
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929, Fax: 2469914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593) 2 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Esther Almeida Silva
Jacqueline Carrera Ojeda
Christel Drapier
Sergio Rubio

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica</i> , Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>José Manuel Hermida</i> , Coordinador Residente del sistema ONU en Ecuador	
Introducción	xiii
I. Conceptos generales	
Apuntes sobre la exigibilidad judicial	
de los derechos sociales	3
<i>Victor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Los derechos sociales y sus garantías:	
notas para una mirada “desde abajo”	31
<i>Gerardo Pisarello</i>	
Eficacia de la Constitución y derechos sociales,	
esbozo de algunos problemas	55
<i>Miguel Carbonell</i>	
II. Derechos específicos	
El derecho a la alimentación como derecho justiciable	91
<i>Christian Courtis</i>	
La aplicación de tratados e instrumentos internacionales	
sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional	
del derecho a la salud: apuntes críticos	117
<i>Christian Courtis</i>	
El derecho a la salud en el derecho internacional	
de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU	173
<i>Miguel Carbonell</i>	
Notas sobre la justiciabilidad del derecho a la vivienda	191
<i>Christian Courtis</i>	

III. Experiencias nacionales

La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias.....	203
<i>Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	
Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de de Brasil de 1988	241
<i>Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo</i>	
La jurisdicción social de la tutela en Colombia.....	301
<i>Rodolfo Arango Rivadeneira</i>	
Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia	321
<i>César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco</i>	
El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina.....	375
<i>Diego López Medina</i>	
Los derechos económicos, sociales y culturales en Costa Rica	417
<i>Carlos Rafael Urquilla Bonilla</i>	
Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	451
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?	479
<i>Danie Brand</i>	

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

Los retos de la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano	543
<i>Ramiro Avila Santamaría</i>	
Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección	577
<i>Carolina Silva Portero</i>	
La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana	617
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

Nota biográfica de los autores y autoras.....	679
---	-----

La protección judicial de los
derechos sociales en Ecuador

Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano

Ramiro Ávila Santamaría

Introducción. 1. Los retos. 1.1. Todas las juezas y jueces son garantes de los derechos. 1.2. La acción de protección protege todos los derechos, incluso los del buen vivir. 1.3. La acción de protección es de conocimiento y no cautelar. 1.4. La conciencia de la realidad de las víctimas. 1.5. El rol activista judicial y la relación entre la judicatura y otros poderes. 2. La superación de los obstáculos procesales. 2.1. Los principios y la interpretación de la ley de garantías. 2.2. La legitimación activa. 2.3. La distinción entre derecho ordinario y constitucional. 2.4. La subsidiaridad. 2.5. Las políticas públicas. 2.6. La direccionalidad del proceso, la oralidad y las formalidades. 2.7. La prueba. 2.8. El cumplimiento. Bibliografía

Introducción

La Constitución del Ecuador, aprobada mediante referéndum en el año 2008, tiene muchas innovaciones en la teoría de los derechos humanos, tanto en el contenido de los derechos como en sus garantías. Estas innovaciones son una ruptura frente a la teoría tradicional de derecho, que serán analizadas brevemente en este ensayo y, al mismo tiempo, plantean un reto para todos los actores que intervienen en el sistema judicial.

La forma de apreciar la Constitución y la comprensión de las innovaciones puede incidir en la aplicabilidad de ellas. Hay varias formas de aproximarse a la Constitución: (1) la indiferencia, (2) la sospecha, (3) la normativa y (4) la entusiasta.

(1) La peor forma de abordar el fenómeno jurídico nuevo es no considerándolo. Hay muchos factores que inciden en la indiferencia. Uno de ellos es la falta de elementos teóricos actuales para comprender las nuevas instituciones del derecho, otro es el cambio brusco de paradigma que genera un rechazo automático a lo desconocido y, otro, que C.S. Nino¹ denominaba el escepticismo ético, por el que se cree que los derechos humanos contemplados en la Constitución son falsas promesas, que no tienen utilidad alguna, que son impracticables y que, por tanto, no tiene sentido conocerlas.

(2) En la sospecha se trata de asimilar los cambios jurídicos exclusivamente con proyectos políticos sectoriales. No importa la innovación sino el origen de la norma o propuesta. Si éste se origina en un movimiento o partido de oposición, hay que pensar que tiene una intención de acumular poder, de aniquilar al movimiento o partido contrario, de servir a intereses particulares. La novedad, en este caso, es estudiada pero interpretada ideológicamente para descalificarla.

(3) En el análisis normativo encontramos un acercamiento formal a la norma. La norma al haber sido aprobada y tener vigencia tiene que ser aplicada. Este abordamiento tiene la ventaja de considerar a la Constitución como una norma que debe ser respetada; pero, a su vez, tiene la desventaja de descontextualizar la norma del fenómeno histórico y social del que surge y en el que tiene que aplicarse.

(4) Finalmente, hay otros que creemos que las normas constitucionales, particularmente las que tienen que ver con los derechos reconocidos en la parte dogmática, vinculan y limitan al poder y tienen un fuerte poder transformador. Desde esta perspectiva, la Constitución del 2008 es analizada con

1 Carlos Santiago Nino, "Introducción", en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, pp. 1-7.

entusiasmo y consideramos que puede ser una herramienta poderosa para provocar cambios necesarios en la realidad de exclusión y miseria en que vive gran parte de la población. Tampoco quisiéramos caer en la ingenuidad de pensar que la Constitución por sí sola, como no lo ha hecho norma jurídica alguna, genera los cambios. Se requieren, como se advertirá en los retos, múltiples factores, entre otros, la cultura jurídica, los movimientos sociales, la actitud de las juezas y jueces frente a los derechos, la percepción de la realidad, la voluntad política y el compromiso frente a la transformación.

Este ensayo tiene dos partes. En la primera, abordaremos algunos de los retos que las personas operadoras del derecho constitucional deberán enfrentar al aplicar las normas constitucionales y legales cuando se enfrenten a los derechos del buen vivir. En la segunda parte, hacemos algunos comentarios e interpretaciones con relación a la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional para evitar y superar algunos obstáculos procesales que tienen relación con nuestra cultura jurídica y práctica procesal².

El objetivo de este ensayo es demostrar que la Constitución ecuatoriana tiene todos los elementos necesarios para considerar que los derechos sociales son plenamente justiciables y, además, invitar a que estos elementos sean utilizados por quienes tenemos la responsabilidad de hacer realidad la promesa de los derechos.

1. Los retos

1.1. Todas las juezas y jueces son garantes de los derechos

Cuando la Constitución afirma que todos los derechos son justiciables, y establece una acción de protección que está diseñada para reivindicar cualquiera de los derechos reconocidos³, está ordenando que la Función Judicial ya no se dedique exclusivamente a proteger la propiedad.

Las juezas y jueces son garantes jurisdiccionales de todos los derechos. Esto no es fácil de asumir y el reto es enorme. La gran discusión en la Asam-

2 Agradezco la lectura crítica y paciente de Danilo Caicedo Tapia.

3 Constitución del Ecuador, Art. 11 (3).

blea Constituyente fue si convenía crear jueces especiales para que resuelvan exclusivamente las acciones constitucionales. Los argumentos a favor de esta postura, que era respaldada por el Tribunal Constitucional de la época, fue que de este modo se garantizaba la calidad de las sentencias, que la carga de trabajo de las juezas y jueces ordinarios era demasiada y estaban saturados, además que los jueces no tenían por su experiencia y entrenamiento conocimientos ni herramientas para resolver asuntos constitucionales, y que nuestra historia —en las acciones de amparo— demostraba que no había funcionado adecuadamente la garantía por la resistencia de los operadores de justicia para asumir esta nueva tarea; más aún, apostar a que los jueces que nunca protegieron adecuadamente los derechos de propiedad puedan, de pronto, proteger otros derechos no sólo que era iluso sino inútil.

Todas las razones expuestas tienen su peso. Pero el dilema era más complejo si se asumía seriamente el postulado del “Estado constitucional de derechos y justicia”. ¿La Función Judicial es garante o no de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos? Si se aceptaba el argumento de crear dos jurisdicciones dentro de la Función Judicial, una constitucional y otra ordinaria, la respuesta era que no toda la Función aplicaba los derechos de la Constitución. La apuesta fue a constitucionalizar todo el Estado, que incluía, por supuesto, toda la Función Judicial. La apuesta posiblemente es mala a corto plazo, pero, sin duda alguna, es la mejor a mediano y largo plazo. Veamos algunos argumentos a favor de la óptima decisión de constitucionalizar a la Función Judicial.

