

---

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

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

# Los derechos sociales y el desafío de la acción de protección

Carolina Silva Portero

---

Introducción. 1. Los derechos sociales como derechos sobre el papel. 2. Los prejuicios alrededor de la justiciabilidad de los derechos sociales. 2.1. ¿Quién puede exigir derechos? 2.2. ¿Qué se puede exigir cuando se demanda derechos? 3. Los problemas de las prestaciones en sentido estricto. 3.1. El problema de las políticas públicas. 3.2. El problema de la indeterminación de la obligación estatal. 4. La acción de protección ¿protege a los derechos sociales? 5. Conclusiones. Bibliografía.

---

## Introducción

Resulta extraño que cuando tratamos de personificar a la *justicia* evoquemos la imagen de una mujer con los ojos vendados<sup>1</sup>. El símbolo de la justicia en nuestros juzgados o tribunales es *Iustitia*, quien optó por no ver a quienes acuden en su búsqueda porque es la mejor forma de garantizar la imparcialidad, y se convirtió por lo tanto, en la imagen de que toda jueza o juez no necesita saber ni verlo todo del justiciable sino que ha de limitar su juicio al

---

1 *Iustitia* es la representación romana de la divinidad griega *Temis*; es representada como una mujer impassible, con los ojos vendados portando una balanza y una cornucopia.

hecho concreto<sup>2</sup>. Sin embargo, cabe preguntarse si ese arquetipo de imparcialidad que ha permanecido anclado durante tantos años a los cimientos de nuestro actual sistema de justicia debería quitarse la venda y empezar a ver la realidad en que vivimos.

En la actualidad, aproximadamente a cuatro mil millones de personas alrededor del mundo se las considera “excluidas del Estado de Derecho” puesto que además de vivir debajo o levemente por encima de la línea de la pobreza, carecen de la protección que las leyes contemplan. Por ejemplo, de esta cifra, alrededor de 500 millones de personas viven en condiciones de extrema pobreza, es decir, con menos de un dólar por día, y aunque trabajan por largas jornadas, en condiciones muchas veces atroces, no pueden salir de la miseria en que se hallan sumidas<sup>3</sup>.

Esto se traduce en que en los países ricos las personas tienen más posibilidades de acceder a los sistemas de justicia en su calidad de trabajadores, comerciantes, y propietarios, puesto que la generación de riqueza descansa en un sinnúmero de instrumentos y protecciones jurídicas alrededor de las corporaciones, los contratos formales de trabajo, o los seguros, elementos a los cuales las personas pobres y excluidas no tienen acceso debido a que sus actividades se rigen por instituciones y actividades informales, comúnmente alejadas del resguardo de los sistemas jurídicos.

Esta realidad que desborda cifras de pobreza y marginación, y que genera que más de la mitad de la población mundial sea declarada *excluida* de la protección jurídica, cuestiona insistentemente en si aquel paradigma de la *justicia ciega* que nació con la idea de resolver conflictos privados y proteger a las personas que cuadraban con un determinado estatus social, debería continuar siendo el paradigma que alimenta nuestro modelo de justicia. Ecuador recoge también una porción de esta realidad desbordante y dramática, y a la vez, reproduce un sistema de administración de justicia que no es capaz de ver la inequidad y desigualdad que subyace al entramado de las relaciones sociales que imperan en nuestra sociedad.

2 Pérez Bustamante González, Rogelio, *Símbolos y metáforas de la justicia*, Internet, <http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1204280142376.pdf>, Acceso: 20 agosto 2009.

3 Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, *La Ley: Clave para el Desarrollo sin Exclusiones*, Nueva York, 2008, pp. 2-4.

Sin embargo, ¿cómo un sistema de administración de justicia puede ser *incluyente* en una sociedad *excluyente*? En este ensayo no pretendemos adentrarnos en el análisis de cuáles son los factores que convierten a un sistema de justicia en incluyente, pero abordaremos una herramienta que le puede dar a las personas mejores posibilidades de exigir sus derechos: la garantía jurisdiccional que protege derechos fundamentales<sup>4</sup>.

Los mecanismos para que las personas accedan a la justicia juegan un rol clave para resolver conflictos de carácter social. Aunque se podría decir que *normativamente* todas las personas tienen los mismos derechos y posibilidades de acceder a la justicia, en la práctica, las personas que pertenecen a sectores empobrecidos son excluidas sistemáticamente del goce y ejercicio de los derechos sociales, configurándose violaciones con características particulares que requieren, por lo tanto, que los sistemas de administración de justicia cuenten con los mecanismos capaces de reparar este tipo de violaciones.

En la historia constitucional ecuatoriana el amparo se consagró como la figura adecuada para exigir derechos humanos<sup>5</sup>, no obstante, el diseño de esta garantía no fue necesariamente el más idóneo para proteger específicamente a derechos sociales<sup>6</sup>. Actualmente la Constitución ecuatoriana promete mejorar esta realidad mediante la acción de protección, la garantía jurisdiccional que reemplazó al amparo y que en el texto constitucional deja la puerta abierta para la reivindicación de los derechos sociales por medio de la introducción de elementos claves para su justiciabilidad como son la legitimación activa de grupos y la reparación integral.

Para comprender esto abordaremos cuatro cuestiones relacionadas con la justiciabilidad de los derechos sociales. Como punto de partida presentaremos una breve aproximación a sus problemas de justiciabilidad, luego estableceremos cuáles son los prejuicios sobre los que se asientan esos problemas, para luego, sobre la base de lo anterior, analizar cuáles son las ca-

4 Para un análisis del concepto y clasificación de las garantías, véase Silva Portero, Carolina, “Las garantías de los derechos ¿invencción o reconstrucción?”, en *Neonstitucionalismo y Sociedad*, Ávila Santamaría, Ramiro (editor), Quito, 2008, p. 51.

5 Para un análisis de la acción de amparo constitucional en el Ecuador, véase Oyarte Martínez, Rafael, *La acción de amparo constitucional*, Quito, 2006.

6 Véase Ávila Santamaría, Ramiro, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Revista del Tribunal Constitucional, Quito, 2007, p. 359.

racterísticas que deben configurar a la acción de protección para custodiar a los derechos sociales a la luz de las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Constitución.

## 1. Los derechos sociales como derechos sobre el papel

La actual Constitución ecuatoriana establece al “buen vivir” como criterio de clasificación de los derechos que en su mayoría integraban los denominados “derechos sociales” en la Constitución de 1998<sup>7</sup>. Pese a que la denominación de la nueva clasificación responde a un intento de abandonar el paradigma de la división clásica de los derechos, esto no significa que los derechos del buen vivir hayan superado los problemas de justiciabilidad que caracterizan a los derechos sociales.

Existe una creencia generalizada y asumida por muchos juristas de que los derechos sociales no son justiciables en tanto les corresponden obligaciones de prestaciones o medidas positivas, cuya satisfacción no consiste en un *no hacer* sino en un *hacer*, de ahí que autores como Guastini señalen que no son *verdaderos derechos* aquellos de los cuales no se desprende una obligación de conducta bien definida, como es el caso de las prestaciones derivadas de derechos sociales. Un ejemplo de esto es el caso de una persona que exige ante una jueza o juez la provisión de medicamentos en caso de una enfermedad, ¿qué medicinas puede pedir?, ¿en qué casos?, ¿durante cuánto tiempo? Estos son temas que la justicia no ha estado dispuesta a enfrentar.

El constitucionalista italiano Ricardo Guastini sostiene que los derechos sociales no son verdaderos derechos en tanto no pueden ser exigidos judicialmente. Guastini propone el fraccionamiento entre “verdaderos derechos” y “derechos sobre el papel” al asumir que verdaderos derechos son aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; b) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado, y c) su contenido consiste en una obligación de conducta

7 Para un análisis comparativo entre los derechos sociales de 1998 y los actuales derechos “del buen vivir”, véase Silva Portero, Carolina, “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ávila Santamaría, Ramiro (editor), Quito, 2008, pp. 111.



bien definida, al igual que el sujeto titular; y califica de derechos “sobre el papel” o “derechos ficticios”, a todos aquellos derechos que no satisfacen alguna de estas condiciones<sup>8</sup>.

En definitiva, Guastini condiciona la existencia misma del derecho con la posibilidad de tutelarlos cuando no se cumplen ciertos requisitos. En la práctica constitucional ecuatoriana, podemos encontrar un ejemplo de la adopción de esta posición, en una resolución de amparo del Tribunal Constitucional respecto del derecho a la salud y a un medio ambiente sano<sup>9</sup>.

