Jesús. Pero antes de esa conversación yo fui a dar una vuelta por allá, sin saber que nos iban a querer desalojar de “El Bien Público”; fui a darme una vuelta a conocer las salas del hospicio, a conocer las pequeñas dependencias de media pensión y de pensión entera. Aun pagando la pensión más modesta no me quedaría para la medicación que tengo que adquirir para mi salud, porque el Seguro no me da esas medicinas, son medicinas que a veces no hay en el país y hay que traerlas de afuera. Claro que hay otra medicación para lo mismo, pero esa yo no puedo tomarla por mi hipertensión.<sup>196</sup>

Con estos insumos, el juez constitucional convocó a audiencia pública para el 26 de octubre de 2016, en donde comparecí en representación de las cinco asiladas. La resolución judicial fue dictada de forma oral el mismo día de la audiencia, declarando con lugar la demanda y fijando una reparación material e inmaterial. El 1 de noviembre de 2016 notificó la sentencia por escrito indicando, en primer término, que la Junta violó el derecho las accionantes a una vivienda adecuada. Para el Juez resultó “digno de admiración que cinco personas pertenecientes a estos grupos de atención prioritaria... a pesar de cancelar su cuota mensual en el valor de cincuenta dólares... sean

---

<sup>194</sup> Olga Yépez, asilada de “El Bien Público”, entrevista.

<sup>195</sup> Guillermina Robalino, asilada de “El Bien Público”, entrevista.

<sup>196</sup> María del Carmen Balarezo, asilada de “El Bien Público”, entrevista.

indignamente notificadas... como si fuera fácil para ellas abandonar de la noche a la mañana su lugar de domicilio actual...” En segundo lugar, consideró que ello generaba una afectación indirecta a su derecho a la salud:

Absolutamente todos los derechos constitucionales están interconectados... la salida de estas cinco ancianas... sin duda generaría una afección grave a su salud... puesto que dentro de la diligencia dejaron en claro que no tenían otro lugar a donde acudir si se las mandaba fuera del asilo, y que efectivamente no tendrían familiares que puedan velar por ellas, lo que generaría una falta de recursos para lograr una alimentación y cuidado adecuados...<sup>197</sup>

En tercer y último término, el juez declaró la violación del derecho a la igualdad material, determinando que la Junta estaba en la obligación de impulsar medidas de acción afirmativa a favor de las adultas mayores. A este respecto, citó a Boaventura de Sousa Santos para sostener que “tenemos el derecho de ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”, de modo que, a mayor edad, mayor vulnerabilidad, y por tanto, mayor protección se debería tener. En último término, declaró la violación de derecho al debido proceso, acogiendo el argumento del *amici curiae* sobre la falta de consentimiento de las asiladas, ya que jamás se les preguntó si estaban en condiciones de subsistir fuera del establecimiento.

A modo de reparación dictó las siguientes medidas. i) Como medida de satisfacción: Las disculpas públicas a todas las adultas mayores a quienes se notificó que “deberían ir pensando en buscar otro hogar”; ii) Como medida de restitución: La permanencia de las accionantes en el asilo “El Bien Público” el tiempo que estimen necesario, llegando a ser posible hasta el último día de sus vidas; iii) Como medida de no repetición de los hechos: La reforma del numeral 6 del reglamento del asilo en lo atinente al inconstitucional límite de ochenta años de edad.

Sin embargo, el juez no estipuló plazos para el otorgamiento de las disculpas públicas ni para la reforma al reglamento. Este yerro es, por cierto, común en Ecuador, en donde los jueces no han sido lo suficientemente entrenados para llevar de forma exitosa la fase de ejecución de sus fallos, que es donde se juegan sus efectos prácticos. En la ley ecuatoriana, el cumplimiento de las decisiones judiciales está regulado por ley.<sup>198</sup> Es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la que

---

<sup>197</sup> *Asiladas vs Junta de Beneficencia de Guayaquil*. Caso No. 09292-2016-00050 (Juez de la Unidad Judicial con Competencia en Delitos Flagrantes, 1 de Noviembre de 2016).

<sup>198</sup> Ver Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 5 y 21.

establece una disposición denominada *modulación de la sentencia*, en virtud de la cual el juzgador debe establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la sentencia debe ser ejecutada, a fin de que satisfaga las necesidades de las víctimas, y la labor del juez no termina -o el caso no se cierra- hasta verificar el total cumplimiento de su resolución.<sup>199</sup> Así, frente a la omisión del juez en la garantía de ejecución de su fallo, presenté un escrito aclaratorio solicitando que se establezca un plazo prudencial para el cumplimiento de sus órdenes. En respuesta a dicho petitorio, en auto de diciembre de 2016, el juez estableció un plazo de 15 días para el otorgamiento de las disculpas públicas, y un plazo de 90 días para que se efectúe la reforma al reglamento. Sin embargo, la Junta trató de sortear varias de las órdenes dictadas por el juzgador. Con relación a las disculpas públicas, los personeros de la Junta se limitaron a colocar en la cartelera del asilo un difuso y diminuto oficio que en su parte pertinente expresaba simple y artificioosamente:

Reciban nuestras disculpas por expresiones que fueron lamentablemente malentendidas. Ustedes son hábiles de permanecer en este establecimiento bajo las mismas condiciones, mientras se encuentren en sus plenas facultades físicas y mentales. Atentamente, Carlos Vergara Camacho, Inspector.

La colocación de este simbólico oficio no cumplía con los preceptos de una efectiva difusión pública de las disculpas, pues éstas se realizan en acto público de reconocimiento de responsabilidad de los hechos dañosos y requieren la publicación y/o difusión del texto pertinente de la sentencia en evidencia del perjuicio ocasionado. Luego de leer el exiguo documento, Victoria García me conversó sobre la impresión que le causó.

Si se lee rápidamente se puede decir “ah, ya pidieron disculpas”, pero yo no soy de las que lee y ya está. Cada palabra tiene un sentido. Para mí fue una cachetada en lugar de disculpas. Fue una cachetada porque el texto dice “pedimos disculpas por las expresiones lamentablemente malentendidas”. Ese “lamentablemente malentendidas” es la cachetada, porque nos ponen como bobas, eso quiere decir que nosotras no alcanzamos a entender y que, como somos estrechas de cabeza, hemos juzgado de otra manera las palabras y nos hemos puesto resentidas. Es un pobre concepto que demuestran tener de nosotras, por eso para mí, en lugar de una petición de perdón, es

---

<sup>199</sup> Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial No. 449, 2008. De acuerdo al artículo 86 numeral 3 último inciso de la Constitución, "los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución". De acuerdo al artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, "la jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia [y] podrá expedir autos para ejecutarla integralmente".

otra ofensa. Y en la cartelera siguen ahí los papeles del reglamento viejo, ahí mismo están. Ya creo que va a cumplir un año ahí.<sup>200</sup>

De otro lado, se entendía que con ese mismo comunicado, la Junta no estaba acatando la medida de restitución impuesta, ya que a pesar de que el juez había ordenado que las accionantes permanezcan en el asilo “el tiempo que estimen necesario, llegando a ser posible hasta el último día de sus vidas”, la Junta continuaba condicionando su permanencia al sostener que se daría “mientras se encuentren en sus plenas facultades físicas y mentales”, de modo que solicité al juzgador que interpelase al órgano accionado a rectificar, bajo prevenciones de plantear una acción de incumplimiento para lograr la destitución de los funcionarios renuentes.<sup>201</sup>

Durante ese lapso, la pretensión de los directivos de la Junta de hacer caso omiso a los mandatos establecidos por el juzgador cobró un tono más dramático. El inspector del asilo, haciendo uso de sus amplísimas facultades sobre las “normas de convivencia”, implementó una verdadera estrategia de hostigamiento en contra de las asiladas, estrategia que se encuentra documentada a través de cuatro testimonios rendidos el 12 de mayo de 2017 ante la Ab. Tatiana Núñez, Notaria 74 del cantón Guayaquil, en donde las accionantes, advertidas de las penas de perjurio que establecía la normativa penal vigente, declararon juramentadamente, entre otras cosas, lo siguiente:

Que a partir de la expedición de su sentencia, las autoridades del asilo:

...fueron emitiendo ciertas órdenes que no han sido tan agradables. En primer lugar empezaron a organizar las visitas, dispusieron que no haya visitas sino sólo en la sala de recibo, que si los visitantes quieren subir tienen que pedir permiso, que solamente un día o los fines de semana pueden pasar a nuestras habitaciones los familiares que vinieran... con el año nuevo desaparecieron los guardias del día en la puerta principal... Ya no hay guardias acá, solo hay guardianía por la entrada del colegio, por la Piedrahita... Cuando me di cuenta de eso me sentí desprotegida, pareciera que en la noche nos van a asaltar... Antes dejábamos nuestras viandas en el comedor, y a la hora de repartir la comida la persona que se encarga de repartir ponía nuestra comida en las viandas, y nosotras íbamos a recoger el rato que estábamos en casa... Últimamente han prohibido bajar las viandas, ya no quieren ver viandas adentro... sacaron un papel que decía que será repartida la comida solo a las que estén presentes, y que a las ausentes no se les guardará la comida...<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> Victoria García, asilada de “El Bien Público”, entrevista.

<sup>201</sup> El Art. 163 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que “Las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inexecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional.”

<sup>202</sup> Declaración juramentada de Victoria García, del 12 de mayo de 2017 en la Notaría 74 del cantón Guayaquil.

Ahora no nos dan nada de nada. Nos han quitado hasta el agua, han cerrado el patio, le han puesto llave... Si una no está presente en la hora del almuerzo, se queda sin comer... la visitadora social no hace nada cuando una se enferma... cuando nos querían botar, la visitadora social había dicho 'que se vayan esas viejas de mierda, que se vayan' Yo tengo un jarrito así, para el café, y ella se había burlado diciendo que mi jarro es una bacinilla.<sup>203</sup>

Después de esto quitaron la poma de agua. Me refiero al dispensador que estaba ahí para las personas que almorzaban... Ahora las visitas son totalmente restringidas... Hace un tiempo dispusieron que hasta las 8:30 de la noche podemos entrar las asiladas. Mi cardiólogo atiende desde las 7 de la noche para adelante... Usualmente cojo el primer turno de su consulta con dos o tres días de anticipación, y la otra vez me acerqué a la señora administradora y le pedí que diera una orden para que para cada tres o cuatro meses que me toca mi chequeo de cardiología, le diga a los guardias que si por si acaso me paso del tiempo que me abran la puerta. 'No, no, no', me dijo, 'si no tiene donde ir entonces váyase a un hotel'... [María del Carmen Balarezo] ha sido una persona que ha dado la mano a la Junta en los hospitales, y que ahora esto la ha afectado bastante. A los pocos días de eso se cayó en el baño y como es diabética tiene un problemita en sus huesos. Para vestirse se demora bastante, pero todo esto se ha agudizado más con este impacto, porque su vida ha sido prácticamente sola.<sup>204</sup>

La asilada María del Carmen Balarezo falleció en abril de 2017. Días antes de morir se recabé su testimonio en soporte magnetofónico:

Con los horarios de las comidas antes no eran tan rigurosos... si no está la persona que tiene que recibir, no le puede llevar otra compañera... si una amanece delicada y no puede bajar, no se puede pedir a nadie que le suba, antes sí se podía. Conmigo pasó porque yo tuve una caída y no podía bajar, entonces le pedí de favor a una compañera a la que le tengo confianza que me subiera la comida, pero la visitadora social dijo que no, que no me suba. Eso lo repetí por 3 veces, y como no me podía levantar, en esa ocasión no comí... Yo soy diabética. En una ocasión se me bajó el azúcar y quedé inconsciente, y tuvieron que sacarme por las ventanas porque la puerta de mi pieza estaba con llave. Fui a despertarme en emergencias del hospital Vernaza. Luego de eso el inspector me dijo que yo he tenido epilepsia, 'usted a veces tiene convulsiones', me dijo. Pero yo le dije 'no señor Vergara, yo no tengo epilepsia, porque si hubiera tenido eso no hubiera trabajado de enfermera tantos años, porque un epiléptico no puede trabajar en un puesto de mucha responsabilidad'... Lo que tengo una enfermedad catastrófica que se llama miastenia. Cuando me descubrieron esto, a los 24 años, me dijeron que iba a vivir sólo cinco años más, pero ya he vivido mucho más que eso, no me he muerto todavía, y creo que estoy todavía enamorada de la vida porque no me quiero morir.<sup>205</sup>

Respecto a la medida de no repetición de los hechos, esto es, la obligación de reformar el reglamento, en abril de 2017, la Junta presentó un escrito de descargo en donde indicó al juez que el Reglamento del asilo Bien Público había sido reformado

---

<sup>203</sup> Declaración juramentada de Delfa García, del 12 de mayo de 2017 en la Notaría 74 del cantón Guayaquil.

<sup>204</sup> Declaración juramentada de Olga Yépez, del 12 de mayo de 2017 en la Notaría 74 del cantón Guayaquil.