(1) La especialización constitucional reforzaría la justicia ordinaria. Si se hubiese establecido la justicia especial, los jueces y juezas ordinarias se hubiesen privado de conocer y aplicar formas distintas de abordar el derecho. Por poner dos ejemplos, jamás se hubieran planteado el problema de dos normas que están en conflicto y que no puede ser resuelto a través de la subsunción (jerarquía, novedad y especialidad); crear derecho a partir de principios que no tienen enunciados previstos por el legislativo. Los casos constitucionales sólo hubiesen llegado a unos jueces y no al resto. Las juezas y jueces tienen la oportunidad de renovar sus conocimientos y aprender nuevas formas de interpretación y de solución de casos, que no sólo sirven para el derecho constitucional sino para mejor resolver incluso en el derecho civil o penal.

(2) El Estado, mediante la garantía jurisdiccional, seguiría siendo marcadamente liberal. Con suerte y con mucho dinero se hubiesen creado, en cada cantón si es que no sólo en las capitales de provincias, juezas y jueces constitucionales. Sólo en términos proporcionales, si comparamos en Pichincha, en donde existen 66 juezas y jueces de primera instancia ordinarios⁴, y se pusieran 10 jueces y juezas constitucionales, la proporción sería por cada 6 jueces ordinarios, uno constitucional. Es decir, el Estado sería seis veces más liberal que constitucional. En cambio, al haber establecido que todos los jueces conozcan las acciones de protección, el cien por ciento de la Función Judicial es garante de los derechos.

(3) La calidad de las sentencias depende, entre otros factores, del conocimiento y de la experiencia. La jueza o juez que resuelve mal una acción ordinaria muy posiblemente resolverá mal una acción de protección. Nada hace pensar que creando jurisdicción especial, las juezas o jueces automáticamente dictarán resoluciones adecuadas, cuando se sabe que la cultura jurídica es abrumadoramente liberal y se reproduce en los espacios de enseñanza (universidades) y de difusión del derecho (librerías, bibliotecas y eventos académicos). La Constitución sugiere la creación de la Escuela Judicial⁵, que es reforzada con la institucionalización de ésta por medio del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), que es uno de los mecanismos mediante el cual las juezas y jueces deberán capacitarse. En otras palabras, la calidad de las sentencias es un asunto que puede ser superado por medio de métodos de enseñanza innovadores y que no depende de la existencia o no de especialidades en la judicatura.

(4) La carga de trabajo ciertamente es un problema, que no se resuelve simplemente con la creación de más judicaturas. Dos comentarios con relación a la carga de trabajo. El uno es que las acciones de protección gozan de pre-

4 Los datos de 1997, 1998, 1999, 2006 fueron obtenidos por medio del Consejo Nacional de la Judicatura, Dirección Nacional de Personal, del documento “Distributivo de sueldos 1997”. No existe un registro ni estadística sobre el número de jueces y su distribución nacional, véase Ramiro Ávila Santamaría, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.

5 Constitución del Ecuador, Art. 181 (4).

ferencia⁶; es decir, que si la jueza o juez tiene en sus manos un caso constitucional o uno ordinario, deberá preferir resolver el primero. No se trata de un desplazamiento de unos casos por otros, se trata de dos casos, uno que tiene protección fundamental y otro que tiene un procedimiento ordinario. El otro comentario es que el problema de la carga de trabajo debe resolverse mediante la gestión adecuada del despacho judicial. Efectivamente deben crearse más juzgados en función de las necesidades, pero también habrá que entender que se debe implementar la oralidad, la direccionalidad del proceso⁷, los medios electrónicos para la comunicación entre las partes, el no sacrificio por las formalidades de la justicia. Sin duda, esto también implica capacitación y experiencia, la ruptura del paradigma escrito y la voluntad y compromiso de las juezas y jueces.

(5) La objeción más difícil de sortear es aquella que sostiene que la justicia ordinaria no ha atendido ni resuelto adecuadamente los casos a ella encomendada. En este punto estamos en la transformación de la Función Judicial. La administración de justicia ha colapsado y no puede seguir tal como está organizada ahora. Existen herramientas interesantes, la una es la Constitución y la otra es el COFJ, que establece un perfil ambicioso de servidor judicial⁸ y mecanismos para profesionalizar, formar inicialmente a las personas servidoras de justicia y evaluarlos continuamente; también establece un régimen de administración de recursos para promover a las personas adecuadas y remover a quienes, por ineptitud o corrupción, obstaculizan a la Función Judicial. El derecho regula sobre la realidad o prescribe conductas para alterar la realidad. Lo primero sería desgastar energía y esfuerzos normativos

6 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 7.

7 *Ibidem*, Art. 4 (6): La jueza o juez deberá dirigir los procedimientos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia.

8 Código Orgánico de la Función Judicial: “El perfil de las servidoras o servidores de la Función Judicial deberá ser el de un profesional del Derecho con una sólida formación jurídica; con capacidad para interpretar y razonar jurídicamente, con trayectoria personal éticamente irreprochable, dedicado al servicio de la justicia, con vocación de servicio público, iniciativa, capacidad innovadora, creatividad y compromiso con el cambio institucional de la justicia.”

por algo que no sirve; lo segundo es establecer normas para transformar situaciones indeseables. La aplicación del derecho no es fácil, depende de muchos factores: uno de ellos es el adecuado funcionamiento de los órganos y de las personas encargadas de la transformación, el otro es la voluntad de los poderes del estado de respetar la independencia judicial.

Sin embargo, más allá de que funcione el Consejo de la Judicatura, la decisión está en cada uno de los jueces y juezas. Optar por resolver adecuadamente las acciones de protección de derechos, de darles preferencia, de atender los requerimientos de la gran mayoría de la población que vive en situación de vulneración de derechos es lo adecuado en un régimen constitucional de derechos.

1.2. La acción de protección protege todos los derechos, incluso los del buen vivir

Las acciones judiciales siempre han estado diseñadas para proteger derechos. Tradicionalmente los jueces y juezas han sido entrenados, en las universidades y en la práctica, para aplicar el derecho sustantivo y seguir los procedimientos. En el derecho sustantivo la gran matriz ha sido el código civil y el código penal, y en el derecho adjetivo los códigos de procedimiento civil y penal. Tímidamente aparecieron las cátedras de derecho administrativo y la jurisdicción contenciosa administrativa, que ha sido la forma incipiente de conocer y resolver los problemas de derecho público. Sin embargo, la justicia constitucional estuvo restringida a la acción de hábeas corpus, que protegía el derecho a la libertad ambulatoria, y a una acción de amparo, que era meramente cautelar y que dependía, para resolver el fondo, del derecho ordinario.

De todos los derechos que están reconocidos en la Constitución, la Función Judicial ha protegido casi exclusivamente el derecho a la propiedad y sus derivaciones: inquilinato, mercantil, comercial, contractual, y las otras ramas, incluso la laboral, se han reducido a un reclamo patrimonial efecto de las relaciones en el trabajo. Si uno, en lo penal, analiza las cifras de la estadística criminal, podría concluir que, salvando el problema de las drogas, el derecho penal también ha protegido casi exclusivamente la propiedad.

No es ético ni jurídico que la Función Judicial atienda a la ciudadanía por la violación de un derecho, cuando la Constitución reconoce más de una centena en sus setenta artículos⁹ en los que enuncia y desarrolla los derechos. Se puede entender en una cultura formal y legal, como la nuestra, que las juezas y jueces atiendan las causas a las que están familiarizados y las que tienen soluciones previstas por el legislador. Esto puede explicar la reticencia para aplicar las acciones de protección de derechos, pero de ninguna manera podrá justificar la omisión o inadmisión de causas por violación de derechos.

Los derechos del buen vivir quizá sean los más difíciles de resolver, porque implican mayor determinación judicial y mayor tacto político por parte de las juezas y jueces. ¿Cómo exigir violaciones tan complicadas como el derecho al hábitat, al agua, a la seguridad social (derecho universal y no sólo de los trabajadores)? La más fácil forma es no resolviéndolos, pero es la más perversa porque desnaturaliza a los derechos y al Estado constitucional de derechos y justicia.

La jueza o juez debe enfrentarse a los casos que tienen que ver con el bienestar de la gente y con una de las mayores innovaciones del derecho constitucional ecuatoriano. Acá es donde cobra sentido el enunciado de que los “derechos y garantías 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”¹⁰. Este libro es una muestra de que las juezas y jueces se enfrentan a los casos y los resuelven adecuadamente, aun cuando el legislador no ha previsto soluciones legales predeterminadas.