La demanda se presentó en relación con la ejecución del Plan Colombia, pues no se respetó la oferta verbal de fumigar a diez kilómetros de distancia de la línea fronteriza con el Ecuador. Colombia esparció glifosato por vía aérea, causando graves daños a las personas que habitaban la frontera. Los accionantes establecieron la existencia de una *omisión ilegítima* –como lo requería la norma constitucional relativa al amparo constitucional<sup>10</sup>– al hecho de que las autoridades accionadas se encontraban obligadas a impedir que se fumigue con agroquímicos tóxicos en suelo ecuatoriano o cerca de su frontera, y a tomar medidas de prevención y remediación a favor de la población y la naturaleza de la zona.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que no existía una *norma expresa* que indique la obligación de las autoridades de remediar las consecuencias de daños producidos como consecuencia de la ejecución del Plan Colombia. Por tanto, el Tribunal Constitucional resolvió inadmitir el

8 Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, 2001, pp. 220 y ss., Internet, [www.bibliojuridica.org/libro.htm?l=22](http://www.bibliojuridica.org/libro.htm?l=22), Acceso: 20 enero 2009.

9 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0140-2003-RA, R.O.130, 22 julio 2003. Santiago Tanguila, Ángel Nauya, Gloria Chicaiza, Elsie Monge y Raimundo Encamación, en sus calidades de dirigentes de las Comunidades de la vía a Colombia, Puerto Nuevo y Chone II, Acción Ecológica y Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU) propusieron una acción de amparo en contra del presidente de la República, ministro de Medio Ambiente, ministro de Relaciones Exteriores, ministro de Salud Pública y ministro de Agricultura. Este caso fue litigado por la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

10 El artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, relativa al amparo, determinaba que mediante esta acción, que debía tramitarse en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente y, que de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

amparo al señalar que no se evidenció acto de omisión alguno y menos ilegítimo atribuible o de responsabilidad de las autoridades públicas demandadas. Este organismo no realizó ningún análisis relativo a las afectaciones a la tierra, al agua y al aire de la zona expuesta, y la forma en que estos perjuicios lesionaron la vida y la salud de quienes habitan en dichos sectores, así como a sus animales y cultivos.

Evidentemente, en este caso, el Tribunal Constitucional determinó que al no existir una obligación claramente determinada para que las autoridades protejan el derecho en cuestión, entonces no existía una omisión ilegítima, y por tanto, no se violó el derecho a la salud ni el derecho del medio ambiente. Frente a este enfoque, cabe preguntarnos, ¿pese a que no existía una obligación claramente definida de prevenir los daños producidos por las fumigaciones, o en su defecto, de remediar sus efectos, podríamos sostener que no existía el derecho a la salud de todas aquellas personas que fueron afectadas por el glifosato?

La imposibilidad de tutelar un derecho bajo la premisa de que no constan sujetos u obligaciones determinadas, no se traduce en la *inexistencia* del derecho sino en la necesidad de buscar formas de tutelarlos pese a la indeterminación de los sujetos y sus correspondientes obligaciones, de manera que su ejercicio sea efectivo y no ilusorio.

Como lo señala Luigi Ferrajoli, “esta ausencia de garantías no autoriza de hecho a sostener la tesis [...] que los derechos no garantizados no existen pero existen las normas que los establecen”<sup>11</sup>. Ferrajoli se mantuvo en la independencia conceptual entre la existencia de un derecho y la existencia de sus correspondientes garantías, puesto que sostenía que ante la falta de una norma que señale a un obligado en concreto a satisfacer un derecho, o frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación, en realidad no nos encontraríamos frente a un “no-derecho” –o “derecho ficticio” como lo señala Guastini–, sino frente a dos tipos de lagunas. Frente a lagunas primarias en el caso en que una norma no señalara a un sujeto como obligado a realizar la conducta tendente a la satisfacción de un derecho; o frente a lagunas secundarias en el caso de no existir los mecanismos que invaliden o sancionen la violación de esa obligación:

11 Ferrajoli, Luigi, *Garantías constitucionales*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2000, pp. 39-55.

En tales casos no podemos negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica: se podrá solo lamentar la laguna que hace de ese derecho un derecho de carta y afirmar entonces la obligación de completarla<sup>12</sup>.

La solución para la justiciabilidad de los derechos sociales se encuentra entonces en encontrar los mecanismos para su tutela antes que afirmar que no pueden ser tutelados.

## 2. Los prejuicios alrededor de la justiciabilidad de los derechos sociales

La exigibilidad judicial de los derechos sociales se ha visto disminuida, como lo señala Gerardo Pisarello, por una serie de presupuestos que “tienden a ser restrictivos, excluyentes y deterministas y a justificar, en último término, una *protección devaluada* de los derechos sociales”<sup>13</sup>. Estas tesis se sostienen en que los derechos sólo pueden ser exigidos de manera individual, y por otro lado, que las juezas y jueces no pueden resolver conflictos en los que están involucradas obligaciones de carácter prestacional.

### 2.1. ¿Quién puede exigir derechos?

El proceso histórico que devino en el establecimiento del Estado Liberal de Derecho<sup>14</sup> consagró a la *autonomía* como parámetro de la *dignidad* de la persona. Efectivamente, el gran triunfo de la Revolución Francesa fue consagrar a la autonomía individual como el fundamento para limitar la arbitrariedad del *Ancien Régime*, de ahí que, como apunta Carlos Gaviria, los derechos civiles y políticos se cimienten en la autonomía como *primer paradigma* de la dignidad humana.

12 *Ibidem*, pp. 61 y 62.

13 Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2007, p. 19. El subrayado es nuestro.

14 Véase Erika Castro, Olga Restrepo y Laura García, *Historia, concepto y estructura de los derechos sociales*, Bogotá, 2007, pp. 80-82, Internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2354630>, Acceso: 6 enero 2009.

Este primer paradigma que sustentó una lucha contra la arbitrariedad<sup>15</sup>, salvaguardó principalmente a la libertad-seguridad o la libertad negativa<sup>16</sup>. La protección a la *libertad* se justificó, como lo señala Luis Prieto Sanchís, en que el reconocimiento de los derechos humanos a finales del siglo XVIII representó la traslación al derecho positivo de la teoría de los derechos naturales elaborada a comienzos del siglo precedente por el iusnaturalismo racionalista cuyo objetivo era preservar ciertos valores o bienes morales que se consideraban innatos, inalienables y universales, como *la vida, la propiedad y la libertad*<sup>17</sup>. De ahí que en el artículo 2 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se establece que:

La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión<sup>18</sup>.

Una de las principales consecuencias de la construcción del concepto de derechos a la luz de los valores protegidos por el Estado Liberal fue la noción de titularidad. La positivización de los derechos humanos a finales del siglo XVIII se fundamentó en la teoría de los derechos naturales elaborada por el iusnaturalismo racionalista; Prieto Sanchís<sup>19</sup> asevera que bajo este supuesto, en el Estado de Liberal de Derecho, el titular de los derechos era el *sujeto*

15 Carlos Gaviria indica que el Estado de Derecho “fija límites al ejercicio del poder [...] sometiendo a los gobernantes también a la vigencia de la regla [...] quedan limitados en el ejercicio del poder por la norma del derecho, por eso el Estado se llama así, Estado de Derecho”. Véase Gaviria Carlos, *El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio*, Revista de Derecho Foro, No. 7, Quito, 2007, pp. 5-6.

16 Este autor define a la libertad negativa como la *libertad liberal*, “la libertad típica de la filosofía liberal, es decir, la no injerencia, el que nadie interfiera en mis decisiones, el que nadie toque una órbita que precisamente me está reservada”. Véase Carlos Gaviria, *op. cit.*, p. 6.

17 Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 22, Madrid, 1995, p. 9, Internet: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_22\\_007.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf); Acceso: 6 enero 2009.

18 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>; Acceso: 15 abril 2009.

19 Luis Prieto Sanchís, al analizar la caracterización de los derechos sociales, estudia tres aspectos: las instituciones, las prestaciones y la titularidad. Véase Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 9-13.

*abstracto y racional*, es decir la persona autónoma e independiente, portadora de derechos naturales que en su calidad de ciudadana y guiada por su interés, concluía con otros sujetos iguales un contrato social que daba vida artificial a las instituciones, y que en calidad de propietaria, y movida asimismo sólo por su interés, celebraba negocios jurídicos de acuerdo con unas reglas formales, fijas y seguras, sin que fuera relevante la condición social de quienes negociasen ni qué cosas intercambiaran<sup>20</sup>.