<sup>205</sup> María del Carmen Balarezo, asilada de "El Bien Público", entrevista.

desde el 29 de julio de 2004. Dicha afirmación constituía, por supuesto, una trágica burla a la resolución judicial, ya que si la reforma al reglamento había operado en esa época, no se entendía cómo es que doce años después, esto es, en el año 2016, el inspector del asilo había cursado un comunicado a las asiladas con el que las conminaba, “de acuerdo a lo que indica el reglamento”, a buscar otro hogar. Aún más, dicho argumento no había sido utilizado en la audiencia pública ni en la interposición del escrito de apelación, ni tampoco se había acompañado a dicho escrito alguna certificación del procedimiento adoptado para la reforma del reglamento, o algún respaldo de que la reforma en cuestión hubiera sido notificada a los organismos competentes de control público y en qué fecha.

Por ello, en mayo de 2017 solicité: i) Que se ordene a la Junta que efectúe las debidas disculpas públicas a las accionantes, publicando un extracto del fallo y considerando que en aquéllas no podía hacerse mención a ningún tipo de circunstancia relativa a su estado de salud -física o mental- que condicione su permanencia en el asilo, y ii) Que se obligue a la Junta a que presente toda la documentación de respaldo que certifique cuándo se reunió el Directorio para reformar el reglamento; quiénes asistieron; qué función tenían los directivos que intervinieron en la reforma; cuál fue el proyecto puesto a consideración con las disposiciones de la imperativa sentencia judicial; en qué condiciones se implementó; cuándo se aprobó el mismo; si fue consensuado debidamente conforme a la Ley, y si se notificó a los organismos competentes de control público con la pertinencia de las reformas. En el mismo mes de mayo, una vez recibidos los escritos de ambas partes, el juez se pronunció en los siguientes términos:

...con sorpresa se recibe un escrito fuera del término establecido por este juzgador por parte de la Junta de Beneficencia de Guayaquil, debiendo dejar constancia que la misma tuvo todo el tiempo necesario para acotar lo que viene sosteniendo, incluso dicha documentación presentada en su escrito no la usó dentro del momento procesal oportuno, para de esta forma dejar constancia que en ningún momento ha sido su afán separar a las accionantes de dicha casa de asilo... ¿o es acaso que se trató de sorprender a las asiladas con el reglamento y circular... para de esta forma procurar separar a las mismas de manera arbitraria e ilegal? Por todo lo expuesto, se exige a la Junta de Beneficencia de Guayaquil certificar e indicar de manera fehaciente si los documentos aportados son reglamentos públicos que se encuentran en plena vigencia hasta la actualidad, y si los mismos reposan como documentos en firme y de estricto cumplimiento por la Junta de Beneficencia de Guayaquil y su Directorio. Así mismo, téngase en cuenta que las disculpas públicas a las accionantes será en cuanto a la naturaleza de la sentencia más no a “palabras mal entendidas”... puesto que para el caso en concreto dichas disculpas tienen que referirse a la circular que en su momento motivó esta acción constitucional por parte de las accionantes... Por ser legal y

procedente lo solicitado por la defensa de las accionantes, la Junta de Beneficencia de Guayaquil cumpla con lo dispuesto por este juzgador en el término de diez días contados a partir de su notificación, todo esto bajo prevenciones de Ley.<sup>206</sup>

Finalmente, en cumplimiento de lo dispuesto por el juzgador, la Junta efectuó la rectificación de sus disculpas públicas, citando la parte pertinente del fallo, en donde se estableció que las asiladas podían quedarse viviendo en dicho establecimiento hasta el día de su muerte. Respecto a la medida de no repetición de los hechos, el Secretario de la Junta certificó que la reforma al reglamento se encontraba firme, y que incluso en el portal virtual de la institución se había realizado la correspondiente publicación del reglamento reformado. Sobre esa base, y considerando que tanto la información contenida en dicha página web como la certificación emitida por el Secretario son de dominio público, el juez consideró concluida la ejecución de su mandato:

...en esencia, se ha justificado el cumplimiento a esta decisión en virtud de que son los mismos [personeros de la Junta] quienes dentro del presente expediente dejan sentada sus argumentaciones para efectos de no repetición... por lo que esta decisión se ha cumplido, quedando así aseguradas las accionantes de que esta situación no se volverá a repetir; en lo demás, las accionantes en todo momento han permanecido en su hogar... y a su vez las disculpas públicas se han practicado en su integridad al tenor de la decisión adoptada.<sup>207</sup>

#### **2.4.2 Caso mujer discapacitada vs Municipio de Daule**

Una de las acciones que la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador (LOGJCC) recoge es la *acción de incumplimiento*. De acuerdo con dicho cuerpo normativo, la acción de incumplimiento puede presentarse en caso de inejecución o defectuosa ejecución de una sentencia constitucional, sea de jueces de instancia o de la propia Corte Constitucional. El Art. 164 (2) de la LOGJCC así lo establece:

...la jueza o juez competente, a petición de parte, remitirá el expediente a la Corte Constitucional, al cual acompañará un informe debidamente argumentado sobre las razones del incumplimiento suyo o de la autoridad obligada, para lo cual tendrá un término de cinco días desde el momento en que el interesado hizo la solicitud... En caso de que la jueza o juez se rehúse a remitir el expediente y el informe, o lo haga fuera del término establecido en el numeral anterior, el afectado podrá solicitar, directamente a la Corte Constitucional, dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término

---

<sup>206</sup> *Asiladas vs Junta de Beneficencia de Guayaquil*. Caso No. 09292-2016-00050 (Juez de la Unidad Judicial con Competencia en Delitos Flagrantes, 1 de Noviembre de 2016); auto expedido el 11 de mayo de 2017.

<sup>207</sup> *Ibíd.*, auto expedido el 21 de julio de 2017.

señalado, que ordene a la jueza o juez la remisión del expediente y declare el incumplimiento de la sentencia... En caso de incumplimiento de sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional, ésta de oficio o a petición de parte, ejecutará directamente las medidas necesarias para hacer efectiva su decisión.<sup>208</sup>

Los hechos del caso son los siguientes. La señora Jacinta Cumandá Cantos Zambrano, mujer epiléptica con 42 % de discapacidad física, había sido separada de sus funciones como asistente administrativa del Gobierno Municipal del cantón Daule, provincia de Guayas, en el mes de abril de 2016. A pesar de que en el Código de Trabajo ecuatoriano se prohíbe expresamente abusar de la figura del contrato ocasional para esconder una relación laboral indefinida, la señora Cantos había laborado para el Municipio a lo largo de diez años bajo dicha modalidad contractual.

Inicié mis labores en el Municipio el 2 de septiembre de 2005. Siempre me hicieron contratos de servicios ocasionales, los cuales decían que yo era asistente administrativa. Al término de cada contrato nunca percibía liquidación, ni tampoco el Municipio hizo algo para darme un nombramiento. Los diez años que laboré para el GAD estuve con contrato ocasional. Estuve dos años fuera, porque me sacaron así no más, no sé qué les pareció mal de mí, solo me enviaron una notificación desde talento humano que hasta el 29 de abril de 2016 trabajaba.<sup>209</sup>

Para entender el contexto de esta vulneración de derechos, es preciso mencionar que en la sociedad ecuatoriana, aquellos que, como la señora Cantos, adolecen de alguna discapacidad, todavía son vistos como personas “inválidas” o “improductivas”, poco capacitadas para asumir responsabilidades dentro de un ambiente laboral. A pesar de que con la Constitución de Montecristi se establecieron una serie de acciones afirmativas para equilibrar las relaciones asimétricas de poder que sitúan a los discapacitados por fuera de los parámetros de la “normalidad”, aún hasta nuestros días persiste una marcada exclusión que les impide contar con los mismos derechos y oportunidades de realización que la mayoría de la gente. Dicho de otro modo, este avance normativo que impone, tanto en el ámbito público como privado, la obligación - ya no solo moral, sino también- jurídica de dispensarles un trato diferenciado y preferente en función de aquel sometimiento histórico del que han sido objeto, no ha logrado aún internalizarse en el imaginario colectivo de los ecuatorianos. Por lo demás, este *hábitus* que perpetúa el rechazo hacia las personas con discapacidad, se evidencia en el trato que éstas suelen recibir al interior de la institucionalidad del Estado, sea

---

<sup>208</sup> Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: R.O. No. 52, 2009.

<sup>209</sup> Jacinta Cantos Zambrano, ex Asistente Administrativa en el Municipio del cantón Daule, entrevistada por Augusto Verduga Sánchez (16 de mayo de 2018).

como beneficiarios de un servicio público o como parte de la propia burocracia estatal, como el caso de la señora Cantos:

Trabajé durante diez en el Municipio, como asistente administrativa de la Secretaría General y como asistente del centro de salud. Solía realizar memos o también oficios para las diferentes instituciones, receptaba llamadas telefónicas y brindaba asesoría a los usuarios externos. El primer jefe que tuve fue licenciado López. Él nunca me trató con indiferencia, pero luego de un tiempo lo movieron de puesto y pusieron de Secretario General a un abogado de apellido Jurado, el cual siempre tuvo indiferencias conmigo. Me alzaba la voz muchas veces, o si no me ordenaba que le llevara folders de otros departamentos. Cuando yo subía las escaleras y llegaba a la Secretaría jadeando con diez folders enormes me decía que ya no los necesitaba, que ya había encontrado lo que me había enviado a buscar, lo cual ocurrió más de una vez. Yo creo que lo hacía a propósito eso de que yo subiera y bajara las escaleras con los folders, porque siempre se reía disimuladamente... En el centro materno, en cambio, la doctora y la enfermera me decían que yo no valía para nada, que no era capaz de hacer nada bueno, y siempre se reían de mi forma de hablar. Cuando me botaron, yo fui a hablar con la Jefa de Talento Humano a preguntar el motivo y me respondió que era una orden de la máxima autoridad, pero cuando hablé con la secretaria del Alcalde me dijo que él no podía atenderme, y que las decisiones del recorte de personal eran decisiones del área de talento humano, es decir, se lanzaban la pelota.<sup>210</sup>

En el caso de Jacinta Cantos, la decisión de la institución de dar por terminada la relación contractual contravino los estándares de protección laboral establecidos en la Sentencia Aditiva No. 258-15-SEP-CC expedida por la Corte Constitucional de Ecuador, mediante la cual se declaró la constitucionalidad condicionada del Art. 146 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), norma que recoge las distintas causales de terminación de los contratos ocasionales para los funcionarios del Estado. La Corte declaró que los contratos ocasionales celebrados con personas discapacitadas podían terminar por cualquiera de las causales allí establecidas, con la salvedad de la causal f), esto es, la terminación unilateral del contrato. Para arribar a dicha resolución, con carácter erga omnes, la Corte estimó lo siguiente:

...el espíritu del legislador es brindar seguridad y protección en el ámbito laboral a toda persona con discapacidad... al año 2014 todas las entidades públicas y privadas que cuentan con un número mayor a 25 trabajadores, deben contar con un mínimo de 4% de personas con discapacidad, incorporadas a través de contratos cuya naturaleza les brinde estabilidad, lo que quiere decir que dentro de ese porcentaje no se encuentran las personas con discapacidad que prestan sus servicios en el sector público a través de la suscripción de contratos ocasionales, pues debido a su naturaleza jurídica, estos no generan estabilidad. No obstante... en la práctica las instituciones públicas contratan personas con discapacidad a través de contratos ocasionales que, como se ha señalado, no les brindan estabilidad y que, eventualmente, los puede dejar en estado de vulnerabilidad. Es preciso en este punto entender la especial dificultad que puede tener una persona con discapacidad para encontrar otro trabajo, e inclusive para adaptarse al

---

<sup>210</sup> *Ibíd.*

mismo; en ese sentido, mantener un empleo constituye la forma a través de la cual se asegura a dichos ciudadanos ingresos económicos estables, que les permitan tener una vida digna, con acceso a bienes y servicios para su subsistencia y el sostenimiento de su familia... la Constitución de la República, mediante la disposición del artículo 11 numeral 2, garantiza la igualdad material, y contempla diferencias de trato a través de medidas de acción afirmativa, establecidas a favor de individuos que se encuentran en situación distinta, como es el caso de las personas de los grupos de atención prioritaria y, entre ellos, las personas con discapacidad, pues, a todas luces, tal medida se justifica en una causa objetiva y razonable.<sup>211</sup>

Dado que esta decisión de asegurar un mayor nivel de estabilidad laboral para las personas discapacitadas no comprometía recursos del erario público, este mandato de la Corte Constitucional fue aceptado sin problemas por los órganos democráticos, los cuales se encargaron más bien de efectuar una difusión generalizada de la sentencia en las instancias pertinentes, y la misma comenzó a aplicarse de forma inmediata en todo el aparato del Estado. Por ello, cuando en 2016 la señora Cantos acudió al Ministerio de Relaciones Laborales para poner en conocimiento que el Municipio de Daule la había removido de su cargo sin mayor explicación, el Ministerio inició un proceso administrativo para determinar la legalidad de la remoción, ordenando al Municipio que informara las razones que le sirvieron de sustento para declarar la terminación unilateral del contrato, recordándole que, a este respecto, existía el referido pronunciamiento vinculante de la Corte Constitucional. El Municipio se negó a acatar las disposiciones de la autoridad de trabajo, alegando que la sentencia de la Corte no era aplicable al caso, ya que -supuestamente- jamás tuvo conocimiento de la condición de vulnerabilidad de la señora Cantos, y que, en tal virtud, la trabajadora debía correr con la (i) responsabilidad de no haberlo comunicado de forma oportuna.