1.3. La acción de protección es de conocimiento y no cautelar

En la Constitución de 1998 la acción constitucional que tutela derechos humanos era exclusivamente cautelar. Esto quería decir que la solución al caso que daban los jueces era provisional, y que la definitiva tenía que encontrarse

9 Constitución del Ecuador, Art. 12 al 82. Hay algunos artículos, como el del debido proceso en lo penal, que contiene catorce derechos (Art. 77). Así que, sumados, deben dar más de cien derechos, sin contar con los derechos que se desprenden de la parte orgánica y de los que la doctrina llama derechos implícitos.

10 *Ibidem*, Art. 11 (3).

en la vía ordinaria, que normalmente era la contenciosa administrativa. El requisito era que el amparo procedía cuando había un daño grave e inminente. Esto hay que superar. La acción de protección no es el amparo ni tampoco es cautelar. La acción de protección es de conocimiento y las medidas cautelares son provisionales.

La distinción está en la relación temporal entre violación y la acción judicial. Hay tres momentos en los que se podría intervenir judicialmente: (1) antes, (2) durante, y (3) después de consumada la violación.

(1) Antes de la violación de derechos, la acción u omisión debe ser grave e inminente y sólo cabe la aplicación de una o varias medidas cautelares para evitar que la violación de derechos se produzca. Por ejemplo, en una zona rural, un campesino puede constatar que se están haciendo obras para cambiar el curso del río, que le abastece de agua para el riego de su parcela. La violación no se consuma y no cabría acción de protección. Es grave¹¹ porque esto puede ocasionar no sólo la pérdida de la cosecha, sino también porque podría afectar a los medios de subsistencia del campesino y su familia.

(2) Durante la violación de derechos; para detener la violación y repararla; y cabe la medida cautelar y la acción de protección. Este caso es más complejo porque se está provocando el daño. La jueza o juez debe primero detener la violación y, en un segundo momento, reparar. Podría detener y reparar en un mismo procedimiento, pero no suena razonable. Pensemos en caso de derechos de la libertad y en otro de los derechos del buen vivir. Si le hacen conocer a la jueza o juez que están torturando a un individuo en la Policía, no suena razonable que la jueza o juez califique la demanda en veinticuatro horas, llame a audiencia y luego resuelva; sino que lo primero que tiene que hacer es acudir inmediatamente él o ella, o enviar una comisión, o llamar por teléfono al director del centro donde está detenida la persona, e inmediatamente detener la tortura; luego, seguir el trámite para declarar la violación y, si es del caso, reparar.

11 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 27: grave es cuando el daño podría ser irreversible o por la intensidad o frecuencia de la violación.

Ahora pongamos un ejemplo de derechos del buen vivir. Esto nos sucedió cuando en la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) intentamos judicializar un caso de acceso al derecho a la salud. Un señor había sido atropellado y conducido al Hospital público Eugenio Espejo. Al llegar a Emergencia, le dijeron a la esposa del accidentado que necesitaba una intervención quirúrgica, pero que se requería previamente de algunos materiales (prótesis entre otras), que equivalían aproximadamente a 600 dólares. Sin estos insumos, no podían operarle y afirmaron que seguramente moriría su marido. La señora, por esas casualidades de la vida, llegó a la Clínica de Derechos Humanos para pedir, con receta en mano, le ayuden con unos cuantos dólares. Le dijimos a la señora que lo que podíamos hacer era un recurso de amparo (hoy medida cautelar). Planteamos el recurso y solicitamos que el juez obligue al hospital a operar a la persona sin condicionante alguno. La audiencia se produjo a los quince días después de haber presentado el amparo y la persona ya había sido operada. El juez sostuvo que como no había violación, no procedía el amparo. Este el típico caso de violación de derecho que requiere intervención inmediata, declaración de violación y reparación. Si yo fuera juez con el sistema jurídico vigente, lo primero que haría es ordenar al Director del hospital que atienda y opere inmediatamente a la persona, a la que no sólo se le está violando el derecho a la salud sino también que existe una amenaza grave e inminente de violar su derecho a la vida. Una vez operada la persona, declararía, después de seguir el procedimiento de conocimiento, que el hospital al condicionar para la atención en salud a una persona que requería intervención inmediata violó el derecho a la salud, que determina que “La salud es un derecho (...) el Estado garantizará (...) el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a (...) atención integral de salud”¹². La reparación integral, en este caso, podría ser tan simple como ofrecer garantías de no repetición, es decir, el ofrecer que, dentro de las políticas del hospital, no se vuelva a condicionar el servicio a contar con recursos económicos¹³.

- (3) Después de haberse consumado la violación de derechos. En estos casos no proceden las medidas cautelares sino solamente la acción de protec-

12 Constitución del Ecuador, Art. 32.

13 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 18.

ción. La pretensión sólo podría ser declarar la violación y la reparación integral de derechos¹⁴. Esta acción es de conocimiento porque se debe demostrar que existe una violación, que se manifiesta por medio de un daño, y constatado el hecho, responsabilizar al Estado o particular y obligarle a reparar la violación.

1.4. La conciencia de la realidad de las víctimas

¿A quién presta sus servicios la Función Judicial? ¿Al optar por ser una jueza o juez que prioriza el derecho ordinario a quién deja de prestar servicios? Uno de los problemas más graves de los derechos del buen vivir es que las víctimas no saben que tienen un derecho violado¹⁵, las organizaciones de derechos humanos no litigan en derechos sociales o simplemente se dedican a la incidencia política, las juezas o jueces no tienen la sensibilidad, el conocimiento o la conciencia de que los derechos del buen vivir pueden ser justiciables.

Si uno analiza las cifras de pobreza de cualquier país de Latinoamérica, incluido el Ecuador, lo primero que llama la atención es que más de la mitad de las personas son pobres y que un cuarto al menos vive en condiciones de miseria. La pobreza es uno de esos conceptos que enmascara la violación de derechos sociales. Atrás de la pobreza encontramos un déficit enorme en el ejercicio de derechos a la educación, a la salud, al trabajo, a la seguridad social, a la vivienda. La categoría pobreza esconde, atrás de la cifra y el porcentaje, seres humanos de carne y hueso. Esos seres de carne y hueso no creen y a veces ni saben que existe la Función Judicial.

Basta ver con un poco de atención la realidad que nos rodea cuando salimos de nuestras casas o leer con mirada de derechos el periódico: niños que trabajan, desempleados, enfermos, deserción escolar, mala práctica médica, suspensión de servicios básicos, falta de espacios para recreación, contaminación... Cada una de esas personas podría eventualmente acudir a la Función Judicial, por cuanto la Constitución le ha prometido reparación integral.

Cuando las personas han tenido los derechos del buen vivir satisfechos, es difícil entender a cabalidad que atrás de las estadísticas hay personas que

14 *Ibidem*, Art. 6 y Art. 39.

15 Ligia Bolívar, "DESC: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes", en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos, Vol. V., pp. 85-136.

sufren y la pasan mal cotidianamente. Los burgueses liberales del siglo XVIII no reclamaron los derechos sociales porque simplemente no los necesitaban. El hecho de tener estos derechos en la Constitución del 2008 significa que su visibilización ha significado un esfuerzo enorme y muchas luchas para combatir y revertir la realidad de la pobreza.

¿Una jueza o juez pueden enfrentarse a la pobreza? Entendiéndola como estamos sugiriendo, como una violación de derechos, sin duda que sí. Ahora esto hay que hacerlo con cierto cuidado, que es lo que analizaremos en el acápite siguiente.

1.5. El rol activista judicial y la relación entre la judicatura y otros poderes

La jueza o juez al aplicar las normas que reconocen derechos tienen que intentar encontrar una regla¹⁶ previamente establecida por el legislador, en la que encuentre un supuesto de hecho y la obligación determinada que se adecue al caso que está resolviendo. Puede pasar, al contraponer el caso al derecho ordinario, cuatro situaciones:

- (1) La regla se adecua perfectamente al caso, en cuyo caso la jueza o juez no tiene mucho que trabajar, porque la situación fue prevista y la solución está también predeterminada. Si bien esto es posible, en los casos relacionados a los derechos del buen vivir cuando encontramos soluciones previstas en la ley de educación, en el Código de la salud o en el Código de la niñez y adolescencia, no es menos cierto que el estándar de reparación que exige la Constitución y la Ley orgánica de garantías constitucionales y control constitucional es alto y conviene preguntarse —y preguntar a la víctima— si la solución contemplada en la ley es satisfactoria.

16 Entendemos por regla a las normas que Luigi Ferrajoli las denomina hipotéticas, y que tienen una estructura “si x, debe ser y”, por oposición a los principios, de cuya naturaleza normalmente gozan los derechos, y cuya estructura es propia de una norma ética, que se formula simplemente como “x”. Más detalles en Ferrajoli Luigi, “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 19-24. Véase también Alexy Robert, “Los derechos fundamentales como derechos subjetivos”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, España, 1997, pp. 173-245.