De esta forma, la tutela de los derechos se diseñó alrededor de esta concepción de titularidad. Como lo apunta Luigi Ferrajoli, en el Estado Liberal la jurisdicción fue construida para proteger derechos individuales, y consecuentemente, las relaciones jurídicas privadas y la propiedad<sup>21</sup>, de ahí que en un principio sólo era civil y penal, una referida a la tutela de los derechos en las relaciones privadas y a la verificación y reparación de ilícitos civiles, y la otra referida a la verificación y al castigo de los ilícitos penales. En este contexto, según Ferrajoli, las entidades públicas incluida la administración pública, no habían sido concebidas como posibles partes procesales y los actos legislativos y administrativos no se consideraban justiciables<sup>22</sup>. El Poder Judicial por lo tanto, fue pensado para proteger derechos individuales y relaciones privadas.

En el Estado Liberal de Derecho, por lo tanto, los derechos fundamentales fueron reconocidos bajo el paradigma de la dignidad entendida como autonomía, lo cual implicó, que fueran atribuidos a todas las personas en tanto individuos autónomos. El papel del Poder Judicial por consiguiente, también se instituyó sobre la base de la protección de su titular absoluto: *el individuo*.

Sin embargo, la titularidad de los derechos se atribuyó al “sujeto abstracto y racional”, es decir a cualquier persona con *independencia de su posición social*. Ahora bien, los derechos sociales en cambio, reclaman derechos de la persona en su *específica situación social*. Así, los derechos reconocidos

20 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 11.

21 Ferrajoli, Luigi y Atienza Manuel, *El papel de la Función Judicial en el Estado de Derecho*, México, 2005, p. 87, Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>, Acceso: 10 noviembre 2008.

22 Recién en el siglo XIX se desarrolló la jurisdicción contenciosa administrativa. Ferrajoli, Luigi y Atienza Manuel, *op. cit.*, p. 88.

bajo el primer paradigma se atribuyen al sujeto del Código Civil, en tanto que los derechos sociales consideran a la persona mientras trabaja o no trabaja, tiene o no salud, es o no jubilada, tiene o no vivienda, etc.

Aquí se observa lo que Norberto Bobbio ha llamado *proceso de especificación*:

[...] consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos [...] el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos *status sociales*<sup>23</sup>.

Los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas, las necesidades, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Como lo sostiene Luis Prieto Sanchís, citando a Sadursky:

[...] dicho de otro modo, las ventajas o intereses, que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es *obviamente desigual*<sup>24</sup>.

Resulta claro entonces que cuando se diseñaron los mecanismos para responder a la pregunta ¿quién puede exigir derechos?, el fundamento no fue tomando en cuenta un contexto de desigualdad social sino más bien de igualdad formal. Por este motivo, ahora resulta tan difícil comprender que las personas pueden comparecer a nombre de otras para exigir derechos que les corresponden a todas.

La evolución a nivel de derecho procesal comparado ha tomado en cuenta este tipo de dificultades, haciendo hincapié en la necesidad de

23 Bobbio, Norberto, *La era de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 109 y 114, citado por Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p 16.

24 W. Sadursky, "Economic Rights and Basic Needs", en *Law, Rights and the Welfare State*, C. Sampford y D. Galligan (eds.), Croom Helm, Beckenham, 1986, citado por Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 17. El subrayado es nuestro.

adaptar el antiguo modelo de acciones individuales a nuevos retos, principalmente en lo que tiene que ver con la incidencia colectiva de las violaciones a este tipo de derechos. Acciones relativas al medio ambiente, consumidores, y las acciones de clase han abierto amplias posibilidades en esta dirección, por ejemplo, las experiencias de Estados Unidos, Argentina, y la acción civil pública brasileña son modelos claros de esta evolución<sup>25</sup>.

## 2.2. ¿Qué se puede exigir cuando se demanda derechos?

En el caso específico de derechos sociales la demanda de protección supone muchas veces remediar una omisión por parte del Estado por medio de una prestación. Por este motivo resulta importante determinar a qué se hace referencia cuando nos referimos a las prestaciones o medidas positivas derivadas de derechos sociales o lo que Ferrajoli denomina “derechos sociales a prestaciones positivas”.

Para comprender el concepto de prestaciones o medidas positivas, examinaremos, en primer lugar, el carácter de las obligaciones de los Estados con relación a los derechos, en la doctrina y en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>26</sup>.

En la doctrina se sostiene que no existen obligaciones de los Estados que corresponden a una determinada categoría de derechos; por el contrario “existen obligaciones comunes a todos los derechos humanos”<sup>27</sup>. En línea con lo dicho, se han distinguido cuatro niveles de obligaciones estatales co-

25 Véase Favella, José Ovalle (coordinador), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, 2004, Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1361>, Acceso: 10 agosto 2009.

26 Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos se basan en el principio de responsabilidad estatal. Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos incluyen una serie de *derechos* protegidos y una serie de *obligaciones* estatales, de manera que cuando un estado viola una de estas obligaciones con relación a un derecho, podrá ser considerado responsable y rendir cuentas en procesos internacionales.

27 Abramovich, Víctor y Courtis Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (compiladores), Buenos Aires, 1998, p. 304.

relativas a los derechos humanos, tanto civiles como sociales, y que consisten en: respetar, proteger, garantizar y promover<sup>28</sup>.

Los tratados internacionales de Derechos Humanos, en cambio, determinan dos obligaciones generales para proteger los derechos, que consisten en *respetar y garantizar*. La obligación de respeto es de *naturaleza negativa* ya que corresponde a un “no hacer” por parte del Estado, “una prohibición absoluta y definitiva al abuso de poder”<sup>29</sup>; mientras que la obligación de garantizar es de *naturaleza positiva* ya que requiere que los Estados adopten medidas para satisfacer el derecho en cuestión<sup>30</sup>.

Por lo tanto, los derechos de defensa o derechos a acciones negativas u omisiones se originan en la obligación de respetar los derechos<sup>31</sup>. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se sostiene que un Estado viola el deber de respetar cuando un órgano, un funcionario, una entidad pública o una persona que ostenta su carácter oficial, participa, autoriza o actúa en complicidad con actos que repercuten en el goce de los derechos protegidos<sup>32</sup>. En el caso específico de los derechos sociales, se sostiene que el deber de respetar se viola cuando por ejemplo:

[se] destruyen cultivos de subsistencia, envenenan las fuentes de agua, despiden a servidores públicos a causa de su participación en actividades sindicales, o se desentienden de protecciones laborales mínimas en los lugares de trabajo del sector público<sup>33</sup>.

Los derechos a medidas positivas, por su parte, se derivan de la obligación internacional de garantizar los derechos<sup>34</sup>. En el Derecho Internacional de

28 Esta distinción de las obligaciones fue originalmente sugerida por Henry Shue, *Basic Rights*, Princeton, 1980, citado por Víctor Abramovich y Christian Courtis, *op. cit.*, p. 289.

29 Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003, p. 176.

30 *Ibidem*, p. 177.

31 La Convención Americana de Derechos Humanos dispone en su artículo 1 que todos los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella.

32 Melish, Tara, *op. cit.*, p. 176.

33 *Ibidem*.

34 La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 1 que todos los Estados se comprometen a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos, y en el artículo 2, establece que se adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos.



los Derechos Humanos, esta obligación exige que los Estados adopten medidas para organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras por medio de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>35</sup>.

En el caso de los derechos civiles, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso *Masacre de Pueblo Bello* que el Estado no cumplió con su obligación de garantizar el derecho a la vida, por no haber tomado medidas para proteger a la población civil de ataques de grupos guerrilleros, y porque posteriormente a esos hechos, tampoco tomó medidas de investigación y sanción correspondientes<sup>36</sup>.

Esto nos demuestra que la obligación de respetar y garantizar es común tanto a derechos civiles como a sociales, los cuales no se caracterizan mediante las distinciones entre obligaciones negativas/obligaciones positivas<sup>37</sup>.

En consecuencia, dado que toda obligación es la contrapartida de un derecho y que como se ha visto, existen obligaciones del Estado tanto negativas como positivas para garantizar y respetar tanto a derechos civiles como sociales, se colige que todas las personas pueden exigir medidas –en sentido positivo– u omisiones –en sentido negativo– para satisfacer cualquiera de sus derechos. Como lo sostiene el tratadista alemán Robert Alexy:

[...] de acuerdo a la interpretación liberal clásica, los derechos fundamentales están destinados a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público, por lo tanto son *derechos de defensa* del ciudadano frente a Estado. Los derechos de defensa son derechos a *acciones negativas* (omisiones) del Estado, mientras que su contrapartida son los derechos a *acciones positivas* del Estado<sup>38</sup>.

35 Melish, Tara, *op. cit.*, p. 177.

36 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 119 y ss.

37 Respecto a las obligaciones comunes de respeto y garantía tanto para derechos civiles como sociales, véase Stephen Colmes y Cass R. Sunstein, “The cost of rights: why liberty depends on taxes”, en *International Human Rights in context, Law, Politics, Morals*, Henry J. Steiner y Philip Alston (comps.), Nueva York, 2000, pp. 260 y ss.