Ellos tenían copia de mi carnet de discapacidad, ellos sí sabían de mi condición. Al Alcalde se le dijo, la doctora le comentó que yo tenía discapacidad y él se hizo el sorprendido, dijo que a él nunca le habían dicho nada, pero él sí sabía... Cuando me despidieron acudí primero al Ministerio de Relaciones Laborales y allí solicitaron mi reincorporación, indicando que yo tenía discapacidad, pero el Municipio hizo caso omiso. En ese tiempo en el que tuve que buscar otro modo de percibir un ingreso tuve la oportunidad de ayudarlo a un amigo en una escuela de conducción. Él me permitió que yo le fuera a ayudar con los alumnos, pero después él me dijo que tenía pocos alumnos y que ya no podía seguir ayudándolo. Tuve que ponerme a vender tortillas, empanadas y hot-dogs, les vendía a mis amigas, para de esa manera comprar los alimentos y mi medicina. Lo que hicieron en su contestación fue poner que ellos desconocían mi discapacidad. A raíz de eso mi condición se agravó... La discapacidad que tengo hace que me tiemblen las manos y me den crisis de ausencia. Crisis de ausencia es una discapacidad neurológica, quiere decir que en un momento dado estoy dialogando con una persona y súbitamente me quedo en la nada. Si la otra persona está conversando

---

<sup>211</sup> Sentencia Aditiva No. 258-15-SEP-CC expedida por la Corte Constitucional de Ecuador. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/258-15-SEP-CC.pdf>

conmigo yo me quedo pensativa y no le puedo responder, pierdo la consciencia por minutos. Como ya no tenía para comprar la medicina eso provocaba las crisis.<sup>212</sup>

Por derivación del Ministerio de Relaciones Laborales, el caso de la señora Cantos llegó a la Defensoría Pública y me fue asignado a fines de octubre de 2016. El 8 de noviembre de ese mismo año presenté acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional, por haberse violado el precedente vinculante contenido en la Sentencia Aditiva No. 258-15-SEP-CC. En la primera entrevista que tuve con la señora Cantos, me confesó que desde antes de su salida del Municipio estaba atravesando por problemas económicos muy grandes y que su situación era realmente crítica. Se había endeudado con los bancos para poder afrontar los gastos corrientes de su tratamiento neurológico, y además tenía dos familiares a los que debía mantener, su hija menor de edad y su padre, un anciano de ochenta años que requería de una intervención quirúrgica para que los médicos pudieran extenderle un poco más los años de vida. La preocupación de no poder cubrir todas esas necesidades la había sumido en un cuadro depresivo.

Antes de acudir a la Defensoría yo me puse súper mal, llegué a deber caso dieciocho mil dólares. Había una señorita del Banco del Pacífico que todos los días me atormentaba. Tal es el caso que de tanta depresión, cuando ya no podía más con mi cabeza, opté por tomar decisiones que no debía haber tomado. En dos ocasiones traté de suicidarme por mis deudas porque me decían que si no pagaba hasta tal fecha me iban a embargar la casa. Como mi casa era lo único que tenía entré en un período depresivo, así que terminé internada en el hospital de neurociencias de Guayaquil. El doctor que me dio el ingreso lo diagnosticó como un estado depresivo grave. Estuve quince días en el hospital de neurociencias, lo que más pasaba era sedada, durmiendo. El doctor me dijo que mi familia solía ir a visitarme, que los chicos [hijos] me daban gelatina, jugo, pero la verdad es que eso de mi mente se borró, porque yo nunca me acuerdo de eso, no me acuerdo que ellos me visitaban.<sup>213</sup>

El 15 de febrero de 2016, esto es, tan solo a un mes antes de ser separada de sus funciones, la dirección de talento humano del Municipio recibió el informe suscrito por la médico psiquiatra Carmen Armijos Bernabé, funcionaria del Ministerio de Salud Pública, en donde se indicaba que la paciente Jacinta Cumandá Cantos Zambrano presenta una discapacidad física grave, y que por intento de suicidio fue ingresada el 7 de febrero de 2016 al hospital de neurociencias de Guayaquil, requiriendo veintitrés días de reposo. Dicho documento, con la constancia del recibido en la dirección de talento humano, desmentía la afirmación del Municipio de que la trabajadora jamás había

---

<sup>212</sup> Jacinta Cantos Zambrano, ex Asistente Administrativa en el Municipio del cantón Daule, entrevista.

<sup>213</sup> *Ibíd.*

informado sobre su condición de vulnerabilidad. A ello abonaba también la historia clínica emitida por el hospital Teodoro Maldonado Carbo, en donde se registraron seis atenciones de la señora Cantos, desde octubre de 2014 hasta febrero de 2016, en las áreas de neurología, psiquiatría y emergencias, respectivamente, así como las copias autenticadas de la historia clínica expedida por el instituto de neurociencias de Guayaquil, en cuya parte pertinente se leía lo siguiente:

Foja 5) “Diagnóstico, Condiciones Médico-Generales”. La paciente Jacinta Cumandá Cantos Zambrano padece Epilepsia. Eje uno) Episodio depresivo grave sin síntomas psicóticos; eje dos) Discapacidad grave; eje tres) Intento de suicidio y lesión intencionalmente autoinflingida por sumersión.

Foja 25) Siete de febrero de 2016. Paciente de cincuenta años de edad, semana caracterizada por insomnio, labilidad afectiva, llanto fácil, anhedonia, irritabilidad, refiere que mantiene deudas impagas con bancos y ahora está muy preocupada porque piensa que por eso le van a quitar la casa, niega alteraciones de la senso-percepción pero acepta ideas de muerte e intento suicida, refiere que hace varios días que se dio cuenta que no tiene cómo pagar sus deudas, que esto es un problema que no tiene solución y por eso ha pensado en morirse. El día de ayer escribió una carta despidiéndose y el día de hoy se fue al río Daule para ahogarse, pero un familiar llegó y lo impidió.

Foja 32) Doce de febrero de 2016. Paciente niega alucinaciones auditivas, refiere que ya reflexionó y que no lo volverá a hacer porque Dios no se lo perdonaría. Insiste en que por favor le den el alta médica porque tiene que trabajar y teme que la boten. Ayer fue valorada por la médico tratante del área de vida, quien indica que amerita su ingreso a dicha área por su riesgo alto de suicidio posterior a estabilizar su parte psicótica.”

Foja 38) Paciente habla de problemas de deudas como las causales de su estado depresivo y su deseo de quitarse la vida. Explica que se lanzó de un río. Al inicio niega que haya tenido intentos anteriores, después admite que se quiso ahorcar con una soga. Indica que tiene deudas desde el 2008, que ha podido manejarlas pero que de un momento a otro todo se fue a la ruina, no logra ubicar lo que desorganiza sus finanzas, pero dice que comenzó a realizar avances en efectivo, y que todo lo compraba a crédito. Actualmente su deuda es muy alta y no logra cubrir los mínimos a pagar. Indica que trabaja como asistente administrativa en el Municipio de Daule.<sup>214</sup>

La Corte convocó a audiencia pública para el 25 de septiembre de 2017, y el 14 de noviembre de ese mismo año dictó sentencia, resolviendo por unanimidad: i) Declarar el incumplimiento de la sentencia Aditiva No. 258-15-SEP-CC; ii) Aceptar la acción de incumplimiento planteada; iii) Disponer que el Municipio de Daule reincorpore a la señora Cantos a su puesto de trabajo en el término de cinco días; y iv) Que se cancele a la accionante las remuneraciones dejadas de percibir durante todo el tiempo que fue separada de su cargo hasta su efectiva reincorporación.

---

<sup>214</sup> Historia clínica expedida por el instituto de neurociencias “Lorenzo Ponce” de la ciudad de Guayaquil.

De esta manera, el Municipio reintegró a la señora Jacinta Cantos el 6 de diciembre de 2017. Paradójicamente, el trato dispensado por los compañeros de trabajo varió de forma sustancial a raíz de la sentencia de la Corte. Quienes antes la discriminaban por su condición de discapacidad, ahora empezaban a reconocer su trabajo y a tratarla con la misma consideración y respeto que al resto de los funcionarios:

Me reincorporé el 6 de diciembre de 2017. Cosa increíble, las dos compañeras que me hacían la vida imposible en el centro materno, se hicieron como si nunca hubieran tenido un problema conmigo, ellas me saludaban y me preguntaban esas cosas que la gente suele preguntar cuando quiere ser cortés, que cómo estaba, que cómo había pasado. Se notaba que ellas, pero también otras personas que antes ni siquiera me dirigían la palabra, querían tener diálogos conmigo, pero yo me mantenía muy distante porque no podía tener confianza con quienes me habían hecho daño. No es que yo me llevara mal con la mayoría de personas, más bien fueron pocas con quienes yo no me llevaba bien, la mayoría siempre fue bien llevada conmigo, pero ellas [la doctora y la enfermera] fueron las que me hicieron daño, como quien dice.<sup>215</sup>

Un nudo crítico que se creó luego de la expedición de la sentencia fue el gestionar la reparación económica ordenada por los jueces. En Ecuador, la Corte Constitucional nunca ejecuta directamente las obligaciones pecuniarias por ella fijadas. De acuerdo con un criterio jurisprudencial de los propios magistrados,<sup>216</sup> cuando el órgano obligado es una persona natural o una empresa privada, el cobro se sigue a través de la vía ordinaria ante un juez de lo civil. Por el contrario, cuando el órgano obligado es una institución pública, el cobro se lo persigue a través el Tribunal Contencioso Administrativo más cercano al del lugar en donde se originó la deuda. A pesar de que el perito designado para efectuar la liquidación fue posesionado tan pronto el Tribunal avocó conocimiento, no fue sino hasta el 24 de enero de 2018 que presentó el informe del cálculo del monto adeudado. Lamentablemente, éste no había considerado ciertos valores por concepto de vacaciones no gozadas, de modo que presenté las respectivas observaciones e insistí en que rectifique en el tiempo más corto posible.

Varios escritos fueron ingresados al Tribunal solicitando que se comine al perito a modificar el informe, pero el juez sustanciador no les dio trámite hasta que tuve

---

<sup>215</sup> Jacinta Cantos Zambrano, ex Asistente Administrativa en el Municipio del cantón Daule, entrevista.

<sup>216</sup> Sentencia No. 004-13-SAN-CC emitida dentro de la causa No. 0015-10-AN, aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional el 13 de junio de 2013. Disponible en: [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/004-13-SAN-CC/REL\\_SENTENCIA\\_004-13-SAN-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/004-13-SAN-CC/REL_SENTENCIA_004-13-SAN-CC.pdf)

que acudir personalmente a su oficina para explicarle la situación personal de la señora Cantos. Finalmente, con providencia del 8 de mayo de 2018, el juez ponente dispuso que el perito se pronuncie respecto a las observaciones realizadas, y dos días después éste corrigió los yerros, concluyendo que el valor adeudado ascendía a \$13,241.01.

Otro nudo crítico al que nos tuvimos que enfrentar fue la retaliación del Procurador Síndico del Municipio, quien en repetidas ocasiones intentó frustrar el pago de la totalidad del valor fijado por el perito. Sin ningún documento de sustento, el Procurador había ordenado al área de contabilidad que descontasen de la liquidación de la señora Cantos la suma de \$1,800 por la pérdida de una fotocopiadora instalada en el departamento de Secretaría General.

En el 2006, cuando recién comencé a trabajar, comencé sacando las copias en el departamento de Secretaría General. En ese entonces pusieron una máquina fotocopiadora a nombre del Secretario. Él había firmado como responsable de ese bien, pero quisieron involucrarme a mí como responsable de la pérdida. Como sacaron esa máquina para traer otra nueva, nadie firmó por la salida del bien. Solamente se la llevaron y trajeron otra, pero siempre se dijo por escrito y verbalmente al administrador de aquel entonces que arregle esa situación, pero nunca la quiso arreglar. El Procurador Síndico pidió unos informes al guardalmacén y dio la orden a la contadora de que me realizaran el descuento, pero era absurdo porque yo no era responsable de ese bien, sino mi anterior jefe, el Secretario General.<sup>217</sup>

Aquella circunstancia motivó la elaboración de un oficio explicativo dirigido al Alcalde, con copia al Procurador Síndico, al Director Financiero y -de forma disuasiva- a la propia Corte Constitucional, en donde, con documentos de soporte, le indiqué que el custodio de dicho bien era el ex Secretario General del Municipio, un ingeniero que aún se mantenía laborando en la institución, en el área de Servicios Corporativos. Ante la falta de respuesta a mi carta, acudí personalmente al Municipio y me entrevisté con el Procurador, quien me indicó que, una vez hechas las “averiguaciones”, ya no se descontaría ningún valor de la liquidación de la señora Cantos.