- (2) La regla es insuficiente por no encuadrar cabalmente el hecho en el supuesto legal. En este caso el juez o la jueza debe completar el sentido de la regla para que se adapte al caso que está conociendo, tratando al máximo de respetar la voluntad del legislado.
- (3) La consecuencia de la regla es una respuesta inadecuada a la reparación integral. Esto debería suceder con harta frecuencia dada la integralidad de la reparación en relación con la violación del derecho, la persona y las posibilidades de reivindicación de un derecho. En este caso, la jueza o juez, de igual modo deberá adaptar la regla a los requerimientos de su caso.
- (4) No existe regla. Pero como existe norma, que es el principio constitucional que reconoce un derecho que, en su enunciado, no tiene hipótesis ni obligación jurídica predeterminada, debe generar una regla adecuada al principio y al caso concreto.

En las situaciones 2, 3 y 4 la jueza o juez son activos y no meros aplicadores de reglas, entendiendo por activo la posibilidad de adecuar, inaplicar o crear reglas para los casos concretos. ¿Se convierte la jueza o el juez en legislador?

Algunas diferencias y semejanzas. No es legislador, no puede ni debe reemplazarlo. El legislador tiene legitimidad democrática y competencia exclusiva para dictar reglas; las reglas que emiten, denominadas generalmente leyes, tienen carácter general y obligatorio; la carga de argumentación jurídica es harto insuficiente y se podría afirmar que es suplida por el debate y por la votación parlamentaria. Las juezas y jueces jamás podrían actuar de esa manera porque no tienen mandato específico constitucional, no pueden dictar normas abstractas y generales y tienen un peso argumentativo que aumenta en función del alejamiento a la regla parlamentaria. Sin embargo, ante la deficiencia o inexistencia legislativa, no pueden dejar de actuar, más como hemos afirmado, los derechos son directamente aplicables. El actuar en estas hipótesis significa actuar subsidiariamente frente a la omisión legislativa.

Tradicionalmente el Tribunal Constitucional se declaró como “legislador negativo”. Esto quería decir que sólo tenía atribuciones para declarar que los parlamentarios emitieron normas inconstitucionales; es decir, violaron su deber de abstención al expedir una norma contraria a la norma suprema.

Pero en ningún caso podía suplir la omisión legislativa porque de este modo se convertirían en legislador “positivo”. Quizá donde mejor se aprecia este rol positivo lo encontramos en el tratamiento de la omisión. Si la omisión es absoluta, la Corte Constitucional debe establecer reglas temporales hasta que, en el plazo determinado por ésta, el parlamento dicte las reglas adecuadas; si la omisión es relativa, la Corte expide directamente las reglas¹⁷.

Si las juezas o jueces se atribuyeren libremente las competencias de legislar sin duda estarían atentando con el principio de la división de poderes. Las juezas y los jueces son activos por necesidad y siempre excepcionalmente. No es justo que la persona sufra las consecuencias de la omisión o acción del estado que vulnera sus derechos. A la persona poco le importa si el responsable fue cualquier función del estado, lo que interesa es que se resuelva su caso.

¿En el ámbito propio del poder ejecutivo, las juezas y los jueces pueden definir políticas públicas y, por tanto, asumir roles de otro poder? La respuesta es no. El poder judicial jamás tendrá la capacidad de disponer de recursos y peor de ejecutarlos. No tiene competencias constitucionales y tampoco tiene la capacidad y la posibilidad práctica de hacerlo. Sin embargo, tiene competencias para determinar violación a los derechos que provengan de políticas públicas y, por tanto, puede reparar violaciones que provengan de estos actos administrativos. Imaginemos un caso. El Ministerio encargado de la salud diseña un programa para vacunar a todas las niñas y niños del país menores de cinco años. Organiza recursos humanos, planes de distribución de las vacunas, formas de entrega y demás que contiene una política. Sin embargo, las vacunas no llegan a la provincia de Tulcán por un error en el cálculo y por haberse agotado las existencias de vacunas. En este caso, cualquier persona puede demandar ante un juez o jueza al Ministerio encargado de la salud por discriminar las niñas y niños de Tulcán que, estando en igual condiciones que otros niños y niñas del país, no han podido gozar del derecho a prevenir enfermedades por medio de las vacunas. ¿Cómo se podría solucionar este caso? En primer lugar declarando la violación del derecho; en segundo lugar reparando integralmente a las víctimas no identificadas pero identificables. La jueza o juez, que no podría —como el caso del legislador— suplir al ejecutivo, le ordenaría a que, en un plazo razonable y de posible

17 Constitución del Ecuador, Art. 436 (10); Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 129.

cumplimiento, el Ministerio encargado de la salud corrija las deficiencias en la distribución de las vacunas. Si no se cumple, ordenaría la destitución del funcionario competente. También los jueces y juezas pueden establecer estándares de cumplimiento.

Lo óptimo es que la jueza o juez escuche a los intervinientes, tanto a la víctima como a los agentes del estado. Nada se gana haciendo una sentencia maravillosa de imposible ejecución. Para ello, conviene la creación de espacios para la coordinación. Las reparaciones deben ser útiles y posibles, sin caer en aquel pretexto intolerable de la falta de recursos. Las soluciones a los casos deben ser adecuados para cada caso, para cada víctima y en la medida también de los responsables. No hay recetas, no hay forma de establecer reglas únicas, no hay modelos únicos. La innovación y la creatividad están a la orden del día.

2. La superación de los obstáculos procesales

Este en realidad es un reto más, pero conviene visibilizarlo dado que tenemos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ley de Garantías o LOGJCC), que trae algunas regulaciones a la Constitución que conviene interpretarlas o comentarlas, para evitar que el procedimiento se convierta en un obstáculo más para exigir derechos del buen vivir: (1) los principios como fuente de interpretación, (2) la legitimación activa, (3) la relación entre derecho ordinario y constitucional, (4) la subsidiaridad, (5) las políticas públicas, (6) la direccionalidad del proceso y la oralidad, (7) la prueba, (8) el cumplimiento.

2.1. Los principios y la interpretación de la ley de garantías

Los principios establecidos en la Constitución y en la LOGJCC son la fuente de inspiración para sortear cualquier regulación que pueda restringir las potencialidades de la acción de protección. Por un lado, la Constitución prescribe que no se exigirán condiciones o requisitos no establecidos para el ejercicio de derechos y garantías que no estén en la Constitución y la ley¹⁸,

18 Constitución del Ecuador, Art. 11 (3).

y ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos y garantías¹⁹; por otro lado, siempre se debe interpretar la norma en el sentido que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos²⁰ y que reconozca derechos más favorables a las personas²¹.

La LOGJCC enumera, no taxativamente, algunos métodos de interpretación. Si tomamos el descrito en la ley como método teleológico, por el que “Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”²², y leemos el fin establecido para las garantías en la misma ley: “las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos”²³, ya solo con estos dos ingredientes podemos sortear cualquier regulación que pueda ser considerada como un obstáculo para la protección de los derechos. No se trata de forzar el texto para resolver caprichosamente cualquier caso, se trata de interpretarlo para no tolerar la existencia de violación a derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2.2. La legitimación activa

En el texto de la LOGJCC encontramos un primer aparente obstáculo. La ley prescribe que la demanda podrá ser presentada “por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad, colectivo vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de un representante o apoderado”²⁴ (el subrayado es nuestro). Al poner la palabra “sus” retornamos sutilmente a la teoría del derecho subjetivo, que la Constitución explícitamente evitó al enunciar que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”²⁵.

19 *Ibidem*, Art. 11 (4).

20 *Ibidem*, Art. 11 (5).

21 *Ibidem*, Art. 424.

22 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 3 (6).

23 *Ibidem*, Art. 6.

24 *Ibidem*, Art. 9.

25 Constitución del Ecuador, Art. 86 (1).

Se ha afirmado que uno de los más grandes obstáculos para la exigibilidad de derechos es la falta de reconocimiento de las propias personas que sufren la violación de derechos como víctimas. Para suplir este defecto, que no es nuevo en nuestro sistema jurídico, la Constitución estableció este *actio popularis*, mediante el cual nadie puede ser indiferente a la violación de derechos que sufren otras personas y puede denunciarla. Además, parecería que es un contrasentido la reducción de la legitimidad activa para proponer acciones de protección, cuando la misma Constitución establece como responsabilidad de las personas el “respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento”²⁶ (el subrayado es nuestro). Sin duda, una de las formas más eficaces para luchar por el cumplimiento de los derechos es por medio de la denuncia y la litigación de derechos.