38 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997, p. 419.

Para Robert Alexy, el derecho a medidas positivas<sup>39</sup> implica “todo derecho a un acto positivo, es decir a una acción del Estado”<sup>40</sup>. En este sentido, Alexy manifiesta que en un concepto amplio, el derecho a medidas positivas del Estado puede ser calificado como derecho a prestaciones, por lo tanto, en adelante haremos referencia al derecho a medidas positivas indistintamente como *derecho a prestaciones en sentido amplio o derecho a medidas positivas*.

El derecho a una “acción del Estado” como lo señala Alexy, es sin duda un concepto extenso que implica que diversos actos del Estado son objeto de un derecho. Al respecto, Luis Prieto Sanchís señala que todos los derechos requieren algún género de prestación estatal en sentido amplio, como la defensa jurídica o el diseño de procedimientos o de normas de organización, dado que todos los derechos fundamentales exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas<sup>41</sup>. La escala de medidas positivas que pueden ser objeto de un derecho, se extiende desde la protección de la persona frente a otras personas por medio de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y bienes<sup>42</sup>.

De esto se deriva que las medidas positivas, en tanto implican el derecho a un “acto del Estado”, pueden ser de diversa índole, de ahí que sea necesario establecer una clasificación, acogiéndonos a la división hecha por Robert Alexy en este mismo sentido, y que está integrada por cuatro grupos: a) derecho a medidas de protección, b) derecho a medidas normativas, c) derecho a medidas de organización y procedimiento, y d) derechos prestacionales en estricto sentido<sup>43</sup>.

39 Se utilizará la frase *medidas positivas* en lugar de la frase utilizada por Alexy “*acciones positivas*”, para que no se confunda el sentido de la frase utilizada en esta investigación con la característica procesal del término acción. El subrayado es nuestro.

40 Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 427.

41 Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 15, Internet: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_22\\_007.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf). Acceso: 6 diciembre 2008.

42 Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 427.

43 *Ibidem*, pp. 435-482. Existe un sinnúmero de clasificaciones del derecho a medidas positivas como contrapartida a la obligación de garantizar. En la clasificación que haremos en este apartado intentaremos introducir el contenido de otras clasificaciones para ejemplificar mejor las medidas. En la división hecha por Alexy, la clasificación de derecho a medidas de protección se incluye al derecho a medidas normativas, sin embargo, para los fines del presente estudio, hemos fragmentado a esta subclasificación en derecho a medidas de protección y derecho a medidas normativas, en consideración a una mejor comprensión de la clasificación hecha por el autor.

Las medidas de protección consisten entre otras, en la implementación de recursos judiciales específicos para tutelar derechos sociales. Las medidas normativas constituyen en la promulgación de normas que protejan estos derechos; y las medidas de organización y procedimiento implican la obligación de implementar políticas públicas y relevar información. Finalmente, las prestaciones en estricto sentido son aquellas cuyo contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello.

Resulta claro entonces que cuando demandamos la protección de derechos estamos exigiendo omisiones o acciones en un sentido amplio. Sin embargo, estas acciones no son iguales ni de una única naturaleza. Las medidas positivas o prestaciones por parte del Estado son de diversa índole y corresponden tanto a los derechos civiles como a los sociales, excepto las prestaciones en sentido estricto.

### 3. Los problemas de las prestaciones en sentido estricto

Cuando hacíamos referencia, al inicio de este ensayo, a que actualmente alrededor del mundo millones de personas son excluidas por su situación de pobreza y marginación, mencionábamos que es necesario que existan mecanismos para que esas personas exijan judicialmente el goce de los derechos de los cuales sistemáticamente son excluidas. Las prestaciones en sentido estricto, como veremos más adelante, son justamente la clase de medidas vinculadas a situaciones de desigualdad material en la asignación de bienes o recursos y cuya exigibilidad plantea problemas concretos a las juezas y jueces<sup>44</sup>.

Luis Prieto Sanchís manifiesta que cuando se habla de prestaciones en sentido estricto se hace referencia a bienes o servicios económicamente evaluables como subsidios de enfermedad, vejez, sanidad, educación o vivienda. Este tratadista señala que desde la perspectiva de la teoría del derecho y de la dogmática constitucional, el carácter prestacional en estricto sentido de los derechos sociales es uno de sus rasgos más frecuentemente subrayados, porque desde el punto de vista jurídico, es el criterio que genera más polémica

<sup>44</sup> Contreras Peláez, Francisco, *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21, citado por Abramovich Víctor y Christian Courtis, *op. cit.*, p. 287.

de los derechos sociales, pues establece la obligación de dar o hacer bienes o servicios económicamente evaluables<sup>45</sup>. Sin embargo, es imperioso realizar ciertas precisiones al respecto.

En primer lugar, es necesario enfatizar que algunos derechos sociales, como el derecho a la huelga o la libertad sindical, se separan del esquema indicado porque la intervención pública que suponen no se traduce en una prestación en sentido estricto, por lo tanto, no puede decirse que las prestaciones en estricto sentido sean el criterio definidor de todos los derechos sociales. A su vez, existen derechos sociales que requieren algún género de intervención pública pero que no pueden calificarse propiamente de prestaciones en estricto sentido, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual, como en el caso del derecho al trabajo: la imposición de un salario mínimo o las vacaciones anuales<sup>46</sup>.

Robert Alexy define el derecho a prestaciones en estricto sentido como el derecho a algo que el titular del derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas<sup>47</sup>. Luis Prieto Sanchís coincide con la definición de Alexy y sostiene que las prestaciones en sentido estricto son aquellas cuyo contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello<sup>48</sup>.

Al respecto, Miguel Carbonell sostiene lo siguiente:

Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios), constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera<sup>49</sup>.

45 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 14.

46 *Ibidem*, p. 15.

47 Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 482.

48 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 15.

49 Carbonell, Miguel, *La garantía de los derechos sociales*, p. 192.

Por su parte, Böckenförde, citado por Prieto Sanchís, mantiene:

[...] si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización<sup>50</sup>.

Las prestaciones en sentido estricto, por lo tanto, se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada<sup>51</sup>. Las prestaciones en sentido estricto “sirven siempre a una finalidad de igualdad fáctica”<sup>52</sup>.

Las prestaciones en sentido abstracto, sin embargo, no son obligaciones *determinables en abstracto*, es decir, que su contenido obligacional es indeterminado, pues se señala *el dar o hacer bienes o servicios*, y al mismo tiempo, condiciona la atribución de esta prestación a *si el titular no tuviera los medios suficientes*. Esto nos lleva a hacernos dos preguntas: ¿qué bienes o servicios tendría que dar el Estado para garantizar un derecho? y ¿cuándo puede decirse el titular de un derecho no tiene los medios suficientes para proveerse esos bienes o servicios?

Esta suerte de indeterminación que gira en torno de las prestaciones fomentó el problema de su exigibilidad judicial, en la medida en que se considera a este tipo de prestaciones como principios del accionar político y no obligaciones exigibles judicialmente. Como bien lo señala Prieto Sanchís:

Creo que existe una cierta conciencia de que los derechos sociales en general y muy particularmente los *derechos prestacionales* o no son auténticos derechos fundamentales, representando una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. [La] filosofía

50 E. W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 74., citado por Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 18.

51 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 17.

52 *Ibidem*, p. 18.

política dominante, que concibe a estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios [...] Consecuentemente, de otro lado, en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal, los derechos prestacionales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos, desde luego, de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales<sup>53</sup>.

A continuación abordaremos dos problemas importantes de las prestaciones en sentido estricto relacionados con su revisión judicial: su realización como contenido de una política pública y la indeterminación de la obligación estatal que suponen.

### 3.1. El problema de las políticas públicas

Las prestaciones en sentido estricto pueden ser medidas tomadas para garantizar un derecho social como parte de la ejecución de una política pública. Así por ejemplo, en el caso de la educación, la erogación presupuestaria destinada cada año a construir escuelas, es parte de una planificación administrativa de la Función Ejecutiva para garantizar el derecho a la educación.

Imaginemos un caso en el cual la administración pública no prevé una asignación presupuestaria para construir escuelas en una determinada zona rural. En dicha zona existen varios niños y niñas quienes no pueden acudir a una institución educativa pública ni privada en virtud de que no cuentan con los medios financieros para acceder a una escuela privada y la distancia geográfica es una barrera para acceder a una escuela pública.

Esta desigualdad fáctica de estos niños y niñas en relación con quienes viven en zonas donde existen escuelas así como en relación con quienes tienen dinero para pagarla, lesiona su derecho a la educación básica, puesto que no pueden acceder a ella.