Por último, el 29 de diciembre de 2017, el Alcalde, Pedro Salazar Barzola, realizó la convocatoria a los servidores municipales para que participen en el concurso de méritos y oposición interno, a fin de llenar los puestos vacantes de la entidad. El 29 de marzo de 2018 se publicaron los resultados provisionales de las pruebas. La señora Cantos fue puntuada con una nota de 4 puntos sobre 10 en la evaluación de desempeño, y una nota de 8 puntos sobre 40 en las pruebas técnicas, sin que la entidad haya explicitado las razones por las cuales obtuvo dichas calificaciones.

---

<sup>217</sup> Jacinta Cantos Zambrano, ex Asistente Administrativa en el Municipio del cantón Daule, entrevista.

Luego de que fui reintegrada permanecí cuatro meses laborando. Después de eso hicieron el concurso de méritos. Yo vi mis pruebas, las calificaciones de mis notas, y qué coincidencia que solo un chico y yo no aprobamos. Pero a la final al chico lo dejaron ahí y a mí fue la única a la que me sacaron con un puntaje de menos de un 50%, para mí fue con dedicatoria. Uno se conoce allá, todo el mundo sabe y estaba pendiente de esos concursos. Yo digo que el Alcalde se las cobró por haberle ganado el juicio.<sup>218</sup>

El 4 de abril de 2018 presenté un escrito de impugnación solicitando la revisión de las notas provisionales, hasta que, finalmente, el 13 de abril de 2018, terminaron de publicarse los resultados definitivos, sin que se haya dado respuesta al escrito de impugnación presentado. En mérito de ello, y dado que se trataba de una nueva falta administrativa ajena a la resolución judicial de la acción de incumplimiento, el trámite fue derivado a la Dirección Regional del Trabajo. A la fecha de la conclusión de este ensayo, la señora Cantos me comentó que había desistido de seguir “peleando” con el Municipio, y que sus hijos le estaban ayudando a montar un negocio familiar de comidas.

#### **2.4.3 Pacientes con Enfermedades Catastróficas vs Hospital Teodoro Maldonado Carbo**

El Teodoro Maldonado Carbo, situado en la ciudad de Guayaquil, es uno de los hospitales más grandes de la red de salud pública de Ecuador. Fue fundado en 1970 y mantiene una cartera de servicios con cuatro especialidades: clínicas, de diagnóstico y tratamiento, cirugías y medicina crítica. Entre las miles de personas que se hacen atender en esta casa de salud, existe un grupo de pacientes a quienes, a pesar de haber contribuido con sus aportes a la seguridad social durante buena parte de su vida, les resulta difícil recibir una atención médica de “calidad y calidez”, como reza una leyenda grabada en una de las paredes del hospital. Se trata de aquellos pacientes con enfermedades huérfanas, raras o catastróficas que, para hacerle frente a sus padecimientos, requieren de la provisión ininterrumpida de costosas medicinas, muchas de las cuales no suelen estar incluidas en el Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos (CNMB), el cual contiene el listado de medicinas consideradas esenciales para atender las necesidades de la población ecuatoriana.

---

<sup>218</sup> *Ibíd.*

De acuerdo con el Ministerio de Salud Pública, el propósito del CNMB es “promover el uso racional de medicamentos, a fin de proteger a la población de un inadecuado empleo que pueda producir daños a la salud, así como controlar el gasto en medicinas al definir cuáles serán financiadas por el Estado.”<sup>219</sup> Cada cuatro años, aproximadamente, sobre la base de un análisis técnico de la eficacia y seguridad de las medicinas, así como de su “eficiencia comparativa en relación con el costo”,<sup>220</sup> la Comisión Nacional de Medicamentos<sup>221</sup> se reúne con la finalidad de actualizar el CNMB.

Una de aquellas medicinas que se encuentran por fuera del CNMB es el principio activo *Adalimumab*, un fármaco de tratamiento biológico que se prescribe para combatir los efectos de enfermedades crónicas como psoriasis, espondilitis anquilosante, artritis reumatoide y artritis psoriásica, todas ellas enfermedades incurables y autoinmunes, o sea aquellas en las que el sistema inmunológico ataca los tejidos del propio cuerpo. Todos los años, desde el área de reumatología del Teodoro Maldonado Carbo, se atiende a un importante número de pacientes con estas afecciones, muchos de los cuales han recibido por varios años tratamiento con el medicamento *Adalimumab*.

Mi enfermedad empezó hace veintisiete años, cuando yo tenía apenas veintitrés años. Los síntomas empiezan como cuando uno ha dormido mal, como cuando uno amanece luego de dormir en un colchón antiguo, ya con derecho a cambiar, porque así me decían los médicos, “cambie el colchón porque el colchón ya necesita cambiar”, o “cambie la almohada”, porque amanecía como si tuviera tortícolis, y comencé a hacer todo eso pero los dolores seguían. En esa época comencé a deambular de médico a médico y nadie daba con lo que tenía. Mi situación fue empeorando justo a raíz de que me casé. Recuerdo que mis amigos me decían en son de broma que era por culpa de mi esposa, que era manaba. Un buen día ya no pude levantarme, la pierna derecha se me comenzó a hinchar y la espalda se me inflamó, no podía moverme. Esa dolencia se fue irradiando en todo el cuerpo y yo no soportaba que me toquen o moverme. Mi familia, desesperada, me llevó a todos los doctores que se pueda imaginar, y no daban con los resultados, así que finalmente fuimos a Quito. Allí un reumatólogo descubrió que padecía un problema de reumas: espondilitis anquilosante. Me dijo que era una enfermedad incurable, pero que aplicando el medicamento adecuado y de forma

---

<sup>219</sup> Para una mayor ilustración consultar en: <https://www.salud.gob.ec/msp-hace-publica-la-novena-edicion-del-cuadro-nacional-de-medicamentos-basicos/>

<sup>220</sup> *Ibíd.*

<sup>221</sup> La Comisión Nacional de Medicamentos está conformada por representantes de todas las instituciones del Sistema Nacional de Salud: Ministerio de Salud Pública, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL), Sociedad de Lucha Contra el Cáncer (SOLCA), Junta de Beneficencia de Guayaquil, Asociación de Facultades y Escuelas de Medicina del Ecuador, Federación Médica Ecuatoriana, Federación de Químicos y Bioquímicos Farmacéuticos del Ecuador y la Asociación de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador.

continua iba a poder controlarla y llevar una vida normal. En esa época no habían estos tipos de medicamentos biológicos de alta gama, como Adalimumab, simplemente había pastillas antiinflamatorias.<sup>222</sup>

Ahora tengo sesenta años, pero la artritis reumatoide se me presentó a la edad de veintitrés. En el año 2010 solicité mi jubilación por invalidez porque no podía subir ni bajar escaleras, tuve que renunciar a mi trabajo. Trabajé en la Comisión de Tránsito como jefa de un área, casi toda mi vida laboral, pero por mi enfermedad no podía salir ni bajar las veredas, por eso tuve que jubilarme y seguir el tratamiento con el Seguro Social. Al principio estuve tratándome con corticoides, pero eso era un veneno. Luego me cambiaron a las vacunas de Adalimumab y mejoré inmediatamente... Los síntomas de la artritis son horribles, uno siente dolor en todas las articulaciones, no hay una que no te duela y el cuerpo se te deforma, pero con la inyección como que uno detiene a la enfermedad.<sup>223</sup>

La enfermedad que yo tengo, espondilitis anquilosante, es una enfermedad invalidante que ataca todo el cuerpo, es sistemática. Arremete contra todos los órganos, ojos, corazón, hígado, riñones, etc. Adalimumab me quita las secuelas de esta enfermedad, los dolores terribles, pero también las angustias que no son sólo mías sino también las de mi núcleo familiar. Esta es una enfermedad tan degradante que incluso me impide limpiar mis excretas, necesito ayuda para hacerlo... El Adalimumab detiene las defensas del cuerpo, porque la espondilitis anquilosante es una reacción inmunológica en la que el cuerpo de uno pierde su memoria de defensas y éstas se vuelven agresivas. Mediante la vacuna se ataca a esos glóbulos que se han olvidado de defender y se los obliga a bajar, entonces ya los resultantes son mínimos, por eso es que el paciente debe tener relaciones sexuales seguras, porque con esta vacuna, si uno no lleva una vida ordenada y con buena alimentación, puede adquirir las peores enfermedades y el cuadro puede ser mucho peor.<sup>224</sup>

Todo empezó aproximadamente desde los catorce años. En ese entonces era muy joven de un barrio humilde, sin posibilidades económicas siquiera para ir a un hospital. Con remedios caseros se me intentaba quitar la fiebre, porque una de las características de la espondilitis son las fiebres que se presentan a nivel de articulaciones, brazos, caderas, dolores fuertes. Luego de eso viene la inflamación, y luego llegas a un momento en que físicamente no te puedes valer por tí mismo, pasas en cama, no puedes ni siquiera caminar. Para ir al baño tienes que recibir ayuda. La enfermedad se escondió unos años y reapareció cuando cumplí los diecisiete de una manera más fuerte. Ahí ya las rodillas y los talones se me inflamaron y me dieron fiebres de altísima temperatura. En ese entonces mi papá me llevó al hospital Luis Vernaza, estuve internado aproximadamente cuatro meses. Durante esos cuatro meses estuve a cargo de doctores que hacían un círculo alrededor de la cama para tratar de descubrir qué era lo que yo tenía. Después de todos los exámenes de sangre y lo que me podían haber hecho, me dijeron que tenía fiebre reumática, y me aplicaron corticoides. Viví otros años más sin problemas hasta que, a la edad de veinticinco años, en el 2008, mi enfermedad apareció de nuevo. Se me hincharon los tobillos y las rodillas, y comencé con dolores en la cadera y en la columna, de ahí ya no pude caminar. En ese momento ya trabajaba y fue que empecé a visitar algunos consultorios del IESS, hasta que en el hospital de Milagro me mandaron a hacer los exámenes de HCP 27, que no se hacían en Ecuador sino solo en Estados

---

<sup>222</sup> Mauricio Torres, paciente con enfermedad catastrófica del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, entrevistado por Augusto Verduga Sánchez (27 de Septiembre de 2018).

<sup>223</sup> Elena Avelino, paciente con enfermedad catastrófica del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, entrevistada por Augusto Verduga Sánchez (27 de Septiembre de 2018).

<sup>224</sup> Dionisio Palacios, paciente con enfermedad catastrófica del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, entrevistado por Augusto Verduga Sánchez (27 de Septiembre de 2018).

Unidos. Al mes del examen el resultado salió positivo para espondilitis anquilosante. El médico me dijo que me iba a ayudar a mejorar mi estilo de vida suministrándome Adalimumab. A la segunda dosis yo ya estaba normal, caminando. La inflamación y la temperatura se habían ido y volví a ser una persona normal. Desde allí hasta la actualidad he venido consumiendo esta medicina, a razón de dos ampollas por mes.

Los hechos de este caso inician en el mes de octubre de 2017 cuando, de forma inesperada, el hospital Teodoro Maldonado Carbo dejó de adquirir Adalimumab, alegando que dicho medicamento no se encontraba contemplado dentro del CNMB desde el 2013. Los directivos del hospital habían considerado que los médicos tratantes debían ceñirse exclusivamente a aquellos medicamentos que sí constaban en el cuadro. Básicamente esgrimían dos criterios para rechazar la compra de Adalimumab. Un primer argumento era que el CNMB actualizado contemplaba dos medicinas biológicas, Infliximab y Etanercept, que eran igualmente potentes para neutralizar los efectos de estas enfermedades catastróficas. Un segundo argumento consistía en que el precio de Adalimumab era superior al de las otras dos medicinas contempladas en el CNMB, es decir, un argumento puramente económico. Ambos constituían razones muy pobres para negarse a adquirir el medicamento.

El primer argumento solo podía ser explicado desde la pereza burocrática de los directivos, pues existía un Acuerdo Ministerial expedido por el Ministerio del ramo<sup>225</sup> en donde se establecía el procedimiento que debían seguir las instituciones que conforman la red de salud pública a efectos de adquirir aquellas medicinas que se encuentran por fuera del CNMB. Ello, por supuesto, requería de un esfuerzo mucho más riguroso por parte del hospital de justificar, pormenorizadamente, con análisis técnicos e informes de cada médico tratante, la situación particular de cada uno de los pacientes, lo cual debía pasar por una serie de filtros y sumillas de la Dirección Provincial del Seguro Social hasta llegar finalmente a Quito, para la aprobación de la adquisición de los medicamentos a través de un proceso de contratación pública.