Todavía recuerdo cómo se convirtió en el peor obstáculo, para exigir lo que ahora conocemos como “derechos del buen vivir”, aquella frase de la Constitución de 1998 que establecía que sólo se podía presentar amparo por “sus propios derechos”. Permítanme contar un caso, que también se intentó litigar desde la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE. Se trataba del caso del Programa de Alimentación Escolar (PAE) en la época del gobierno de Lucio Gutiérrez. Gutiérrez dispuso de tres millones de dólares del PAE para invertir en lo que se conoció como “picos y palas” (entrega de picos y palas a comunidades indígenas), un típico programa que logró adhesión en el campesinado indígena de la Sierra y, de paso, dividir al movimiento indígena. Por ese cambio en la partida presupuestaria, durante seis meses, más de un millón de niños y niñas en edad escolar no recibieron su desayuno escolar.

Este es el típico caso de política pública que viola derechos humanos y también el principio de progresividad y prohibición de regresividad. No se puede diseñar o ejecutar arbitrariamente los fondos públicos que promueven el ejercicio de derechos. La alimentación escolar es un derecho que tiene autonomía y que está íntimamente relacionado con la educación (sin desayuno no hay atención y por tanto no se puede ejercer el derecho por medio del proceso de aprendizaje), con la salud (sin alimentación las defensas disminuyen y el cuerpo se predispone a la enfermedad), con la nutrición, por señalar algunos. ¿Quiénes son esos niños y niñas de carne y hueso que no

²⁶ *Ibidem*, Art. 83 (5).

desayunaban? ¿Quiénes son las víctimas? Encontrar víctimas no era difícil, lo difícil era que comparezcan por sus propios derechos. En Quito, por ejemplo, se visitaron algunas escuelas públicas y ninguno de los padres de familias se atrevía a presentar la acción por temor a represalias de la escuela o del Ministerio de Educación. Se consiguió, por la ayuda del Consejo de la Niñez de Riobamba, a dos niños –uno el presidente del Comité Escolar y otro que había sido elegido como “defensor de derechos”, ambos de 12 años cumplidos– para que presenten la demanda. En el juzgado de lo civil del cantón Quito se la rechazó afirmando que eran menores de edad (a pesar de que el Código de la Niñez sostiene que las personas mayores de 12 años pueden comparecer por sí mismas para exigir derechos). Se consiguió las firmas de sus padres y se volvió a presentar la demanda. Esta vez se rechazó la demanda porque se afirmó que era una violación de carácter general y que, por tanto, cabía la acción de inconstitucionalidad, que debía presentarse con la firma de mil personas o mediante la intermediación del defensor del pueblo. También se intentó esa vía y el defensor, en tres intentos, sostuvo que era un acto administrativo que no podía ser reparado y no calificó la demanda.

Todo este “vía crucis” se hubiese evitado si es que se reconocía la legitimidad activa para demandar por otros la violación a sus derechos. Si se llega a entender “sus” derechos como aquella teoría del derecho subjetivo, por medio de la cual sólo las víctimas pueden reclamar, se estaría atentando seriamente al espíritu de la norma constitucional.

Por otro lado, no puede ser justo que sólo exista la acción popular para hacer conocer la violación de derechos que tiene que ver con lo penal, cuando permite la ley que cualquier persona, aún sin poder, pueda denunciar la existencia de una infracción. Con más razón en materia constitucional, que el modelo de Estado y la solidaridad que se impregna en toda la Constitución, no debería tolerar cualquier tipo de violación. Creo que el problema tampoco se soluciona al establecer la legitimidad activa del Defensor del Pueblo, que ha demostrado que es deficiente en el litigio constitucional y la eficacia de las garantías no puede depender de la buena voluntad de la gente que ejerce los cargos públicos. Todos somos responsables de la eficacia constitucional.

Afortunadamente, como la ley debe leerse contextualmente con el resto de normas de la propia ley y del sistema jurídico, en los siguientes artículos de más adelante de la LOGJCC encontramos las normas que ayudan a in-

interpretar el artículo sobre la legitimación activa, que impedirían leerlo de forma aislada y literal. En el artículo sobre el contenido de la demanda, se establece con claridad que el accionante podría ser una persona distinta a la víctima y que, por ello, tiene la obligación si supiere de informar sobre el lugar donde le notifican²⁷. De igual modo, en el artículo que se regula sobre la comparecencia de la persona afectada, distingue otra vez la ley entre accionante y víctima como dos sujetos distintos²⁸. Lo propio sucede en la audiencia, en la que puede participar el accionante y también la víctima²⁹. Por tanto, cuando la ley habla de que sólo pueden presentar las personas por sus derechos o sus representantes y apoderados, habrá que entender que representante es aquella persona que lo hace sin mandato a diferencia de apoderado, y que “representa” hasta que comparezca la víctima y ratifique o desaprobe lo actuado por este sujeto que actúa “ad hoc”.

2.3. La distinción entre derecho ordinario y constitucional

La justicia constitucional tiene semejanzas, en nuestro sistema jurídico, con la justicia ordinaria. Tanto la una como la otra protegen derechos, y aquí puede presentarse la primera confusión. La primera como la segunda tiene competencia para conocer ambas materias, y aquí encontramos la segunda puerta para la confusión. La clave imprescindible para aplicar la acción de protección de forma adecuada está en que las juezas y jueces distingan los dos tipos de derechos.

Luigi Ferrajoli ha establecido con claridad una distinción entre lo que él llama “derechos patrimoniales”, que equivaldría a lo que nosotros denominaríamos “ordinarios”, y “derechos fundamentales”, que nosotros los llamaremos “constitucionales”. Entre estos derechos descubre cuatro diferencias³⁰.

1. Los derechos ordinarios son derechos reales y de crédito, vinculados con la propiedad, son derechos singulares, que pertenece a un titular deter-

27 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 10 (5).

28 *Ibidem*, Art. 11.

29 *Ibidem*, Art. 14.

30 Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 29-35.

minado. Consecuentemente estos derechos excluyen, para el ejercicio y goce, a las personas que no son titulares. Los derechos ordinarios están en la base de la desigualdad. Los derechos constitucionales, en cambio, son todos los reconocidos en la “carta magna”, vinculados con las esencias del ser humano, son derechos universales, como tales tienden a un proceso inclusivo en el ejercicio y goce: todas las personas tienen todos los derechos. Los derechos constitucionales están en la base de la equidad.

2. Los derechos ordinarios son disponibles, negociables, alienables y hasta consumibles; se acumulan, se restringen o se los pierde por la voluntad de las personas. Los derechos constitucionales, por el contrario, son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles; se los tiene y no aumentan ni disminuyen en cuanto a su titularidad, y en cuanto a su ejercicio si esto sucede sin justificación constituiría una violación. No cambian ni se acumulan. Una persona, en los anteriores, puede ser más pobre o más rico, pero en los constitucionales no puede ser más digno o libre que otra. Los derechos constitucionales están fuera de las decisiones políticas o de la oferta y demanda en el mercado³¹.
3. Los derechos ordinarios tienen por título actos singulares basados en acuerdos de voluntad; las normas que regulan estos derechos son hipotéticas, en las que se predispone los hechos y los efectos de los actos, y cuando se cumple una condición, la norma se aplica. En cambio, los derechos constitucionales están reconocidos en la Constitución y se basan en la dignidad³²; las normas son éticas, que imponen directamente situaciones, sin condiciones. En los primeros, para demandar judicialmente, tengo que demostrar que soy titular; en los segundos, en cambio, tengo que demostrar que existe daño.
4. Los derechos ordinarios son horizontales y los constitucionales son verticales. Los ordinarios se producen entre personas que tienen igual estatus jurídico (capacidad) y se regulan en el ámbito del derecho privado. En

31 “En virtud de su *indisponibilidad* activa, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aun mi propia autonomía contractual. Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía”. Véase Ferrajoli Luigi, *op. cit.*, p. 32.

32 Constitución del Ecuador, Art. 11 (7).

cambio, los derechos constitucionales suponen una relación de poder, que prohíben, limitan y obligan a quien lo detenta a favor del “más débil”.

Sigamos con las diferencias, porque –insisto– esto es clave para comprender la regulación legal, prevista en la LOGJCC.