Por lo tanto, la no construcción de una escuela en esta zona afecta el derecho a acceder a la educación, una manera de garantizarlo sería por medio de una prestación en sentido estricto, es decir mediante la construcción de la escuela. Desde esta posición, podemos afirmar que los niños y niñas, ba-

<sup>53</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 37.

sándose en su derecho a la educación, pueden exigir a la autoridad judicial que revise la decisión de construir la escuela.

Sin embargo, como señalamos previamente, la construcción de escuelas es un tema de la administración ligado con el presupuesto y las políticas públicas. El presupuesto y las políticas de Estado, como lo sostiene Abramovich, han sido tradicionalmente considerados temas no susceptibles de revisión judicial. Este autor denomina a esta tendencia la autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas:

[...] cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, [...] los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema<sup>54</sup>.

Prieto Sanchís sostiene que esta dificultad consiste en que al ser las prestaciones en sentido estricto bienes o servicios económicamente evaluables, suponen una relación directa con el presupuesto estatal y las políticas de Estado para hacer efectivos derechos sociales. Es decir que requieren de un amplio entramado organizativo, el diseño de servicios públicos, el desarrollo de procedimientos y, sobre todo, el empleo de grandes medios financieros, que implican la adopción de decisiones típicamente políticas, que en el marco de la separación de poderes, parecen excluidas del ámbito jurisdiccional<sup>55</sup>.

Por lo tanto, como lo expresa Luis Prieto Sanchís, el problema reside en determinar quién es el sujeto competente para configurar de modo concreto lo que en la Constitución aparece en abstracto, si dicha tarea corresponde sólo al legislador y a la Administración o si, por el contrario, la jurisdicción y especialmente la jurisdicción constitucional goza también de alguna competencia en esta materia. Admitir que las prestaciones en sentido estricto como concreciones de los derechos sociales son competencia exclusiva del legislador y del ejecutivo, sería aceptar, como lo sostiene Prieto Sanchís, que los derechos prestacionales carecen de toda dimensión subjetiva, es decir, no serían propiamente derechos<sup>56</sup>.

54 Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *op. cit.*, p. 127.

55 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p 48.

56 *Ibidem*, p. 48.

En este sentido, como lo establece el jurista colombiano Rodolfo Arango, si bien en el cumplimiento del objeto de los derechos sociales entra en juego la libertad de otros poderes del Estado, esto no significa que en el caso de su inactividad, no exista un derecho fundamental a ser protegido<sup>57</sup>. Además, se debe recordar que la exigencia de una prestación en sentido estricto supone la protección del derecho a la igualdad material o sustancial, en la medida en que busca solucionar una desigualdad de hecho.

Consecuentemente, podemos señalar que en razón de que las prestaciones en sentido estricto son una medida para garantizar el ejercicio de un derecho, la forma en que éstas se ejecutan o su omisión es susceptible de revisión judicial, y por lo tanto, no cabe sostener que son solamente competencia del legislador o de la administración por ser temas de presupuesto y de política pública.

De esta forma, la revisión judicial de cuestiones dejadas en manos de los órganos políticos del sistema supone que el órgano jurisdiccional asuma un rol en el cual establezca una especie de “diálogo” con los otros poderes. Este diálogo puede ser establecido en distintos grados y existen ejemplos de casos concretos en la jurisprudencia comparada<sup>58</sup>.

### 3.2. El problema de la indeterminación de la obligación estatal

Rodolfo Arango denomina a las prestaciones en sentido estricto como las “acciones fácticas positivas”, distinguiéndolas de las acciones de protección o normativas, por ser acciones materiales *indeterminadas*:

El objeto de los derechos sociales fundamentales [es] una acción material, o sea una *acción fáctica indeterminada* que se ordena para posibilitar el cumplimiento de tales derechos generales. Esto no descarta acciones normativas como medio para la realización de los derechos sociales [...] El derecho general a una acción fáctica define un estado que debe alcanzarse fácticamente<sup>59</sup>.

57 Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, 2005, p. 111.

58 Véase International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*. Comparative experiences of justiciability, Ginebra, 2008.

59 Arango, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 109-110.



Para Arango, la indeterminación consiste en que el estado fáctico al que se pretende llegar mediante las acciones fácticas, puede alcanzarse por medios diversos, es decir, que las acciones fácticas pueden cumplirse mediante diversas acciones y titulares de las obligaciones que se concreta. Esta característica, según este autor, ha llevado a muchos tratadistas a definir a los derechos sociales como simples “derechos de configuración”, “demandas de dotación”, “mandatos constitucionales” o “fines esenciales”<sup>60</sup>. En el mismo sentido, Miguel Carbonell señala que los derechos sociales postulan la necesidad de alcanzar fines, “pero dejan de alguna manera abierta las vías para lograrlos”<sup>61</sup>.

Esto significa, por ejemplo, que del derecho a la educación se deriva el derecho de toda persona a acceder a la educación básica. En el caso de una persona con deficiencias auditivas, su discapacidad supone la necesidad de un instituto educativo de educación básica que atienda sus necesidades especiales. Si la persona no tiene los medios económicos suficientes para pagar este tipo de educación en el ámbito privado, esto supone una desigualdad de hecho con relación a las demás personas que sí tienen los medios suficientes para hacerlo.

Dado que esta desigualdad fáctica no permite que la persona goce de su derecho a la educación, se genera la obligación del Estado de garantizar este derecho por medio de una prestación. Debido a que la situación exige que a la persona se beneficie de un servicio económicamente evaluable, nos encontramos frente a un caso de *prestaciones en sentido estricto*. La prestación que escoja el Estado para hacer efectivo el derecho a la educación de esta persona con discapacidad no necesariamente está determinada normativamente. El Estado podría, hipotéticamente, crear instituciones educativas públicas para personas con discapacidad o podría entregarles subsidios económicos para que puedan acudir a instituciones privadas. La forma en que el Estado ejecute su obligación prestacional, por lo tanto, *es indeterminada*, pero esto no significa que no exista un derecho a ser protegido.

Consecuentemente, es necesario recalcar que la indeterminación que estamos analizando es la *indeterminación de la obligación jurídica* para el Estado como contrapartida a un *derecho a prestaciones en sentido estricto de los derechos sociales*. Al respecto Prieto Sanchís señala:

60 *Ibidem*, pp. 111.

61 Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 193.

[...] los principios-directriz son normas programáticas [...] que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, lo que es lo mismo porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de aquellos fines: ‘realizar una política de... u orientada a..., promover las condiciones para...’ en puridad no supone establecer ninguna conducta determinada como jurídicamente debida<sup>62</sup>.

Como analizamos previamente, una de las diferencias de las prestaciones derivadas de derechos sociales, en el contexto del paradigma liberal, es que no se pueden atribuir a todos los seres humanos de manera abstracta y universal sino que se atribuyen a la persona en su específica situación social.

Esta característica, pone de manifiesto que el contenido obligacional de las prestaciones en sentido estricto no pueden establecerse *en abstracto* en la norma ya que requieren del análisis de cada caso en particular para determinar si se está frente a una prestación en sentido estricto de un derecho social. Por lo tanto, resulta lógico que el *contenido obligacional* de las prestaciones en sentido estricto sea indeterminado<sup>63</sup>.

Ahora bien, el problema de la indeterminación de las prestaciones en sentido estricto, a su vez genera un problema de interpretación judicial cuando estas prestaciones son exigidas judicialmente. En un caso concreto, podríamos ejemplificar lo aseverado de la siguiente manera. Por un lado tenemos el derecho de toda persona a la salud y la norma constitucional que establece que el Estado garantizará a toda persona que sufra enfermedades catastróficas o de alta complejidad atención especializada y gratuita<sup>64</sup>; por otro lado, existe el caso de una persona con una enfermedad grave y sin los medios financieros suficientes para costearse un tratamiento.

En ese caso, nos encontramos frente a una *obligación prestacional en sentido estricto indeterminada* puesto que solamente se establece que el Estado

62 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 47.

63 Esto no impide que se establezcan normativamente prestaciones en sentido estricto, pero estas prestaciones siempre estarán redactadas de manera que atiendan a una *desigualdad de hecho*, así por ejemplo, el caso antes citado en el que se establece que los estudiantes de extrema pobreza recibirán subsidios específicos.

64 Constitución del Ecuador, artículos 32 y 50.

debe garantizar el derecho a la salud pero no establece ninguna conducta determinada para el Estado respecto de las personas que sufren enfermedades graves pero no catastróficas. No establece, por ejemplo, si se les debe proveer de medicinas de manera gratuita.

Por lo tanto, en el caso concreto, se presenta el siguiente problema jurídico:

- a. Existe un derecho social en la Constitución que no establece una prestación en estricto sentido, y
- b. Existe una persona que tiene una enfermedad grave pero no cuenta con los medios financieros para pagar su tratamiento, por lo tanto reclama del Estado una prestación en sentido estricto determinada: el tratamiento de salud.