El segundo argumento obedecía a una supuesta política de ahorro. Se alegaba que la institución se encontraba afrontando un problema de financiamiento y que, en ese contexto, no era una decisión razonable decantarse por una medicina más cara, máxime si el hospital se encontraba suficientemente abastecido de las otras dos medicinas indicadas para dichos padecimientos.

---

<sup>225</sup> Ministerio de Salud Pública. *Acuerdo Ministerial No. 158, R.O. No. 160 del 15 de Enero del 2018.* Disponible en: [https://aplicaciones.msp.gob.ec/salud/archivosdigitales/documentosDirecciones/dnn/archivos/A\\_C\\_0158\\_A\\_%202017%2011%20DIC.pdf](https://aplicaciones.msp.gob.ec/salud/archivosdigitales/documentosDirecciones/dnn/archivos/A_C_0158_A_%202017%2011%20DIC.pdf).

El Seguro Social es una entidad autónoma. Todos los que aportamos al Seguro lo hacemos para sentir que nos cobije, sin que se vean costos. Pero ellos anteponen la cuestión económica a la salud de los afiliados, buscando medicamentos que a veces son hasta nocivos... Hoy nos toca a nosotros pero mañana les tocará a los más jóvenes, y las enfermedades inmunológicas van a prevalecer por la pésima calidad de la comida que nos servimos... El análisis de costo que ellos hacen realmente es favorable para los pacientes, ya que mientras un paciente menos visite el hospital eso significa más ahorro. Como decía el gobierno pasado, “si nosotros tenemos mayor cantidad de energía eléctrica, no vamos a gastar sino a ahorrar, porque es una cuestión productiva para el país”. Es igual acá, mejorando las condiciones de salud de los afiliados, el análisis de costo baja.<sup>226</sup>

Esas autoridades del Seguro Social son personas indolentes. Alegaban una y otra vez que esa medicina no está en el cuadro de medicamentos básicos, que así lo exigía el Estado, cuando en principio el Adalimumab sí estaba dentro de ese dichoso listado, pero luego no sé bajo qué criterio técnico o científico sacaron este medicamento vital para miles de pacientes.<sup>227</sup>

Hasta el día de hoy compran por cuestiones de precios, más no por cuestiones de salud. O sea, a veces nos mandan quince pastillas que equivalen, digamos, a cien dólares, pero ese dinero se malgasta porque con las pastillas no se ataca nuestra enfermedad. Es ilógico decir que es un ahorro porque luego los pacientes empeoramos. Mi enfermedad comenzó a hacerse crónica. De la discapacidad que tenía de 25% llegué al 65%, eso es consecuencia del sistema que existe. Se inventaron un cuadro básico con el que las supuesta eminencias médicas deciden cuáles medicamentos pueden proveerse y cuáles no... por ejemplo, ahorita están en la décima revisión del cuadro básico. Pero ¿quiénes son ellos para decidir si no padecen la enfermedad? Que yo sepa jamás han preguntado o encuestado a pacientes para saber cómo les va con tal o cual medicina. Para nuestra enfermedad solo existen dos medicamentos dentro del cuadro básico... pero lo ideal sería que dejaran que el médico que tiene conocimiento de los medicamentos recete. Yo considero que el sistema de gestión de la medicina no es la correcta.<sup>228</sup>

Por otra parte, la postura del hospital no estaba considerando normativa expresa que impedía realizar el cambio del Adalimumab por otros medicamentos sucedáneos. La Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), una entidad adscrita al Ministerio de Salud Pública con competencias para definir los criterios para la categorización del riesgo de medicamentos de uso y consumo humano, había expedido un instructivo que contenía la lista de medicinas de uso hospitalario considerados como no sustituibles. Adalimumab, al igual que todos los demás medicamentos biológicos prescritos para afecciones reumáticas, constaba dentro del listado como “medicamento biológico no sustituible”, lo cual quiere decir que el mismo no puede intercambiarse por otras medicinas sin la autorización expresa de los médicos tratantes, por los riesgos que aquello implica para la salud de los pacientes.

---

<sup>226</sup> Dionisio Palacios, paciente con enfermedad catastrófica, entrevista.

<sup>227</sup> Leonardo Sáenz, paciente con enfermedad catastrófica del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, entrevistado por Augusto Verduga Sánchez (27 de Septiembre de 2018).

<sup>228</sup> Mauricio Torres, paciente con enfermedad catastrófica, entrevista.

Por ese motivo, y luego de la insistencia de los propios afiliados de que la no adquisición de Adalimumab violentaba las regulaciones del ARCSA, la Jefa de la Unidad de Reumatología decidió iniciar el respectivo proceso de adquisición. No obstante, para fines de noviembre de 2017, Adalimumab ya no se encontraba en stock dentro de la farmacia del hospital, lo que motivó a que los médicos tratantes direccionaren a algunos de sus pacientes a que se cambien de medicina.

La doctora me dijo “tienes dos opciones, Infliximab o Etanercept”. Yo estaba pensando qué hacer hasta que recibí la llamada de Manuel Saltos, él me dijo que él y muchos otros pacientes se habían unido para reclamar por nuestros derechos, para que nos mantengan el medicamento que nos está haciendo bien, que no íbamos a probar un medicamento nuevo sin la garantía de que nos haga bien, porque podemos volvernos resistentes al medicamento actual por la ingesta del nuevo, o incluso crear resistencia a ambos...<sup>229</sup>

El cambio de medicina debe darse solo cuando el cuerpo ya no lo asimile. Si yo me estoy suministrando un medicamento que me está haciendo bien, no hay porqué cambiarlo. Nadie me garantiza que alguno de esos medicamentos me va a hacer bien para mi dolencia, y segundo, la misma jefa de reumatología indicó que no hay evidencia científica que muestre que no pasaría nada si regreso al anterior esquema de tratamiento. Puede darse el caso de que mi cuerpo pueda hacerse resistente al uno como al otro, y a la final me quede sin ninguna de esas dos opciones de vida, lo cual me obligaría a buscar una tercera opción... tratando de mantener esa calidad de vida, hay algo más allá de lo físico, la parte psicológica. Yo puedo estar bien físicamente, pero a veces me pasa que me quedo solo y veo a mis hijos que están jugando en la calle y me pregunto qué será de mi salud en los siguientes años, cómo estaré. Ahora puedo lidiar con esta enfermedad, pero quizás en un mes se me reactive y cambia totalmente el futuro que tengo previsto con ellos. La parte psicológica nos afecta, es muy fuerte, porque sé que tendré esta enfermedad de por vida.<sup>230</sup>

La negativa de aplicarse otro esquema de tratamiento estuvo acompañada de la exigencia de gestionar, desde la Jefatura de la Unidad de Reumatología, la aprobación de la compra de Adalimumab para todos los pacientes reumáticos, de acuerdo a los parámetros establecidos por el Ministerio de Salud Pública, de modo que a fines de noviembre de 2017, cuando los pacientes llevaban casi un mes sin aplicarse la medicina, el hospital inició los trámites para la autorización de la compra. No obstante, los meses siguieron transcurriendo sin que la medicina haya conseguido la aprobación. El hospital se excusó alegando que el desabastecimiento no era atribuible a una falta de debida diligencia, puesto que el requerimiento se había efectuado de forma oportuna ante el Ministerio de Salud Pública, y que el trámite se encontraba en dicha cartera de Estado

---

<sup>229</sup> Carlos Gamboa, paciente con enfermedad catastrófica del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, entrevistado por Augusto Verduga Sánchez (27 de Septiembre de 2018).

<sup>230</sup> *Ibíd.*

esperando la autorización. Sin embargo, ante la excesiva rémora que ponía en riesgo la salud de los pacientes, éstos decidieron viajar a Quito para averiguar directamente el estado de la solicitud. En dicha visita, los funcionarios del Ministerio los pusieron al corriente de que la petición del Teodoro Maldonado Carbo había sido observada y devuelta hacía más de tres meses.

En líneas generales, se les informó que la petición había rechazada por tres ocasiones, ya que la Jefa de la Unidad de Reumatología, aplicando una normativa ya derogada, insistía en remitir de forma incorrecta el listado de los pacientes. En la primera ocasión lo había hecho ciñéndose a un esquema de *pacientes de continuidad*, esto es, únicamente aquellos que habían estado en tratamiento con Adalimumab desde antes de que fuera separado del CNMB, esto es, desde el 2013 para atrás, y en la segunda ocasión había utilizado el esquema de *pacientes refractarios*, es decir, aquellos que ya habían consumido con anterioridad los medicamentos constantes en el CNMB vigente, Infliximab y Etanercept, sin incluir a los *pacientes no refractarios*, esto es, aquellos que solo habían usado Adalimumab desde el inicio de su tratamiento. Todo ello a pesar de que la resolución No. 158 era absolutamente clara, pues allí se establecía que el listado debía de enviarse en función de la enfermedad o patología de cada paciente. Por si fuera poco, en una tercera y última ocasión, y luego de haber sido alertada de estos errores, la doctora remitió el listado de acuerdo a la patología de cada paciente, pero únicamente de aquellos que padecían espondilitis anquilosante, sin incluir a aquellos que presentaban artritis reumatoidea, psoriasis y artritis psoriásica.

La jefa del área de reumatología mandaba al Director General del hospital, como parte médica, y el Director dizque aceptaba y mandaba a la Dirección Nacional del Seguro, en Quito, para que a su vez lo haga extensivo al Ministerio de Salud. Allí no aceptaban. Los funcionarios del Ministerio contestaban que esos informes estaban mal hechos, así que los regresaban a la Dirección Nacional del Seguro, la Dirección Nacional del Seguro a la Dirección General del Teodoro Maldonado, con el doctor Jairala, y el doctor Jairala de vuelta a la doctora Maldonado, la jefa de reumatología. Fue todo el año que se pasaron en eso. Reuniones, fotografías, incluso se habló con la actual Vicepresidenta de la República Vicuña, quien en ese entonces era parte de la comisión de salud en la Asamblea Nacional, pero no nos dieron solución. En un año no hubo ninguna apertura por parte del Seguro, y en ese viacrucis terrible algunos compañeros murieron, otros se atrofiaron, otros se quedaron con secuelas monstruosas, sus rodillas hinchadas o sus columnas o pelvis destruidas.<sup>231</sup>

Desde el año 2012 ha habido dos jefas de reumatología. Desde el 2012 hasta el 2016 estuvo la doctora Almeida. Ella defendía los intereses de los pacientes, como profesional decía que ese medicamento se mantenga. Pero en la actualidad tenemos a la

---

<sup>231</sup> Dionisio Palacios, paciente con enfermedad catastrófica, entrevista.

doctora Maldonado. No quiero pensar que lo hizo de mala fe porque a lo mejor se la pasó por desconocimiento del trámite, de cómo se debía hacer correctamente, o quizás fue por temores de perder su trabajo, pero, en todo caso, ella nos demostró que es ineficiente en las cuestiones administrativas. Recuerdo que le echaba la culpa al Ministerio de Salud Pública, pero a mí me consta, porque yo estuve en el Ministerio en Quito, que a pesar de que se la capacitó en temas de contratación pública, ella cambió como tres veces la forma en la que solicitó la adquisición de la medicina. La forma en la que enviaba los anexos con los listados de los pacientes siempre estuvo mal hecha.<sup>232</sup>

Por el juramento que ellos hacen como médicos deberían proteger y velar por la salud de las personas. Errar es humano, equivocarse una vez en llenar un formulario es comprensible, pero equivocarse dos o tres veces cuando está en juego la salud y la vida de pacientes es algo atroz. En nuestra condición médica, una semana, un día, es vital, porque entre más tiempo pasa nuestra enfermedad nos va dañando los huesos y las articulaciones de forma irreversible, y los dolores se incrementan. No veo bien que en la parte pública se hayan cometido tantos errores. No puedo juzgarla como que actuó de mala fe, pero de buena fe tampoco lo hizo.<sup>233</sup>

Así, el dejar de proveer Adalimumab suponía acabar con un esquema de tratamiento que representaba, ni más ni menos, una opción de vida para los afiliados. Esto era así porque el cambio de la medicina no solo que no garantizaba la aparición de reacciones adversas, como en efecto sucedió con algunos pacientes, sino que además generaba la imposibilidad de consumir Adalimumab en lo venidero. Paradójicamente, dicho criterio de no intercambiabilidad de las medicinas biológicas había sido sostenido por la propia jefa de reumatología un año antes, en el contexto de una audiencia pública ante un juez constitucional. En dicha ocasión había expresado: “No hay evidencia científica, pero actualmente se puede cambiar de la molécula original a la biosimilar, mas no inversamente. Si no hay evidencia científica no se puede cambiar. A nivel internacional ninguna institución de salud lo hace.”<sup>234</sup>

Con estos antecedentes los pacientes acudieron a la Defensoría Pública en el mes de junio de 2018. El caso me fue asignado y presenté acción de protección el 4 de julio de 2018 a nombre de treinta y tres pacientes, alegando la violación de sus derechos a la salud y a la protección especial, ya que se trataba de personas con enfermedades catastróficas a los que la Constitución los reconoce como un grupo de atención prioritaria. Con el escrito de la demanda presenté una documentación bastante nutrida emanada por los propios funcionarios del hospital, en donde se evidenciaba la falta de debida diligencia en la adquisición del fármaco. Se trataba de una serie de memos

---

<sup>232</sup> Mauricio Torres, paciente con enfermedad catastrófica, entrevista.