5. Los derechos ordinarios son sin duda una conquista jurídica y política, que podría considerarse como la consagración del primer paradigma de dignidad en el mundo moderno³³. Si entendemos a la dignidad como el principio por el cual se trata a los seres humanos “de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control”³⁴, sin duda alguna los protagonistas de la revolución francesa tenían muy clara la voluntad de un grupo de personas y tenían conciencia del control de otro grupo al que estaban sometidos. Los derechos liberales se podrían restringir a la propiedad y a la seguridad, que fueron de libre configuración legislativa. En cambio, los derechos constitucionales, que reconocen los derechos liberales pero de forma condicionada, surgen por la emergencia de nuevos actores excluidos del modelo liberal, en particular los obreros, los campesinos, las mujeres, los afrodescendientes, los niños, niñas y adolescentes y las poblaciones indígenas. Allí encontramos los derechos del buen vivir, de las personas y los grupos de atención prioritaria, de los pueblos indígenas, de participación, de libertad, de protección y de la naturaleza. Los derechos humanos vincularán a las autoridades y limitarán los poderes públicos, y el legislativo no tendrá, entonces, libertad para configurarlos.
6. Para la protección de los derechos ordinarios se crea toda la estructura judicial, normas de carácter sustantivo y adjetivo. Quizá el principio rector de toda la organización estatal será la propiedad privada. La protección es individual, se requiere título para que proceda el derecho a ser

33 Carlos Gaviria, “El Estado social de derecho y la presión política para el cambio”, conferencia impartida el 6 de marzo de 2007, en las Jornadas de Debate Nacional “Los temas de la constituyente del enfrentamiento a la propuesta”, Universidad Andina Simón Bolívar, del 6 al 8 de marzo de 2007.

34 Carlos Santiago Nino, “El concepto de derechos humanos”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, p. 46.

tutelado y el objeto y las consecuencias son eminentemente patrimoniales y cuantificables en dinero. En cambio, la protección de derechos constitucionales, los intereses que se protegen son los que se conocerá como derechos humanos o derechos fundamentales en un contexto plural y diverso. La teoría caracterizará al conjunto de derechos como integrales e indivisibles. Si antes los intereses considerados generales eran los de una clase que ostentaba el poder, ahora son los de todas las personas, con o sin poder, en igualdad de condiciones y sin discriminaciones.

7. Los derechos ordinarios, que eran absolutos y únicos merecedores de protección, se tornan secundarios. Así la propiedad tendrá legitimidad si tiene función social; la libertad que era eminentemente negativa y que implicaba un Estado abstencionista, se torna positiva y demanda un Estado que interviene; la seguridad jurídica será tan relativa que se considerará que el derecho es dúctil, la seguridad de los burgueses podría ser la inseguridad de los pobres, y la seguridad de los pobres podría implicar la restricción de los propietarios; la igualdad formal y la democracia formal tendrá sentido en tanto cumple con lo sustancial, que no será otra cosa que la protección efectiva de los derechos humanos. La forma tendrá sentido siempre que se considere como una garantía de la sustancia y nunca al revés.

Lamentablemente estas distinciones no han sido tan evidentes y se ha distorsionado el uso de la acción de protección. Ha resultado, en la práctica, que quienes litigan para la protección de los derechos ordinarios, son los principales usuarios de las garantías constitucionales jurisdiccionales; y que quienes deben ser los destinatarios de las acciones constitucionales, ni siquiera saben que estas existen y son pocas las personas que litigan a su favor. Las acciones constitucionales de protección no fueron creadas para sustituir a las ordinarias o para ser un procedimiento rápido y eficaz de cobro de deudas o para evitar que estas se cobren. No. Ante este uso distorsionado dos caminos. Los jueces y juezas corrigen la práctica litigiosa o se establecen regulaciones legislativas. Lo primero, que es lo óptimo, no sucedió. Lo segundo, que debería ser cuidadosamente regulado para no caer en la restricción de derechos, fue lo que aconteció al expedirse la LOGJCC mediante la llamada “subsidiaridad”.

2.4. La subsidiaridad

Uno de los argumentos que más he escuchado para restringir las acciones constitucionales de protección de derechos es el abuso de los litigantes. Siempre me ha costado entender cómo se puede abusar de una acción si hay personas encargadas precisamente de evitar que eso suceda. Si se la invoca cuando hay violación de derechos, proceda de donde proceda, simplemente tiene que funcionar. Es más o menos como que se diga que los adolescentes abusan del alcohol o de las películas restringidas para su edad, porque se les vende alcohol y se les permite entrar al cine. La culpa no es del adolescente sino del expendedor de licores y de la persona que vende boletos en las salas de cine. No por esa falta de control se puede decir que ya no se comercialicen licores o se suspendan las funciones de cine para adultos. Igual sucede con las acciones de protección, todos los litigantes tienen derecho a presentar demandas por violación de derechos, otra cosa es que las juezas y los jueces las admitan sin distinción. El problema está en que los jueces no lo hacen y se acaban resolviendo, por la vía constitucional, asuntos que no deberían. Parecería, entonces, que hay que desarrollar la regulación para que los vendedores de licores y de entradas de cine cumplan su labor adecuadamente. Esto, en lo que nos concierne, se reguló por medio del principio de subsidiaridad.

La subsidiaridad de la acción la encontramos en el capítulo de medidas cautelares y en el de la protección de derechos. En el primero se establece que no se puede solicitar las medidas cuando (1) existen vías administrativas y ordinarias, y (2) se interponga en la acción extraordinaria de derechos (esta no es propiamente subsidiaria sino una simple causal de improcedencia)³⁵. La lógica de esta restricción la encontramos en la explicación anterior. Lo óptimo hubiese sido establecer la salvedad de que las vías ordinarias no sean adecuadas ni eficaces.

En cuanto a la acción de protección de derechos, es subsidiaria cuando (1) el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz³⁶, (2) se trate de derechos

35 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 27.

36 *Ibidem*, Art. 42 (4).

patrimoniales y contractuales y no existan vías ordinarias adecuadas y eficaces³⁷, (3) la pretensión fuere la declaración de un derecho³⁸.

Hay, sin duda, un ánimo exagerado en evitar la confusión derecho ordinario-constitucional. Bastaba con establecer una norma genérica que establezca que cuando existieren vías ordinarias eficaces y adecuadas no cabrá la acción de protección.

Lo subsidiario significa que procede la acción constitucional de protección sólo cuando no hay protección ordinaria o, existiendo ésta, no fuere adecuada ni eficaz. Veamos someramente en los casos contemplados en la ley. (1) Los actos administrativos tienen procedimientos y tribunales propios, no conviene entonces constitucionalizar violaciones a derechos que tienen vía especial, de este modo se evita que la Corte Constitucional y la justicia constitucional resuelva problemas que tienen base legal administrativa y no directa ni exclusivamente constitucional, como los problemas laborales entre la administración pública y los servidores públicos. (2) Los contratos y los derechos patrimoniales, que están minuciosamente regulados en el Código de procedimiento civil y en el Código civil, deben ser tramitados por la vía expresamente creada para estos fines; la salvedad sería de conflictos que tienen que ver con la propiedad colectiva de un pueblo indígena o con los contratos en los que se puedan ver afectados derechos a la salud, piénsese, por ejemplo, un contrato en el que se haya establecido la exclusividad de una medicina que, de no convertirse en genérica, cause miles de muertes en el país; en este último caso la discusión ya no es del derecho a la propiedad sino del derecho a la salud y a la vida y, por tanto, la vía sería la constitucional. (3) En la vía constitucional jamás se podría litigar para declarar la existencia de un derecho, puesto que la titularidad no se prueba ni se reconoce judicialmente, sino que se debe acudir a la vía ordinaria.

Habría que entender de estas regulaciones lo siguiente:

1. Siempre procede la acción de protección cuando se trata de derechos constitucionales; en estos casos no procede la subsidiaridad. Las acciones y los procedimientos ordinarios no fueron diseñados para proteger de-

³⁷ *Ibidem*, Art. 42 (5).

³⁸ *Ibidem*, Art. 42 (6).

- rechos constitucionales. La discusión procede cuando se trata de judicializar derechos ordinarios por las vías constitucionales.
2. El principio del derecho procesal civil, por el que, cuando no existía vía específica en el Código de procedimiento civil, se deberá seguir la ordinaria, no se aplica para las acciones constitucionales sino exclusivamente para las acciones relacionadas con derechos patrimoniales o secundarios. Utilizar este mecanismo para rechazar acciones que tienen relación con derechos del buen vivir, por ejemplo, sería una gravísima distorsión de la Constitución y de la LOGJCC, que dejaría en la indefensión a las personas.
 3. No procede la acción de protección cuando existen vías legales ordinarias diseñadas para tutelar los derechos ordinarios.
 4. Procede la acción de protección para proteger el derecho constitucional a la tutela efectiva, cuando las vías ordinarias no son adecuadas ni eficaces. En estos casos no se protege directamente el derecho ordinario, sino el derecho fundamental a ser tutelado efectivamente.
 5. Un recurso o vía judicial no es adecuado cuando no fue diseñado para proteger el derecho en cuestión; el código de procedimiento civil fue diseñado para proteger la propiedad, la autonomía de la voluntad y el cumplimiento de los contratos, por tanto es la vía adecuada para proteger derechos ordinarios.
 6. Un recurso o vía judicial no es eficaz cuando en la práctica no logra obtener los resultados que se esperaba, ya porque es lento o ya porque no protege el derecho.
 7. La inadecuación o ineffectividad de la vía judicial ordinaria tiene que demostrarla quien la alega.