No existe una respuesta determinada para solucionar el problema antes descrito, es decir, qué solución debería adoptarse si la pretensión de la persona es legítima. Al respecto, Rodolfo Arango sostiene que existen derechos sociales *prima facie* (en nuestro caso el derecho a la salud) que bajo circunstancias concretas se convierten en derechos sociales definitivos (el caso de la persona con la enfermedad grave que necesita un tratamiento específico). Sin embargo, ¿cómo la obligación *prima facie* se convierte en una obligación *definitiva* del Estado? Debemos situar el problema de la exigibilidad judicial de las prestaciones en sentido estricto de los derechos sociales, no en la estructura de este derecho en relación con la concepción clásica liberal, ni en la competencia del juez para revisar asuntos que también son competencia del legislativo y administrativo, dos aspectos que consideramos haberlos superado. El problema de la exigibilidad judicial de las prestaciones en sentido estricto es un *problema de argumentación*.

Rodolfo Arango propone, como solución al problema de argumentación, que las prestaciones en sentido abstracto de derechos sociales son determinables mediante un procedimiento imparcial que consta de tres partes: (i) establecer la omisión estatal y sus consecuencias, (ii) señalar la justificación de la omisión, y (iii) determinar la proporcionalidad entre la omisión estatal y sus consecuencias. Para demostrar la validez del procedimiento, Arango señala como ejemplo el caso de un hombre amenazado

por la ceguera, que carece de recursos financieros para costearse una operación a los ojos<sup>65</sup>.

(i) *La omisión estatal y sus consecuencias*

Arango sostiene que en un primer momento se debe demostrar que existe un supuesto de hecho, en el cual el titular del derecho eleva su exigencia como una acción fáctica positiva o una prestación en sentido estricto y demuestra su situación de necesidad. Si el Estado no atiende la necesidad, la omisión puede llevar a la vulneración del derecho.

En el caso del hombre amenazado por la ceguera, esto se traduce en que si el Estado se negara a otorgarle la prestación (operación de los ojos), las consecuencias radicarían en que perdería la vista. Por lo tanto, basaría su derecho a la salud *prima facie* en su situación de necesidad y en las consecuencias fácticas que se desencadenarían de la negativa del Estado a actuar positivamente.

(ii) *La justificación de la omisión*

Como lo sostiene Arango, la omisión estatal no es la única causa plausible de la vulneración de derechos que entra en consideración. Entonces el Estado debe demostrar que la condición suficiente de la vulneración del derecho no es su omisión, sino la omisión atribuible a un tercero. Entonces la omisión de proveerle la operación de los ojos, puede estar justificada.

(iii) *La proporcionalidad en sentido estricto entre la omisión estatal y sus consecuencias*

En este punto, las razones del titular del derecho a acciones fácticas positivas del Estado y las consideraciones que esgrime el Estado para justificar la omisión de tales prestaciones deben sopesarse considerando sus consecuencias fácticas, de forma que sea posible evitar un resultado total contradictorio con el orden jurídico entendido como un todo. Para encontrar este equilibrio,

65 Para ver la solución propuesta por Arango utilizada en este apartado, véase “La determinación del contenido de los derechos sociales fundamentales”, en Arango Rodolfo, *op. cit.*, pp. 198 y ss.

Arango sostiene que entran en consideración dos modelos para la determinación del contenido de un derecho social fundamental<sup>66</sup>.

Para los fines del presente estudio utilizaremos el “modelo del caso extremo” propuesto por Arango, el cual parte de que un trato jurídico igual a pesar de la existencia de la desigualdad fáctica, lleva a consecuencias fácticas que no pueden pesar sobre la persona y cuya existencia continua significa la vulneración de derechos fundamentales. Estas consecuencias deben determinar el criterio de diferenciación que exige un trato desigual definitivo.

Las condiciones de este modelo, son las siguientes:

- (i) La existencia de una desigualdad fáctica entre la persona afectada y otros grupos de destinatarios jurídicos, que lleva a la exclusión social del primero. Es decir, que la persona pertenece a un grupo social tratado fácticamente de un modo desigual (personas inválidas o ancianas por ejemplo) y esto la define como titular del derecho. Para Arango, la desigualdad fáctica debe ser justificada de modo empírico, por ejemplo, por medio de una investigación de la pobreza. Además, la situación de desigualdad fáctica tiene que percibirse como una situación de exclusión social.
- (ii) La situación de necesidad debe ser tan urgente que un derecho fundamental de la persona afectada se pone en peligro. Es decir, se debe manifestar la urgencia de la situación de desigualdad fáctica. La urgencia se demuestra por medio de las consecuencias de la situación de necesidad para la persona, por ejemplo una amenaza a la vida o la puesta en peligro de la salud. Además, la situación de carencia no debe poder imputarse a la actitud abiertamente irresponsable del afectado.

Bajo estas dos condiciones, el modelo del caso extremo invierte la carga argumentativa a favor de la igualdad fáctica, puesto que presenta razones suficientes para un trato desigual. El Estado únicamente sería eximido del cumplimiento de tal obligación si tan sólo diera razones que pudieran desvirtuar la necesidad de un trato desigual.

66 El primer modelo es el “modelo general de los derechos sociales fundamentales” realizada por Robert Alexy. En cambio, el segundo modelo es el “modelo del caso extremo” propuesto por Arango. Véase Arango Rodolfo, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

En el caso de la persona amenazada por la ceguera, si el Estado se negara a otorgar una prestación (operación de los ojos) a la persona pese a su situación de urgencia (la exclusión social por carencia de medios financieros) y la consecuente amenaza a su derecho a la salud y a otros derechos como a una vida digna, constituye una razón válida y suficiente para fundamentar la exigibilidad de la acción positiva del Estado. El derecho social definitivo al tratamiento médico se justifica mediante una argumentación sistemática.

De este modo, aunque el Estado en principio, sólo tiene una obligación *prima facie* de garantizar el derecho a la salud, cuando se dan las circunstancias concretas examinadas, tal obligación se torna en definitiva, debiéndose actuar fáctica y positivamente. Esta es una obligación definitiva, a la que le corresponde un derecho definitivo. Las consecuencias fácticas del no reconocimiento de la posición jurídica del demandante son inaceptables y no imputables a la persona afectada. Todas estas razones hablan a favor de que en el caso mencionado se reconozca y garantice un derecho fundamental definitivo al tratamiento médico que se requiere para no perder la vista.

En conclusión, el problema que establece la indeterminación de la obligación estatal que presentan las prestaciones en estricto sentido, puede solucionarse por medio de un ejercicio argumentativo que supone tres momentos. El primero, debe establecerse la necesidad de la persona y en qué consiste la omisión de la prestación y sus consecuencias; en segundo lugar, señalar cuál es la posible justificación de la omisión, y finalmente, examinar la proporcionalidad entre la necesidad de la medida, las consecuencias de su omisión y su posible justificación. Este examen de proporcionalidad, a su vez, plantea dos condiciones: la demostración de la desigualdad fáctica de la persona que lo lleva a una situación de exclusión social, y por otro lado, la manifestación de la urgencia de la necesidad de manera que se pongan en peligro derechos fundamentales. Mediante este procedimiento, un derecho social *indeterminado prima facie* se convierte en un caso concreto, en un derecho social *determinado*.

#### 4. La acción de protección ¿protege a los derechos sociales?

Una vez que hemos revisado los fundamentos de los problemas de la justiciabilidad de los derechos sociales y sus posibles soluciones, contamos con los elementos que nos ayudarán a determinar si el diseño normativo de la acción de protección consagrada en la Constitución ecuatoriana puede ser un hito en la protección de estos derechos.

La acción de protección es el mecanismo jurisdiccional destinado a tutelar los derechos y libertades que escapan a la protección judicial de otras garantías específicas<sup>67</sup> y es equiparable a la acción de tutela o amparo en el derecho comparado latinoamericano<sup>68</sup>. Esta acción es, por lo tanto, un mecanismo para hacer efectivo un derecho en el ámbito de la Función Judicial. Para analizar los fundamentos y requisitos que deben configurar a esta acción debemos remitirnos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la Constitución ecuatoriana vigente.

La Convención Americana declara que toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a un *recurso efectivo* ante los jueces competentes que la ampare contra actos que violen cualesquiera de sus derechos fundamentales<sup>69</sup>. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas ha establecido que existen obligaciones inmediatas para proteger a los derechos sociales, entre ellas la de implementar recursos administrativos o judiciales específicos para tutelarlos<sup>70</sup>. La obligación del Estado de proveer recursos judiciales y el derecho de las personas a exigirlo, consecuentemente, no se limita a un solo tipo de derechos sino que incluye a los derechos sociales.