<sup>233</sup> Flavio Silva, paciente con enfermedad catastrófica del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, entrevistado por Augusto Verduga Sánchez (27 de Septiembre de 2018).

<sup>234</sup> Ver audiencia pública dentro de la acción de protección No. 09281-2017-03661, de fecha 8 de Agosto del 2017 en Consulta de Causas, Sistema de la Función Judicial.

cursados entre los distintos departamentos de la institución, entre ellos la propia Dirección General, en donde se hacía alusión a las observaciones presentadas por el Ministerio de Salud Pública y se mandaba a subsanarlas bajo prevenciones de abrir sumarios administrativos en caso de incumplimiento.

El juez de garantías jurisdiccionales, Ab. Cristhian Roca Yagual, ante quien recayó el conocimiento de nuestra demanda, señaló fecha de audiencia pública para el 9 de agosto de 2018. En la audiencia, luego de solidarizarse con los accionantes, la defensa del hospital se excepcionó alegando que se habían respetado los protocolos establecidos por el Ministerio del ramo y que la dilación en el trámite de compra obedecía a la falta de inclusión de Adalimumab en el CNMB, es decir, una defensa que circunvalaba el problema real -la equivocación en el envío de los listados de los pacientes- para anclarse en una discusión más general y de política pública sobre la razón de ser de dichas regulaciones. En tal virtud, el juzgador consideró suficientemente probada la vulneración de los derechos a la salud, a una vida digna y a la protección especial de los accionantes y declaró con lugar la demanda. En la parte resolutive de su sentencia, que fue notificada por escrito el mismo día, determinó lo siguiente:

1. Se dispone que la entidad accionada, Hospital Teodoro Maldonado Carbo, por medio de su representante el Dr. Luis Jairala Zunino o quien legalmente le represente, en el término de cuarenta y ocho horas, realice una difusión amplia y suficiente a los servidores públicos encargados de realizar la tramitación para la solicitud de la autorización para la adquisición del medicamento ADALIMUMAB, con el contenido de la presente sentencia.
2. Se dispone que la entidad accionada, Hospital Teodoro Maldonado Carbo, por medio de su representante el Dr. Luis Jairala Zunino o quien legalmente le represente, en el término de cuarenta y ocho horas, ordene a quien corresponda remita la documentación pertinente a la autoridad administrativa encargada de control disciplinario, a fin de que investigue y sancione la conducta de los servidores públicos que han incurrido en negligencia, demora injustificada y demás incorrecciones, en realizar la tramitación para la solicitud de la autorización para la adquisición del medicamento ADALIMUMAB.
3. Se dispone que la entidad accionada, Hospital Teodoro Maldonado Carbo, por medio de su representante el Dr. Luis Jairala Zunino o quien legalmente le represente, en el término de cuarenta y ocho horas, adoptando los medios tecnológicos eficaces e idóneos, haga conocer del contenido de la presente sentencia a las autoridades de control jerárquicamente superior, al Ministerio de Salud Pública y a la Presidencia de la República, con la finalidad de que estructuren las correcciones debidas para que el hecho no se repita.
4. Se dispone que la entidad accionada, Hospital Teodoro Maldonado Carbo, por medio de su representante el Dr. Luis Jairala Zunino o quien legalmente le represente, en el término de setenta y dos horas, ofrezca disculpas públicas a los demandantes en la presente acción de protección... a través de uno de los medios de comunicación, ya sea escrito, radial o televisivo, de amplia circulación en la ciudad de Guayaquil. Dichas

disculpas públicas deberán contener un texto mínimo de dos páginas usando como referencia el papel común de impresión A4, con el reconocimiento de la vulneración de derechos constitucionales establecidos en la presente sentencia, y que recoja aspectos de misión y visión de la entidades de salud, a más de la finalidad del servicio público, así como la indicación que actuarán diligentemente y se tomarán los correctivos del caso en la inmediatez posible.

5. Se dispone que la entidad accionada, Hospital Teodoro Maldonado Carbo, por medio de su representante el Dr. Luis Jairala Zunino o quien legalmente le represente, cumpla con la provisión de forma gratuita del medicamento ADALIMUMAB, a las personas demandantes en la presente acción de protección... con observancia a las políticas públicas y leyes pertinentes diseñadas para el efecto, debiendo realizar las acciones suficientes, diligentes y necesarias, con la inmediatez posible, tomando en consideración el principio pro ser humano previsto en el Art. 417 de la Carta Magna, debiendo informar sobre la ejecución, avance y satisfacción de la medida de manera periódica, cada diez días término, sin perjuicio de informar su cumplimiento integral.
6. Se dispone que la entidad accionada, Hospital Teodoro Maldonado Carbo, por medio de su representante el Dr. Luis Jairala Zunino o quien legalmente le represente, informe en el término de cinco días sobre el inicio del cumplimiento de las medidas de reparación integral.
7. Se dispone notificar y oficiar a la Defensoría del Pueblo, con la finalidad de que vele por el seguimiento y control del cumplimiento de las medidas ordenadas en la presente sentencia.<sup>235</sup>

Como puede observarse, la sentencia del juez procuró resarcir de forma integral los daños causados, estableciendo, tal como lo manda la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, una reparación material e inmaterial, que en este caso fue desde el ofrecimiento de las disculpas, la sanción a los servidores negligentes y la difusión del fallo -incluyendo en ella a la autoridad sanitaria nacional y a la misma Presidencia de la República- hasta la provisión inmediata de la medicina para los accionantes, la orden de informar sobre dicho cumplimiento y la delegación del seguimiento y control posterior a la Defensoría del Pueblo. Todas ellas directrices en las que se fijaron de forma pormenorizada las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debían efectuarse.

Por lo demás, la intención de poner en conocimiento de los órganos políticos la medida dictada “con la finalidad de que estructuren las correcciones debidas para que el hecho no se repita”, anima a pensar que el juez sí consideró pertinente que se revise la aplicación del CNMB como parámetro para establecer los medicamentos a ser proveídos por los hospitales de la red de salud pública. Así, el punto 3 de esta sentencia se circunscribiría al modelo la revisión judicial débil, ya que el juez invita a los órganos

---

<sup>235</sup> *Pacientes con Enfermedades Catastróficas vs Hospital Teodoro Maldonado Carbo*. Caso No. 09286-2018-02280 (Juez de la Unidad Judicial Penal Norte 2 de Guayaquil, 15 de Noviembre de 2018).

políticos a conocer los hechos del caso para “poner en el tablero de la deliberación” un tema que podría haber pasado desapercibido en la conformación de la política pública.

De otro lado, el presente caso es un ejemplo latente de la garantía jurisdiccional del derecho social a la salud en su dimensión prestacional, pues la conducta exigida al hospital comportaba una obligación de hacer -o siguiendo la tipología de Abramovich y Courtis, una obligación de satisfacción- que consistió en proveer la medicina a los accionantes en las dosis requeridas y de acuerdo a su específica enfermedad o patología. Dicha acción positiva, por cierto, suponía asumir unos costes bastante onerosos para el órgano accionado. Treinta y tres pacientes con la necesidad de aplicarse una ampolla cada quince días, implicaba un total de sesenta y seis ampollas mensuales y setecientas noventa y dos ampollas por año.

Adalimumab es una medicina cara, está promediando unos \$600 por ampolla. La mayoría de nosotros debe suministrarse una ampolla cada dos semanas, lo que significa unos egresos aproximados de \$1,200 mensuales por paciente. Imagínesse usted, la jubilación que nos paga el IESS no nos cubriría ni siquiera para una inyección. Por eso yo digo que durante el tiempo que no tuvimos la medicina el Seguro nos hizo un doble daño, o mejor dicho las autoridades del Teodoro Maldonado, ya que podíamos haber caído en resistencia o rechazo a este medicamento biológico. Adalimumab es una medicina de tiempo largo. Si nosotros dejamos de ponernos esta inyección en un mes o dos meses podemos crear resistencia, tendríamos que utilizar otra medicina mucho más cara que el Seguro Social no está en capacidad de cubrirnos. Si no querían cubrirnos ésta, imagínese cómo sería con otras que son más costosas.<sup>236</sup>

De lo anterior se puede colegir que el coste total por año para cubrir las necesidades de los treinta y tres accionantes alcanza la suma de \$475,200, una prestación significativa tomando en consideración que mis defendidos no eran los únicos pacientes con enfermedades catastróficas a los que el hospital debía de proveer sus medicinas. No obstante, la preocupación primordial de las autoridades no radicaba en los montos que eventualmente se debían erogar por este concepto, sino más bien en el riesgo de adquirir la medicina sin respetar los procedimientos legales y administrativos contemplados para ese efecto. Los pacientes me comentaron que el pragmatismo desplegado por los directivos del hospital era tal, que incluso ellos mismos les habían recomendado que demanden para así poder adquirir la medicina, sin más dilaciones y al amparo de una sentencia constitucional.<sup>237</sup>

---

<sup>236</sup> Dionisio Palacios, paciente con enfermedad catastrófica, entrevista.

<sup>237</sup> Esa misma postura pragmática se evidenció en conversaciones mantenidas con los abogados defensores del hospital, antes de iniciar la audiencia pública, en donde me comentaron que solo una determinación judicial podía dispensar a su representado del proceso de contratación pública normalmente requerido.

A pesar de ello, con fecha 15 de agosto de 2018, el Teodoro Maldonado Carbo presentó recurso de apelación. El abogado que compareció a la audiencia de fundamentación del recurso me hizo saber que, por política institucional, a fin de no tener problemas con la Contraloría, el departamento jurídico del hospital acostumbraba a impugnar las decisiones adversas, al menos una vez. Sin embargo, como las sentencias en garantías jurisdiccionales no tienen efecto suspensivo, dos días más tarde el Gerente General del hospital, acatando lo dispuesto en el No. 6 de la resolución del juez de primera instancia, presentó un escrito de descargo en cuya parte pertinente se leía lo siguiente:

Dando cumplimiento con la sentencia constitucional emanada de su judicatura, y encontrándonos dentro del término legal concedido, le informamos a usted sobre el fiel acatamiento de su fallo en los siguientes acápites, a saber:

- 1) [*Sobre la difusión de la sentencia a los servidores encargados de realizar la solicitud para la adquisición de Adalimumab*]

Mediante memorando... del 13 de agosto de 2018, suscrito por el abogado Jorge Guerrero Ledergerber, Coordinador General Jurídico del HTMC, se efectúa una comunicación formal a los principales personeros del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo... Mediante memorando... del 15 de agosto de 2018, suscrito por el Mgs. Francisco Ochoa Tarira, Director Técnico del HTMC, se efectúa una comunicación formal a los principales personeros que intervinieron en el proceso de autorización para la adquisición del medicamento ADALIMUMAB en el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo...

- 2) [*Sobre la investigación y sanción de los servidores que incurrieron en negligencia, demora injustificada y demás incorrecciones*]

Mediante sumilla electrónica y manual del Econ. Gustavo Peralta Jurado, en calidad de Director Administrativo del HTMC, se señala "...CONOCER Y GESTIONAR CON ÁREAS DE COMPETENCIA LO PERTINENTE, DISPOSICIONES PUNTUALES DE LA MÁXIMA AUTORIDAD SEGÚN LO SUGERIDO POR LA CGJ..." dirigido a la señora Econ. Johanna del Rocío González Pionce, en su calidad de Coordinadora General de Talento Humano del HTMC...

- 3) [*Sobre la divulgación de la sentencia a las autoridades de control, Ministerio de Salud Pública y Presidencia de la República*]

Mediante memorando... del 15 de agosto de 2018, suscrito por el Dr. Luis Jairala Zunino, Gerente General del HTMC, se efectúa una comunicación formal a los principales personeros jerárquicos superiores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social... Mediante memorando... del 16 de agosto de 2018, suscrito por el Dr. Luis Jairala Zunino, Gerente General del HTMC, se efectúa una comunicación formal a las siguientes autoridades: Lenín Moreno Garcés, Presidente Constitucional de la República del Ecuador; y Dra. María Espinoza Serrano, Ministra de Salud Pública...

- 4) [*Sobre el ofrecimiento de disculpas públicas*]

Mediante memorando... del 16 de agosto de 2018, suscrito por el Ing. Manuel Rodas Pérez, Jefe de Comunicación Social del HTMC, se remite en un CD, copia del audio en que se informa sobre las DISCULPAS PÚBLICAS realizadas en radio 89.9...