2.5. Las políticas públicas

Las políticas públicas tienen un lugar especial en la Constitución. El Plan Nacional de Desarrollo es uno de los instrumentos por medio del cual el Estado garantizará los derechos de las personas, pueblos y colectividades³⁹. Este se materializa, en orden de generalidad, en políticas, planes, proyectos⁴⁰.

39 Constitución del Ecuador, Art. 275.

40 *Ibidem*, Art. 280.

Toda decisión del poder público que involucre uso de recursos, materiales o humanos, es una política o parte de ella. Siempre han existido políticas públicas y es por ello que se ha dicho que no tenía sentido constitucionalizar esta práctica, primero porque no era necesario y, segundo, porque se le atribuye competencias al ejecutivo para poder tomar decisiones con carácter general, como si fuera una especie de ley. Sin embargo, al dar rango constitucional al plan y a las políticas lo que se produce es un efecto limitador a estas competencias tradicionalmente discrecionales: (1) no puede ser cualquier política pública sino aquella que promueva y potencie los derechos reconocidos en la Constitución; al no regularla, se admitiría cualquier tipo de política, que va desde la clientelar hasta la francamente violadora de derechos; (2) la política pública, como cualquier acto que emana del poder estatal, está sujeta a control de constitucionalidad.

¿Cómo se manifiesta la política pública? Si es que proviene del legislativo, por medio de leyes. Nadie podría negar, por ejemplo, que atrás de un Código penal existen fuertes decisiones ideológicas de política criminal; junto a una ley, hay la obligación de crear instituciones, disponer recursos, encaminar y orientar acciones. Si es que la política pública, como suele ser común por manejar las finanzas y la economía de un estado, proviene del ejecutivo, se manifiesta a través de actos administrativos.

Las políticas públicas tienen especial relevancia para los derechos del buen vivir, porque éstos suelen tener énfasis en la actividad promotora de derechos por parte del estado. Todos los derechos del buen vivir requieren de políticas públicas explícitas para su cabal realización.

El control constitucional de las políticas públicas se puede hacer desde la acción de protección de derechos y desde la acción pública de inconstitucionalidad. En el primer caso, se requiere que siempre exista una violación de derechos personal, colectiva y hasta difusa, por acción o por omisión; por ejemplo, hay violación de derechos por omisión, y de manera difusa, cuando el estado no hace control sanitario adecuado de los productos de consumo masivo; hay violación de derechos por acción, de manera colectiva, cuando los estudiantes en edad escolar reciben clases con estereotipos racistas o patriarcales. En el segundo caso, procede la acción de inconstitucionalidad cuando, no existiendo violación de derechos, la política contraviene algún precepto constitucional, cuando, por ejemplo, se disponen fondos públicos

atentando contra los procedimientos o controles constitucionales. La característica de general y abstracto para distinguir si cabe la acción de protección o la de inconstitucionalidad, no es un criterio válido. Las políticas públicas suelen ser generalmente decisiones con carácter general y abstracto. El elemento que las distingue es el efecto en los derechos: si hay violación a un derecho constitucional, acción de protección; si hay violación a norma constitucional, que no reconoce un derecho, acción de inconstitucionalidad.

2.6. La direccionalidad del proceso, la oralidad y las formalidades

Una de las novedades procesales que encontramos en la ley es sobre el rol activo del juez o jueza, en lo que se ha denominado la direccionalidad del proceso:

La jueza o juez deberá dirigir los procedimientos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración audiencia⁴¹.

Ya no cabe ese rol ausente, física o “espiritualmente”, del juez o jueza. Jamás podré olvidar, cuando litigaba en derecho constitucional en la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE, la forma insensible y casi inclemente de las juezas y jueces. En una audiencia en la que estábamos pidiendo que el Ministerio de Salud proporcione antirretrovirales a unas personas portadoras de VIH, que si no los recibían estaban expuestas a morir, el juez inauguró la audiencia, advirtiéndome que seamos breves y que no hay réplica, y se fue. Se fue a despachar otros juicios. Cuando el Hospital presentó un documento en el que había un listado de medicinas y ahí constaba que los antirretrovirales no existían, como evidencia de que el Hospital tiene medicamentos, pedí, casi rogando, que el juez me dé mi derecho a la réplica. La jueza o juez deben escuchar con atención y olvidarse que, sentados en su despacho, en la soledad, leerá el expediente y resolverá, si es que, peor aún, no delega al secretario o amanuense para que haga un proyecto de sentencia. La jueza o

41 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 4 (6).

juez debe dictar sentencia sólo cuando se haya hecho criterio en la audiencia y en ese mismo acto procesal⁴². Sin duda la mejor forma de instaurar la oralidad es obligando al juez o jueza a decidir en el acto. No tiene otra salida que escuchar, preguntar cuando no entienda, interrumpir cuando los argumentos son repetitivos o vacuos (para impresionar al cliente). El recurso más escaso en la administración de justicia no es el dinero, los despachos, las computadoras, es el tiempo. Nada más saludable para la administración de justicia que dotar de los poderes suficientes para que los litigantes no le hagan perder el tiempo al juez o la jueza, o para que, por el contrario, dé el tiempo necesario o suficiente a los casos que sean de violación de derechos y revistan de particular gravedad o importancia.

De la mano de estas normas, está aquella que faculta al juez o jueza a corregir o a impulsar una sanción a la parte que abuse del derecho y que, de mala fe, interponga acciones o desnaturalice el objetivo de las acciones⁴³.

Las juezas y los jueces que apliquen la ley adecuadamente, se darán cuenta que más tiempo ganan resolviendo en audiencia, que postergando la decisión para “estudiar” el caso que era parte de la tradición inquisitiva. Los problemas jurídicos constitucionales, si bien a veces requieren una alta dosis de complejidad particularmente en los casos que la doctrina les llama “difíciles”, requieren una buena dosis de sentido común. Las violaciones de derechos humanos, como cualquier otro conflicto, se resuelve escuchando y entendiendo el problema de las personas. La forma jurídica, en un estado constitucional de derechos, es una garantía para el cumplimiento de los fines procesales, debe ocupar su lugar. No cabe que por omisiones de cuestiones de forma, se sacrifique la justicia⁴⁴.

En un caso en el que, mediante amparo, reclamábamos a un hospital psiquiátrico que informen sobre el paradero de una persona internada, por cuestiones ajenas a mi voluntad (un accidente de tránsito), llegué a la audiencia cinco minutos más tarde. Estaba ahí el director del hospital demandado, una persona representante de la procuraduría, el juez y hasta la mamá de la víctima. Yo le decía al juez que hagamos la audiencia porque estábamos todas las partes y que lo importante era resolver el problema y no la hora ju-

42 *Ibidem*, Art. 14.

43 *Ibidem*, Art. 23.

44 *Ibidem*, Art. 4 (7).

dicial. El juez declaró abandonado el recurso, a pesar de haber obtenido una certificación del accidente por parte la policía. Típico ejemplo en el cual la forma importa más que el fondo. Inadmisibles en un estado constitucional de derecho y por parte de un juez que debe ser garante de los derechos. Juez pasivo, insensible y ajeno a su deber jurídico y social. Por actitudes como éstas, la función judicial tiene mala percepción de parte de la ciudadanía. El culto a la forma y a lo escrito debe ser desechado y superado.

2.7. La prueba

Hay una institución novedosa en el derecho procesal constitucional que conviene no confundirla con categorías tradicionales. Esta es la “comisión para recabar pruebas”⁴⁵. La inspiración de esta institución fue las famosas “visitas in loco” o “in situ”, que pueden hacer los mecanismos de protección internacional de derechos humanos⁴⁶. La lógica es la siguiente. Cuando se requiera percibir un hecho por parte del órgano, éste puede formar una comisión para percatarse del hecho. Por ejemplo, cuando en el año 2004 tuvimos en Ecuador la crisis por la destitución inconstitucional de todo el Tribunal Constitucional y de toda la Corte Suprema de Justicia, el relator de Naciones Unidas para la independencia judicial, desde Ginebra, hizo una visita “in situ” al Ecuador. En menos de tres días se entrevistó con autoridades, organizaciones de la sociedad civil, magistrados y vocales destituidos, grupos de opinión y otros, y produjo un informe en el que declaró que había habido una violación a la independencia judicial. Lo mismo podría hacer un juez o jueza. Podría ir personalmente o enviar a una persona de confianza para que, en el lugar de los hechos, constate la violación de forma integral.