67 Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 371.

68 Así en Argentina se la conoce como “acción de amparo” (artículo 43 de la Constitución), en Brasil toma el nombre de “mandamiento de injunción” (artículo 5 de la Constitución), en México es la “acción de amparo” (artículo 103 de la Constitución), en Venezuela se la conoce como “acción de protección” (artículo 20 de la Constitución).

69 La Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 25 y 1(1), establece el derecho de toda persona a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo que la proteja contra toda vulneración de sus derechos fundamentales.

70 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1990, párr. 4 y 5.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ya se ha destacado que un obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos sociales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela puesto que “las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, tradicionalmente, para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos”<sup>71</sup>.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mantiene que la falta de recursos adecuados y efectivos en el orden jurídico interno de los Estados para tutelar los derechos sociales vulnera las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceder a tales recursos, y que en definitiva, establecen el derecho del titular de un derecho a tener una acción para su tutela<sup>72</sup>. Es por esto por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Damião Ximenes Lopes* subrayó en la necesidad de garantizar recursos efectivos para controlar la situación en que se encuentran aquellas personas internadas en centros de salud. En su fallo, la Corte coincidió con la Comisión al postular:

La Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad [...] Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes<sup>73</sup>.

Sin embargo, ¿cuándo una acción judicial es efectiva para proteger derechos sociales? De acuerdo con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es posible determinar el concepto de “efectividad” por medio de dos características. La primera es la vinculada con la idoneidad de

71 Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.129, 2007, párr. 235.

72 *Ibidem*, párr. 236.

73 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 99.



la acción, lo cual supone que debe “permitir establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”<sup>74</sup>, y la segunda es la posibilidad de obtener el resultado previsto para lo cual fue concebida, es decir, su capacidad de “dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos”<sup>75</sup>.

Se desprende entonces que un recurso efectivo para proteger derechos sociales es aquel que es idóneo para determinar si hubo una violación a este tipo de derechos y que a su vez permite dar una solución adecuada a este tipo de vulneraciones. Sin embargo, esta afirmación requiere una precisión previa. Si resulta claro que una acción efectiva es aquella que es idónea para identificar vulneraciones a derechos sociales y remediarlas, entonces debemos tener claro cómo se configuran las violaciones a los derechos sociales. De acuerdo con lo analizado hasta ahora sobre la naturaleza de los derechos sociales, podemos señalar que las violaciones a estos derechos tienen dos características, que sin excluir a otras, se presentan de manera generalizada. Por un lado, son afectaciones a grupos o colectivos más o menos determinados, generalmente sectores sociales excluidos, y por otro lado, las demandas vinculadas con derechos sociales exigen prestaciones o medidas positivas para remediar su violación.

Respecto a lo primero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva cuya vulneración exige también remedios de naturaleza colectiva puesto que la titularidad del derecho corresponde a un sujeto plural<sup>76</sup>. Así por ejemplo, cuando existe una restricción al ejercicio del derecho a la seguridad social porque el servicio no ampara a los trabajadores informales, ciertamente se podría interponer un recurso de manera individual, pero la violación se concreta en una pluralidad de individuos que son sistemáticamente excluidos del ejercicio de este derecho. En casos como éste, a fin de reclamar protección judicial, es preciso que alguien pueda invocar la afectación grupal y no únicamente la individual, de modo que se pueda reclamar un remedio de carácter colectivo y no uno que se agote únicamente en el alcance individual.

74 *Ibidem*, Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000, párr. 102.

75 *Ibidem*, Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 164.

76 Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, op. cit., párr. 268.

Con relación a la segunda característica común a las violaciones de derechos sociales que las configura como demandas de prestaciones, analizamos a profundidad cómo la exigencia de estos derechos está vinculada con exigir una *acción* por parte del Estado. En el mismo ejemplo anterior, si a una persona le han negado el derecho a la seguridad social, al reclamarlo, evidentemente está exigiendo que el Estado le provea un servicio, lo cual a su vez supone, una erogación de dinero y la creación de un sistema que pueda hacer efectivo este derecho, es decir, exige una serie de medidas positivas por parte del Estado.

Regresemos otra vez a la pregunta ¿cuándo una acción judicial es efectiva para remediar las violaciones a derechos sociales? De acuerdo con lo examinado, para que una acción judicial pueda reivindicar estos derechos debe prever la posibilidad de que se exijan de manera individual o colectiva y que su remediación pueda reparar omisiones de carácter prestacional. De acuerdo con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos estas características convertirían a la acción de protección en un recurso judicial *efectivo* para proteger derechos sociales.

En el contexto de la normatividad ecuatoriana, la Constitución señala que la acción de protección “tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de *los derechos reconocidos en la Constitución*, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales (...)”<sup>77</sup>. A primera vista, parece claro que la acción de protección protege a todos los derechos incluidos los sociales, sin embargo, existen otras normas que permiten llegar a la misma conclusión.

En primer lugar, la Constitución reconoce, como principio de aplicación de los derechos, que todos los derechos son justiciables y de igual jerarquía<sup>78</sup>, con lo cual impone un lineamiento claro que termina con la discusión de que existen categorías distintas de derechos y que unos son más exigibles que otros. En segundo lugar, los legisladores constitucionales crearon una nueva clasificación de los derechos para posicionar una nueva cultura respecto a la exigibilidad de los derechos sociales llamándolos ahora “del buen vivir”, los cuales además constan en primer lugar en el catálogo constitucional antes que los civiles y políticos y que ahora son llamados “derechos de libertad”.

77 Constitución del Ecuador, artículo 88. El subrayado es nuestro.

78 *Ibidem*, artículo 11 (3) y (6).

Finalmente, la Constitución, en línea con las doctrinas que establecen que las políticas públicas son medios para hacer efectivos los derechos sociales, reconoce a las políticas sociales como garantía de los derechos y establece que éstas podrán ser demandadas judicialmente, mediante la acción de protección, cuando vulneren derechos<sup>79</sup>.

Todas estas disposiciones y cambios normativos demuestran que la Constitución vigente pretende generar un enfoque garantista de todos los derechos sociales. Ahora bien, analicemos si el diseño normativo constitucional responde a los requerimientos de efectividad de acuerdo con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En primer lugar, respecto de la posibilidad de que los derechos sociales puedan ser exigidos colectivamente, la Constitución señala como principio de aplicación de los derechos, que todos los derechos se podrán *ejercer, promover y exigir* de forma individual o *colectiva* ante las autoridades competentes<sup>80</sup>. Por otra parte, en la sección constitucional en la que se detallan específicamente las disposiciones comunes a la tramitación de toda acción constitucional, se señala que cualquier persona, *grupo de personas*, comunidad, pueblo, o nacionalidad podrá interponer acciones constitucionales, entre ellas la acción de protección. Consecuentemente, la Constitución prevé la posibilidad de que los derechos sociales puedan ser exigidos de manera colectiva.

En segundo lugar, una acción que ampara a los derechos sociales debe permitir que la jueza o juez pueda dar remedios efectivos a demandas de carácter prestacional. Al respecto, en la Constitución se establece que en caso de constatarse la vulneración de derechos, la jueza o juez no sólo deberá declararla, sino también ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar, las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deben cumplirse<sup>81</sup>.

La innovación del diseño constitucional al determinar que se debe ordenar la reparación integral, está inspirada en la práctica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, basada en la obligación del Estado de reparar la infracción de sus obligaciones internacionales. Las medidas de reparación

79 *Ibidem*, artículos 85 y 88.

80 *Ibidem*, artículo 11 (1).

81 *Ibidem*, artículo 88 (3).

ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos buscan la remediación integral de las consecuencias que la violación produjo. Las medidas de reparación, en el ámbito interamericano, comprenden tanto aquellas que buscan garantizar que los hechos no se repitan (garantías de no repetición) como aquellas que buscan indemnizar económicamente los daños materiales y morales (medidas de compensación).

La reparación integral comprende, en primer lugar, la plena restitución de los derechos violados (*restitutio in integrum*), que se obtiene con el restablecimiento de la situación anterior a la violación, cuando ello es posible, adecuado y suficiente. En la mayoría de casos la restitución ha sido imposible, debido a que las víctimas habían sido desaparecidas, ejecutadas o torturadas. La reparación integral se logra, entonces, con medidas que brinden a las víctimas una *satisfacción* más allá de lo económico, como el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, los pedidos de disculpas, los actos de desagravio, las becas de estudio; así como con medidas orientadas a *evitar la repetición* en el futuro de hechos de esa naturaleza (cambios legislativos, investigación y sanción de los responsables de los hechos, educación en derechos humanos de funcionarios estatales, implementación de un registro de detenidos, entre otras). La reparación integral incluye también el pago de una indemnización que la Corte ha otorgado como *medida de compensación económica* del dolor sufrido, de los perjuicios patrimoniales generados y de los gastos realizados como consecuencia de las violaciones y la búsqueda de amparo de los derechos<sup>82</sup>.