5) [*Sobre la provisión de Adalimumab a los accionantes*]

Mediante memorando... del 14 de agosto de 2018, suscrito por el Mgs. Francisco Ochoa Tarira, Director Técnico del HTMC, se efectúa una solicitud al Gerente General del HTMC, para proceder a la compra del medicamento ADALIMUMAB por haberse verificado una sentencia constitucional... Mediante memorando... del 14 de agosto de 2018, suscrito por el Mgs. Francisco Ochoa Tarira, Director Técnico del HTMC, se efectúa una solicitud al Gerente del HTMC, para proceder a la compra del medicamento ADALIMUMAB por haberse verificado una sentencia constitucional... Mediante memorando... del 17 de agosto de 2018, suscrito electrónicamente por el Econ. Jorge Henriques Aguilera, Jefe de la Unidad de Contratación Pública del HTMC, se comunica las respectivas órdenes de compra del medicamento ADALIMUMAB, así como también el avance del proceso de contratación pública para proceder a la compra del medicamento ADALIMUMAB por haberse verificado una sentencia constitucional...

6) [*Sobre la obligación de informar el cumplimiento de las medidas de reparación*]

En efecto, encontrándonos dentro del término legal pertinente, cumplimos con remitir el presente informe de cumplimiento.<sup>238</sup>

El mismo día, en observancia del punto No. 7 de la resolución judicial, la Defensoría del Pueblo, ente que por mandato constitucional está encargado de “ejercer y promover la vigilancia del debido proceso”,<sup>239</sup> inició el trámite de seguimiento, designando a la abogada Kelly Guisamano Montes como responsable de realizar la visita *in situ*, así como de efectuar las diligencias oficiosas necesarias para cumplir con lo ordenado. En virtud de dicha designación, la abogada Guisamano acudió al el 20 de agosto de 2018 al hospital. El resultado de su visita quedó consignado en un informe elaborado el día 28 de ese mismo mes.

El día 20 de agosto de 2018, a partir de las 15h00, me constituí en el Hospital “Teodoro Maldonado Carbo” del IESS, lugar en el que me entrevisté con el Ab. Leopoldo Quiroz, Asesor del Director, presentándome e identificándome, explicando además el objeto de mi visita; me informó que el Director se encontraba en una reunión, que en los próximos días se contestaría por escrito a la Defensoría del Pueblo, disponiendo que sea atendida por los abogados del área jurídica para que me informen respecto de lo dispuesto en sentencia. Fui atendida por el Ab. José Marzo, quien me entregó copia (4 hojas) de un escrito presentado el 17 de agosto de 2018, en la Unidad Judicial Norte 2

---

<sup>238</sup> *Pacientes con Enfermedades Catastróficas vs Hospital Teodoro Maldonado Carbo*. Caso No. 09286-2018-02280 (Juez de la Unidad Judicial Penal Norte 2 de Guayaquil, 15 de Noviembre de 2018).

<sup>239</sup> Art. 215 de la Constitución.- La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes: [...] 4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.

Penal; me indicó que el Ab. Javier Velecela es quien está encargado del trámite, el mismo que no se encontraba... de lo informado no se me entregó sustento alguno; sólo se me entregó una copia del escrito dirigido al señor juez, Dr. Cristhian Favián Roca Yagual, con fe de presentación del 17 de agosto de 2018... de la visita realizada no se ha podido constatar que se haya dado cumplimiento a lo ordenado en la sentencia emitida dentro de la acción de garantías jurisdiccionales, cuyo seguimiento se nos ha requerido. Tampoco se nos ha remitido el informe solicitado en la providencia inicial.<sup>240</sup>

Por otra parte, la Sala Provincial de Justicia de Guayas avocó conocimiento y señaló el día 26 de octubre de 2018 para que tenga lugar la audiencia pública de fundamentación del recurso de apelación. En dicha oportunidad, la alegación del hospital intentó atacar la decisión del juez de instancia con una referencia a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que versa sobre el uso de los fondos públicos sin base jurídica previa, y el artículo 226 de la Constitución que obliga a las instituciones del Estado a ejercer únicamente las atribuciones determinadas en la ley,<sup>241</sup> lo que no sería el caso -argumentaba el abogado del hospital- si no se respetaran los procedimientos de contratación establecidos para la compra de los medicamentos. En un nivel más general, la defensa del órgano accionado alegó que la demanda debía haberse planteado contra el Ministerio de Salud Pública, argumentando que la dilación en las solicitudes se debía, más que a cualquier otra cosa, a la exclusión del medicamento Adalimumab del CNMB.

A este respecto, argüí que la existencia del Acuerdo Ministerial No. 158 que regulaba la adquisición de las medicinas no contempladas en el CNMB, no constituía la causa del detrimento de los derechos constitucionales de los accionantes, sino más bien la omisión del hospital Teodoro Maldonado Carbo -en ningún caso atribuible al Ministerio- de no realizar los requerimientos correspondientes de forma oportuna y en apego a lo estipulado en el Acuerdo. En ese sentido -insistí- mal podía sostenerse que había existido una equivocación en el señalamiento del legitimado pasivo, o peor aún, que la pretensión de la demanda -así como la sentencia de primera instancia- se haya reducido a cuestionar la transgresión de procedimientos administrativos. Por lo demás, la excesiva rémora con la que había actuado el hospital en la adquisición de la medicina se encontraba ampliamente documentada dentro del expediente. A pesar de ello, los

---

<sup>240</sup> Caso-DPE-CGDZ8-0901-090101-4-25605-2018-KGM de la Coordinación Zonal 8 de la Defensoría del Pueblo.

<sup>241</sup> Art. 226 de la Constitución.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

magistrados no dictaron sentencia en el mismo acto, sino que anunciaron que se pronunciarían por escrito dentro de los cinco días hábiles posteriores.

No obstante, el término de cinco días que se autoimpusieron los jueces de alzada feneció sin que su sentencia haya sido notificada, y lo que más bien llegó a mi casilla con fecha 4 de septiembre de 2018 fue un impulso del Ab. Marco Pacheco Espíndola, Coordinador General de la Defensoría del Pueblo, donde se disponía poner en conocimiento del juez de primera instancia el informe de la visita *in situ*, a la vez que se requería por segunda ocasión al Gerente General del hospital que remita un informe completo, detallado y con documentos de soporte, sobre el cumplimiento de lo ordenado en sentencia. Más allá de los informes expedidos por la Defensoría del Pueblo, la falta de cumplimiento integral del fallo se había hecho sentir en la voz de los propios afectados:

Luego de la sentencia del juez Roca me dieron tres ampollas, en lugar de seis. Se suponía que debían darme seis porque la cita que me había dado el doctor era para el 26 de noviembre, y tres ampollas solo alcanzaron para un mes y medio... esas vacunas fueron prestadas. Hasta la presente fecha no realizan el trámite de compra. Digo que son prestadas porque esas vacunas llegaron del departamento de gastroenterología, porque son las mismas cajas que me dieron la vez pasada, con la misma fecha de vencimiento. Vencen en enero de 2019.<sup>242</sup>

Después que se dio la sentencia de primera instancia tuvimos una reunión en el hospital con un médico y un abogado, no me recuerdo los apellidos. Nos reunimos ahí, nos explicaron esto de los puntos de la sentencia, las disculpas y las compras que se iban a hacer, pero cuando me tocó a mí la consulta el doctor me dio solo tres ampollas. El mes de octubre quedé descubierto y comencé nuevamente con los dolores.<sup>243</sup>

Yo tengo una duda y entiendo que muchos otros pacientes también la tienen. Anteriormente, cuando me suministraban el Adalimumab, sacaban las tres ampollas del refrigerador y hacían las preparaciones. Yo veía las tres ampollas que me las aplicaban, veía cómo las preparaban, y los dolores se calmaban por el tiempo de dos meses. Ahora ya no pasa eso. A uno le aplican las dosis y al mes o antes del mes ya uno está sintiendo nuevamente los dolores. Mi duda radica en si nos están aplicando correctamente, porque ahora nos ponen en una sala grande y hacen la preparación dentro de un cuarto cerrado. Nosotros no podemos ver las dosis que nos aplican.<sup>244</sup>

Hicieron un préstamo a la unidad de gastroenterología. Han dado cinco ampollas el 7 de agosto, pero mi próxima consulta va a ser el 21 de diciembre. En lo concerniente a la apelación, ellos estaban cumpliendo una normativa de tipo administrativa para justificar en lo posterior que estaban velando por los intereses de la institución.<sup>245</sup>

---

<sup>242</sup> Elena Avelino, paciente con enfermedad catastrófica, entrevista.

<sup>243</sup> Leonardo Saénz, paciente con enfermedad catastrófica, entrevista.

<sup>244</sup> Abel Verdezoto, paciente con enfermedad catastrófica del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, entrevistado por Augusto Verduga Sánchez (27 de Septiembre de 2018).

<sup>245</sup> Dionisio Palacios, paciente con enfermedad catastrófica, entrevista.

Finalmente, el 15 de noviembre de 2018, los jueces de alzada confirmaron la sentencia recurrida, ratificando la existencia de las violaciones a los derechos a la salud y a la protección especial de los accionantes. En la última parte de su resolución indicaron lo siguiente:

Al haberse efectivizado medidas de reparación ordenadas en primera instancia, contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4, 6 y 7, estando por cumplir lo ordenado en el numeral 5, este Tribunal dispone que un término de cinco días se informe a través de la Defensoría del Pueblo si se ha cumplido con el aprovisionamiento del medicamento ADALIMUMAB, por lo que de esta sentencia se hará conocer inmediatamente a la Defensoría del Pueblo para que constate IN SITU lo contenido en el numeral 5 de la sentencia de primera instancia... se remitirá esta sentencia a la Corte Constitucional en el término de tres días cuando esté ejecutoriada, para su conocimiento y eventual selección y revisión.<sup>246</sup>

Habiendo comprobado que, al no haber sido impugnada, esta sentencia había quedado ejecutoriada el 21 de noviembre de 2018, dos días más tarde direccioné un oficio a la Dirección Regional de la Defensoría del Pueblo comunicando que el proceso se había constituido en *cosa juzgada*. Asimismo, solicité que se escuche a mis defendidos, a fin de que se conozca la forma deficitaria en la que se estaba ejecutando la orden de restitución dispuesta por el juzgador. En respuesta a mi pedido, el 23 de noviembre de 2018 el Coordinador General de la Defensoría del Pueblo resolvió convocar a los pacientes y al Director General del hospital a dos reuniones de trabajo a desarrollarse los días 4 y 11 de diciembre de 2018. A aquellas reuniones acudieron once de mis defendidos, sin embargo, ninguno de los personeros del hospital se hizo presente, lo cual quedó registrado en sendas razones sentadas por la abogada Guisamano. Al cierre de este ensayo, la Defensoría del Pueblo no ha definido un nuevo señalamiento para que tenga lugar la diligencia en mención, y los accionantes se encuentran realizando declaraciones juramentadas para informar al juez de la causa sobre el incumplimiento de su fallo.

---

<sup>246</sup> *Pacientes con Enfermedades Catastróficas vs Hospital Teodoro Maldonado Carbo*. Caso No. 09286-2018-02280 (Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas, 15 de Noviembre de 2018).

## **Conclusiones.-**

Uno de los problemas de la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales es que los casos exitosos en esta materia dependen de i) falta de conciencia de derechos o alfabetización legal en las clases más desposeídas; ii) insuficiencia de recursos económicos para sostener los costos de un litigio; y, iii) falta de acceso a una defensa técnica de calidad.

Cuatro ideas centrales del trabajo de David Landau son las siguientes: i) El modelo de la aplicación individual no ha beneficiado a los más pobres, básicamente porque los factores antes señalados les impiden el acceso a la justicia; ii) El modelo de los mandatos negativos solo contribuye a mantener el status quo y no cambia la práctica burocrática en favor de los más pobres; iii) Tan solo el modelo de la aplicación estructural puede favorecer a los más pobres, pero esta estrategia solo tiene posibilidades de éxito ante la absoluta inexistencia de una política pública; iv) Los jueces suelen actuar de forma populista, esto es, concediendo mandatos negativos y órdenes estructurales cuando hayan asegurado que sus decisiones van a gozar de la aprobación de la mayoría.

La Constitución de Ecuador propone una salida para lograr que la aplicación judicial de los DESC favorezca de hecho a los más pobres: la institucionalización de su defensa legal en todas las materias e instancias. Debido a que la Constitución ha creado a la Defensoría Pública como la institución que representa en juicio a las personas más desposeídas, la posibilidad de que sus derechos sociales sean amparados por los jueces podría suceder exitosamente con independencia de las barreras que afectan su acceso a la justicia.

Otra ventaja que presenta el diseño institucional ecuatoriano es que, por oposición a lo que sucede en la mayoría de países de América Latina -en donde la defensa pública está adscrita al Poder Ejecutivo-, en Ecuador la Defensoría Pública funciona como un ente políticamente aislado, ya que la Constitución le otorga autonomía administrativa y financiera. Su máxima autoridad es nombrada por concurso de méritos y oposición y el cumplimiento de sus responsabilidades no depende de quién sea el Presidente de la República o controle la Asamblea Nacional. En esa línea, el modelo ecuatoriano persigue crear un nivel más profundo de arraigo burocrático para

obligar a los órganos políticos a satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales.