No es una comisión conformada por peritos o expertos, que deben rendir o producir un informe bajo juramento. No es la lógica del procedimiento civil o penal, que es una prueba rígida, sujeta a formalidades. La comisión la forma el propio juez o jueza, o alguna persona que goce de la confianza del mismo, que podría ser el secretario, un asesor, un profesor o profesional cercano. La idea de la visita no es sentar un acta por cada persona a la que se le

45 Constitución del Ecuador, Art. 86 (3).

46 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 48 (2), Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art. 40.

escucha, sino formarse criterio escuchando interactivamente a los actores. Por ejemplo, en el caso narrado anteriormente sobre la persona perdida en el hospital psiquiátrico, en una típica audiencia el director del hospital diría que no sabe qué pasó, la procuraduría afirmaría, como siempre, que deseche la demanda por no haber fundamentos, y el demandante pondría el drama en su más espectacular clímax. Ese el típico caso en el que el juez o una persona o grupo de personas, en una visita “in situ” podría formarse criterio para resolver: qué dice la enfermera, cuál es la infraestructura del lugar, ver las hojas clínicas, revisar los registros, qué cuentan los otros pacientes, qué pueden decir los parientes de las visitas, qué han visto las personas de la limpieza.

En un caso interesante que se litigó en Cuenca, sobre unas personas discapacitadas que consideraban que los torniquetes de los buses de transporte público atentaban contra su libertad de movimiento, el juez ordenó una comisión al estilo peritaje, cuando lo óptimo quizá hubiera sido que él se suba a un bus, imagine qué experimenta una persona discapacitada con silla de ruedas y perciba si el torniquete le afectaba o no.

2.8. El cumplimiento

La eficacia de una acción de protección no sólo se mide por lo persuasivo y bien argumentado de la sentencia, sino en su eficaz cumplimiento. C. M. Berinstain⁴⁷ cuenta que una de las sentencias que es considerada como un hito a nivel internacional, por la calidad de los argumentos, es la conocida en el sistema interamericano de derechos humanos como “*Awas Tingni c. Nicaragua*”. Efectivamente, a nivel judicial, es una de las sentencias que rompe con el paradigma de la propiedad individual por el de la propiedad colectiva, y reta al estado a establecer medidas para adecuar su sistema jurídico y político para proteger la propiedad de los indígenas que habitaban una zona en la que existía explotación maderera. Sin embargo, Berinstain se sorprendió cuando al visitar la comunidad indígena no sólo que la sentencia, años más tarde de haberse expedido, no se había cumplido sino que los pro-

⁴⁷ Sobre el impacto de las reparaciones y sobre su relación con pueblos indígenas, véase Carlos Martín Berinstain, *Diálogos sobre reparaciones que reparar en casos de violaciones a los derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, N. 10, V&M Gráficas, Quito, 2009, pp. 436-452.

pios beneficiarios no sabían que existía. El estado no había movido un pelo para ejecutar la maravillosa sentencia. De este caso, algunas lecciones: (1) las resoluciones tienen que ser de posible cumplimiento, y (2) tienen que ejecutarse, una vez adoptada, por cualquier medio adecuado.

1. Lo perfecto es enemigo de lo posible en casos de reparaciones. Pero no por ser de difícil reparación una violación de derechos, los jueces y juezas deben sacrificar el deber de volver lo más posible a la situación anterior a la violación de derechos. El límite entre lo imposible y lo más cercano a la reparación integral no es fácil de marcar. Conviene que la jueza y juez conozca las realidades y máximas potencialidades de las entidades o personas contra las que se va a dictar una sentencia. Por ejemplo, cuando la Corte decide que el Estado debe abastecer de agua de forma permanente a una comunidad, el plazo para la construcción del sistema de agua debe ser técnicamente determinado y posible. La exigibilidad de políticas públicas, en casos como políticas de vivienda, de salud, de acceso universal de educación, requieren de una labor coordinada entre los poderes (tal como aconteció, según contamos, en la famosa época Warren en los Estados Unidos). Ningún favor se le hace a las víctimas elevando los niveles de reparación hasta un punto en el que, por las condiciones de un país o municipio, sea imposible satisfacer; como tampoco, en el otro extremo, se saca disponiendo reparaciones meramente simbólicas que no requieren esfuerzo alguno de la entidad demandada. La ley establece una disposición general, denominada modulación de la sentencia⁴⁸, por la que la jueza o juez en su resolución del caso deben pensar el tiempo, la materia y el espacio para que la sentencia sea viable y satisfaga las necesidades de justicia. Ya no es tan fácil como en el sistema legal de derecho en la que, probado el supuesto de hecho de una norma, la obligación estaba prevista en la misma norma. En materia de derechos, la forma de la obligación debe ser construida judicialmente y específicamente para el caso. Ni la utopía ni la indiferencia judicial.
2. El cumplimiento de la sentencia está regulado en la ley⁴⁹. Algunas hipótesis encontramos en la regulación: cumplimiento inmediato y cumplimiento en el tiempo. En cualquier caso hay cuatro medidas que pueden

48 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 5.

49 *Ibidem*, Art. 21.

tomarse: (1) las medidas que sean adecuadas, (2) el uso de la fuerza pública, (3) la destitución de la persona servidora pública, (4) la sanción disciplinaria, (5) el seguimiento.

La primera de todas, como casi todo el procedimiento, requiere de juezas y jueces creativos y comprometidos. Si este fuera el caso, no haría falta enumerar las siguientes, que se subsumirían en esta norma. Una norma parecida ya existía en la Ley de control constitucional pasada, pero nunca o excepcionalmente fue utilizada. Las sentencias no se cumplen por arte de magia, peor en lugares como el nuestro en el que las violaciones a derechos son toleradas al punto de no recibir sanción alguna los perpetradores.

En uno de los casos enunciados, mediante amparo el juez ordenó dar medicamentos inmediatamente a las personas portadoras del VIH-SIDA. La dotación de medicamentos se entregó durante tres meses. Luego, sin explicación alguna, dejaron de darles. Cuando acudimos adonde el juez para que “tome cualquier medida adecuada”, éste se limitó a expedir una providencia, que la despachó tres semanas después de tanta insistencia, en la que decía “bajo prevenciones legales, cumpla con la resolución”. O sea, un papel que no servía de nada. ¿Cuál sería una medida adecuada? Quizá llamar por teléfono a la directora o ministra de salud y advertirle que, si inmediatamente no da las medicinas, ordenaría la destitución; quizás ordenar a la fuerza pública que obligue al encargado de almacenar las medicinas para que las entregue. Quizá denunciar por la prensa a la persona servidora pública negligente. Quizá comunicarse con el Presidente de la República para que le ordene a la ministra que cumpla con la sentencia. Quizá disponer que el Defensor del Pueblo visite inmediatamente a la ministra.

Lo cierto es que, a diferencia de los otros juicios que terminan con la sentencia, estos procedimientos no acaban si es que no se ha ejecutado cabalmente la sentencia. Algo parecido sucede con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no pueden cerrarse los casos si es que los Estados no cumplen a satisfacción de las víctimas y de la Corte la sentencia.

Todo este artículo, que no agota ni profundiza todos los retos que nos plantea la Constitución y la ley de garantías, tiene como objetivo demostrar que estamos ante un nuevo paradigma en la acción de protección de derechos, que afecta aspectos teóricos, procesales y prácticos del quehacer judicial.

Estamos obligados a actualizar nuestros conocimientos y también nuestro compromiso como servidores públicos o judiciales para estar a la altura en el cumplimiento de la promesa de los derechos, que tanta falta les hace ejercer a una gran mayoría de personas que habitan en nuestro país.

Bibliografía

- Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales como derechos subjetivos”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios constitucionales, España, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Berinstain, Carlos Martín, *Diálogos sobre reparaciones que reparar en casos de violaciones a los derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, N. 10, V&M Gráficas, Quito, 2009.
- Bolívar Ligia, “DESC: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos, Vol. V.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Constitución del Ecuador, 2008.
- Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 48 (2), Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art. 40.
- Gaviria Carlos, “El Estado social de derecho y la presión política para el cambio”, conferencia impartida el 6 de marzo de 2007, en las Jornadas de Debate Nacional “Los temas de la constituyente del enfrentamiento a la propuesta”, Universidad Andina Simón Bolívar, del 6 al 8 de marzo de 2007.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001.
- Nino, Carlos Santiago, “El concepto de derechos humanos”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005.
- , “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005.