Una fortaleza adicional -y quizás la más importante- de la Defensoría Pública de Ecuador, es que ha creado una Unidad de Litigio Estratégico expresamente diseñada para perseguir el dictado de mandatos negativos y órdenes estructurales en favor de los más pobres. Respecto a los primeros, esto es posible gracias a que el régimen que expidió la Constitución de 2008 se encontraba comprometido con altos niveles de inversión social, de modo que, en el contexto ecuatoriano, los mandatos negativos permitirían asegurar que no se retroceda en lo ya logrado.

El tipo de demandas encaminadas a provocar cambios significativos en las prácticas burocráticas y las políticas públicas se nutre del concepto de litigio estratégico o de alto impacto, el cual se establece como una estrategia de selección, análisis y judicialización de casos que permitan lograr un efecto transformador en la legislación y la sociedad civil, con miras a lograr cambios sociales sustanciales. Dicha labor compromete a los defensores estratégicos no solo a utilizar la argumentación jurídica ante los tribunales de justicia, sino también a acompañar a los movimientos sociales en su trabajo de incidencia política.

Luego de haber revisado el universo de casos que sobre derechos económicos, sociales y culturales ha litigado la Defensoría Pública de Ecuador desde la creación de su Unidad de Litigio Estratégico, se constata que si bien éstos han sido patrocinados en nombre de personas extremadamente pobres, en la práctica dicha Unidad no ha ejercitado demandas que tengan como finalidad la expedición de mandatos negativos u órdenes estructurales, sino que ha afincado sus esfuerzos enteramente en la implementación del modelo de la aplicación individual.

Desde marzo de 2016 hasta noviembre de 2018 el trabajo de la Unidad de Litigio Estratégico ha litigado noventa casos individuales sobre derechos sociales, de los cuales sesenta han sido perdidos y treinta han sido ganados. El argumento más recurrente utilizado por los jueces que han rechazado estas demandas es que “existen otras vías ordinarias” para perseguir el resarcimiento de los derechos, con lo cual han cancelado el análisis de fondo y frustrado el potencial emancipador de las garantías jurisdiccionales, especialmente de la acción de protección. Con ello se comprueba que, a pesar de que el Ecuador cuenta con una Constitución garantista, la mentalidad de los administradores de justicia sigue siendo tributaria de una concepción legalista y

formalista del Derecho que les impide concebirse a sí mismos como agentes de cambio social.

En las causas ganadas existe una seria dificultad para lograr la ejecución integral de las sentencias, lo cual, en términos generales, denota no solo una falta de compromiso con el sistema de justicia por parte de los órganos incumplidores, sino también -y sobretodo- la poca capacidad de los jueces ecuatorianos de llevar a cumplimiento pleno y de forma oportuna las órdenes que emiten en el contexto de un proceso constitucional.

El cambio de dicha mentalidad -la disputa por el sentido común- supone un proceso paulatino de toma de consciencia que requiere de nuevos imaginarios que permitan concebir a los jueces como corresponsables en la lucha por las desigualdades sociales. En este sentido, el litigio estratégico es una herramienta útil para que las personas más desaventajadas logren traducir sus exigencias en el lenguaje de los derechos, y sobretodo para que logren desarrollar capacidades asociativas que les permitan visibilizar sus demandas y contribuir a modificar o implementar políticas públicas que se tomen en serio los derechos del buen vivir.



## **Recomendaciones.-**

Por lo expuesto, el objetivo de generar una política de alto impacto desde la Defensoría Pública de Ecuador es todavía una materia pendiente. La necesidad de fortalecer su Unidad de Litigio Estratégico es, indudablemente, una decisión de carácter política, que tiene que ver con los adecuados incentivos que deben recibir los defensores públicos para volcar sus esfuerzos al análisis y eventual patrocinio de estos casos. La conformación de un equipo de defensores públicos que se dedique de forma exclusiva al litigio estratégico sería el primer paso para avanzar hacia dicha estrategia. Una vez conformado, debería ponderarse la inversión en capacitaciones que permitan a los defensores estratégicos ganar experticia no solo en el manejo de las herramientas jurídicas, sino también en el desarrollo de cualidades que les permitan insertarse en las luchas de los movimientos sociales, contribuyendo a su politización y al impulso de sus capacidades asociativas. Esto es de vital importancia porque el litigio estratégico debe poner su énfasis en el uso del Derecho como instrumento de incidencia política, actuar como herramienta de *sub-versión* al servicio de los más pobres a fin de que éstos puedan disputarle la versión o el sentido común a la clase dominante, aquella que, arropada con un manto de “legalidad”, esconde frecuentemente relaciones asimétricas de poder que violentan la dignidad humana y permiten el sometimiento de los más débiles.

En ese sentido, la Política de Litigio Estratégico debería ser la “punta de lanza” de la Defensoría Pública ecuatoriana, porque si esta institución está para defender los derechos de las personas más necesitadas, serán precisamente los casos estratégicos los que, en último término, permitirán transformar la realidad a su favor.



## **Bibliografía.-**

- Abramovich Víctor y Courtis Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Allán Alegría Henry. *Regeneración Urbana y Exclusión Social en Guayaquil*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y Políticas, FLACSO, 2010.
- Asamblea Nacional. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: R.O. No. 449, 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: R.O. No. 52, 2009.
- Asociación Interamericana de Defensorías Públicas*. 2016. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/sm10-8-16pressdocs1.pdf>.
- Ávila Linzán Luis, ex Director Nacional de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública de Ecuador, entrevista de Augusto Verduga Sánchez. *Funcionamiento de la Unidad de Litigio Estratégico de la Defensoría Pública del Ecuador* (16 de Agosto de 2018).
- Boloña Rodríguez Enrique. *Origen y Actualidad de la Junta de Beneficencia*. Guayaquil: Junta de Beneficencia de Guayaquil, 1989.
- Chilton Adam y Versteeg Mila. *From Parchment to Barriers: How Constitutional Rights can make a Difference*. Oxford University Press, sin publicar.
- Cohen Gerald. «Prefacio» En *Razones para el Socialismo*, de Roberto Gargarella y Félix Ovejero. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2001.
- Colombia, Corte Constitucional Colombiana. "Sentencia". En *Caso No. T-025, Población desplazada vs Colombia*. 17 de Junio del 2004.
- Colombia, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. "Sentencia". En *Caso No. T-516/93, Amanda Gómez Botero vs Instituto de los Seguros Sociales*. 10 de Noviembre de 1993.
- Corte IDH. "Sentencia del 31 de Agosto de 2017". En *Caso No. 12.795, Lagos del Campo vs Perú*. 31 de Agosto de 2017.
- Corte IDH. "Sentencia del 8 de Marzo de 2018". En *Caso No. 349, Poblete Vilches vs Chile*. 8 de Marzo de 2018.

- Correa Montoya Lucas. *Litigio de Alto Impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho*. Universidad de Medellín, Opinión Jurídica No. 14, 2008.
- Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador. "Sentencia". En *Caso No. 0038-16-15, Jacinta Cantos vs Municipio de Daule*. 5 de Diciembre del 2017.
- Ecuador, Corte Constitucional de Ecuador. "Sentencia". En *Caso No. 0619-12-EP, Docentes vs Distrito de Educación de Loja*. 11 de Diciembre del 2013.
- Ecuador, Juez de la Unidad Judicial con Competencia en Delitos Flagrantes. "Sentencia". En *Caso No. 09292-2016-00050, Asiladas vs Junta de Beneficencia de Guayaquil*. 1 de Noviembre del 2016.
- Ecuador, Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Guayas. "Sentencia". En *Caso No. 09286-2018-02280, Pacientes con Enfermedades Catastróficas vs Hospital Teodoro Maldonado Carbo*. 15 de Noviembre del 2018.
- Gargarella Roberto. «Justicia y Derechos Sociales: Lo que no dice el argumento democrático» En *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, de Lucas Arrimada, Federico Orlando y Nadia Rzoncinsky. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A., 2009.
- Gloppen Siri. «Courts and Social Transformation: An Analytical Framework» En *Courts and Social Transformation in New Democracies*, de Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006.
- Godoy Andrade Gina, ex Asambleísta Constituyente, entrevista de Augusto Verduga Sánchez. *Debates de la Asamblea Constituyente, Mesa de Justicia* (23 de Agosto de 2018).
- Harnecker Marta. *Ecuador: Una nueva izquierda en busca de la vida en plenitud*. Quito: Abya Yala, 2011.
- Hoffmann Florian F., y Bentes R. N. M. Fernando. «Accountability for Social and Economic Rights in Brazil» En *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, de Varun Gauri y Daniel M. Brinks. Cambridge University Press, 2008.
- India, Corte Suprema de India. "Sentencia". En *Caso No. 196, People's Union For Civil Liberty Vs Union Of India – Right to Food*. 30 de Noviembre de 2001.
- Landau David. «The Reality of Social Rights Enforcement» *Harvard International Law Journal / Vol. 53*, 2012.

- Lema Añón Carlos. «La disputada universalidad de los derechos sociales, entre asistencialismo y desmercantilización». En *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, de Silvina Robotta y Andrés Rossetti. Madrid: Dykinson S.L., 2010.
- Londoño Beatriz. «Corte Constitucional y Justicia Social: El caso de los desplazados en Colombia». En *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho*, de Carlos Mario Molina Betancur. Universidad de Medellín, 2007.
- López Medina Diego. *Sistema de salud y derecho a la salud: Historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional*. Bogotá, 2008.
- Ministerio de Salud Pública. *Acuerdo Ministerial No. 158*. Quito: R.O. No. 160, 2018.
- . *Acuerdo Ministerial No. 158, R.O. No. 160 del 15 de Enero del 2018*. s.f. Disponible en: [https://aplicaciones.msp.gob.ec/salud/archivosdigitales/documentosDirecciones/dnn/archivos/AC\\_0158\\_A\\_%202017%2011%20DIC.pdf](https://aplicaciones.msp.gob.ec/salud/archivosdigitales/documentosDirecciones/dnn/archivos/AC_0158_A_%202017%2011%20DIC.pdf).
- Monedero Juan Carlos. *Curso urgente de política para gente decente*. Bogotá: Planeta Colombiana S.A., 2014.
- Montaña Pinto Juan. «Apuntes sobre teoría general de las garantías constitucionales». En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, de Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito: V y M Gráficas, 2012.
- Motta Ferraz Octavio Luiz. «Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil». *Texas Law Review Vol. 89*, 2011.
- Naciones Unidas. «Acnur / Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees» 2009. Disponible en: <https://www.unhcr.org/5b27be547.pdf>.
- . *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 1948. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- . *Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. s.f. Disponible en: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN3).
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.
- . *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 1976. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

- Navas Alvear Marco. «Buen vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana. Encuentros y desencuentros con el paradigma del Estado Social» En *Direito Constitucional Nas Relações Econômicas: Entre o Crescimento Econômico e o Desenvolvimento Humano*. Río de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.
- Noguera Fernández Albert. «El debate en torno a los derechos sociales y su reflejo en el nuevo constitucionalismo latinoamericano». En *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, de Albert Noguera Fernández . Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1969. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).
- . *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. 2015. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp).
- . *Protocolo de San Salvador*. 1988. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>.
- Pazmiño Granizo Ernesto. *Defensoría Pública / Política Marco de Litigio Estratégico*. 2016. Disponible en: <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1380/1/Resoluci%C3%B3n%20044-2016.pdf>.
- . *Informe de Labores, Defensoría Pública*. 2017. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/rdc2018/Informe2017.pdf>.
- Pazmiño Granizo Ernesto, ex Defensor Público General, entrevista de Augusto Verduga Sánchez. *Defensoría Pública del Ecuador y los Derechos Sociales* (15 de Agosto de 2018).
- Rodríguez Garavito César y Rodríguez Franco Diana. «Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia». En *La protección judicial de los derechos sociales*, de Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría. Quito: V y M Gráficas, 2009.

- Sajó Andrés. «Social Rights as Middle-Class Entitlements in Hungary. The Role of the Constitutional Court». En *Courts and Social Transformation in New Democracies*, de Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006.
- Sen Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Santillana Ediciones Generales S.L., 2010.
- Serrano Sandra y Vásquez Daniel. *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011.
- Sudáfrica, Corte Constitucional de Sudáfrica. "Sentencia". En *Caso No. CCT 9/12, Minister of Health and Others vs Treatment Action Campaign and Others*. 5 de Julio de 2002.
- Sudáfrica, Corte Constitucional de Sudáfrica. "Sentencia". En *Caso No. CCT 11/00, The Government of the Republic of South Africa and Others vs Irene Grootboom and Others*. 4 de Noviembre de 2000.
- Tushnet Mark. *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princenton University Press, 2008.
- Uprimny Yepes Rodrigo. «The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates». En *Courts and social transformation in new democracies*, de Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2006.