La adopción de este concepto de reparación de la práctica internacional, pretende brindar a las personas víctimas de violaciones de derechos humanos un mecanismo constitucional, y por lo tanto, interno, que remedie la vulneración de sus derechos y además, la jueza o juez siempre debe ordenar la reparación integral por medio de la individualización de las medidas y de los encargados de cumplirlas.

En el contexto de los derechos sociales, como analizamos previamente, las demandas frente a violaciones o posibles violaciones de derechos están vinculadas con una prestación en sentido estricto, lo cual supone, que una jueza

82 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, 2004, Internet: <http://www.cejil.org/gacetas/22Gaceta%20Rep%20final.pdf>. Acceso: 20 agosto 2009.

o juez ingrese en un ámbito dejado en manos principalmente del Poder Ejecutivo, y además, que adopte mecanismos de interpretación y argumentación jurídica que resuelvan casos concretos. Esto sin duda, genera un cambio profundo en el papel del juzgador en el escenario de un conflicto judicial puesto que le insta a participar de manera activa con otras autoridades y a adoptar soluciones creativas. La reparación integral en este contexto, tal como está plasmada en el texto constitucional, se convierte en una norma que pone las bases en donde deben descansar los jueces para ese cambio de rol, puesto que la Constitución determina explícitamente que en todos los casos de vulneración de derechos, la jueza o juez debe especificar e individualizar las acciones positivas para reparar dichas violaciones y además debe determinar quiénes serán los sujetos encargados de cumplirlas, y bajo qué circunstancias, es decir, debe indicar en qué tiempo y de qué modo la reparación será llevada a cabo.

Resulta por lo tanto alentador, que el diseño normativo de la acción de protección en la Constitución responde tanto a los requerimientos teóricos como a los establecidos en el Derecho Internacional para que se convierta en una acción efectiva para proteger derechos sociales.

Ahora bien, resulta imperioso recordar que en la práctica, la tendencia ha sido más bien restrictiva en cuanto a proteger derechos sociales. Existen varios casos en los cuales la justicia constitucional ha fallado en su obligación de proteger derechos sociales y que están vinculados con la legitimación y la reparación, elementos a los que nos hemos referido como esenciales para que se puedan proteger derechos sociales.

A manera de ejemplo, podemos recordar que en el año 1999, el secretario general del Sindicato Único de Trabajadores (en representación de 14 000 trabajadores de la salud), propuso un amparo constitucional en el que se cuestionaba la constitucionalidad de las reducciones en el Presupuesto de 1999 en perjuicio del sector de la salud. En 1998, la asignación presupuestaria para salud equivalía al 4,09% del presupuesto total, mientras que en 1999 la asignación correspondía al 3,81% del presupuesto, es decir disminuyó. El Tribunal Constitucional negó el amparo argumentando que el Presidente y el Congreso habían cumplido con sus obligaciones constitucionales de procedimiento al elaborar y aprobar el Presupuesto<sup>83</sup> y, por lo tanto, al

83 Constitución del Ecuador de 1998, artículo 130 (13).

no existir violaciones a la Constitución, la aprobación del presupuesto constituía un acto legítimo y constitucional. El Tribunal no realizó un análisis del detrimento en la protección del derecho a la salud, al haberse otorgado una cantidad que constituía una medida regresiva en relación con la asignación del año anterior y dejó en claro la imposibilidad de que el Tribunal pueda remediar este tipo de situaciones<sup>84</sup>.

Asimismo, en el año 2005, la Junta de Defensa del Campesinado del Caserío Guantugsumo demandó mediante acción de amparo a la Junta Administradora de Agua Potable, encargados del servicio de agua potable en el cantón Pelileo<sup>85</sup>, por haber quitado varios medidores de agua y reclamaban su derecho a la provisión del servicio de agua potable. El Tribunal Constitucional resolvió inadmitir el amparo porque este recurso podía ser interpuesto únicamente por el perjudicado, o por intermedio de apoderado, o por medio de agente oficioso que justifique la imposibilidad del afectado. En virtud de esto, señaló que la peticionaria no era titular de los derechos que se alegaban como violados sino a quienes se les había quitado los medidores de agua, y además no había presentado un instrumento que legitime su actuación como representante de dichas personas.

En este contexto, los cambios a nivel normativo que hemos descrito pueden constituirse en la base para superar los problemas de justiciabilidad a los que los derechos sociales se han enfrentado en la práctica ecuatoriana. Para ello resulta imperioso, que juezas y jueces, así como toda persona, se apropien de las herramientas que constan en la Constitución y exploren los alcances que las normas tienen a la hora de proteger estos derechos.

## 5. Conclusiones

La consolidación del Estado Social implicó una profunda transformación de las relaciones entre Estado y sociedad. Mientras que en el liberalismo clásico ambas esferas debían mantenerse separadas, en el Estado Social estas esferas deben interpenetrarse y dependen recíprocamente una de la otra. Sin embargo, pese a esta transformación del Estado, el paradigma de la protección

<sup>84</sup> Tribunal Constitucional, Resolución No. 1118-99-RA.

<sup>85</sup> *Ibidem*, Resolución No. 0994-2005-RA.

a los derechos continúa aún en evolución. En el caso de los derechos sociales se ha sostenido que éstos no resultan coercibles ni justiciables en tanto les corresponden obligaciones de prestaciones positivas, cuya satisfacción no consiste en un *no hacer* sino en un *hacer*, y además, los mecanismos para que estas prestaciones puedan ser exigidas por grupos antes que por individuos ha tenido casi siempre la puerta cerrada.

Desde estas afirmaciones, analizamos la definición de medidas positivas, para lo cual, establecimos primero que obligación de respetar y garantizar es común tanto a derechos civiles como a sociales, los cuales no se caracterizan por medio de las distinciones entre obligaciones negativas/obligaciones positivas. En consecuencia, dado que toda obligación es la contrapartida de un derecho, todas las personas pueden exigir medidas –en sentido positivo– u omisiones –en sentido negativo– para satisfacer cualquiera de sus derechos. El derecho a exigir medidas positivas se deriva de la obligación de garantizar derechos humanos e implica el derecho a un “acto del Estado”, y que en el contexto específico de los derechos sociales, las prestaciones en estricto sentido son aquellas cuyo contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello.

La revisión judicial de los derechos a prestaciones en sentido estricto, presenta problemas concretos a la hora de su solución, especialmente, el problema de la indeterminación de la obligación estatal. Desde esta perspectiva, la solución para la justiciabilidad de los derechos sociales se encuentra entonces en encontrar los mecanismos para tutelar las demandas de prestaciones en sentido estricto antes que en afirmar que no pueden ser tuteladas.

Entonces, si miramos el proceso histórico que legitimó el diseño de los mecanismos judiciales que permiten demandar la protección a los derechos, se demuestra que estos mecanismos no fueron pensados para proteger afectaciones que surgen como consecuencia de la desigualdad en la distribución de bienes y servicios en la sociedad, y que por lo tanto, afectan a los derechos de las personas de manera colectiva; ni para otorgar a los jueces facultades que puedan remediar este tipo de problemas.

Sin embargo, la acción de protección, en línea con el enfoque garantista de nuestra actual Constitución, permite la comparecencia, y por lo tanto la exigibilidad, de los derechos de manera colectiva, y a su vez, deja la puerta

abierta para que las juezas y jueces puedan resolver esta clase de conflictos de manera creativa a por medio de la reparación integral. Dos conceptos que hasta ahora no han sido manejados en la práctica procesal ecuatoriana y que constituyen una innovación en el ámbito de la justicia constitucional.

Al inicio de este ensayo manifestábamos que la justicia está personificada en la imagen de una mujer con los ojos vendados puesto que es un símbolo que evoca la imparcialidad. Sin embargo, como hemos analizado, en el caso de los derechos sociales lo que realmente se necesita es mirar la situación en que se hallan las personas, situaciones muchas veces ligadas a un contexto de desigualdad y exclusión, y por lo tanto, de marginación a la hora de ejercer sus derechos. La acción de protección, desde esta perspectiva, es una herramienta más con la que cuentan las personas y las juezas y jueces para lograr que la justicia pueda ver lo que ha estado acostumbrada a ignorar.

## Bibliografía

### Libros

- Abregú, Martín y Christian Courtis (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- , (compiladores), *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Alston, Philip y Henry J. Steiner (compiladores), *International Human Rights in context, Law, Politics, Morals*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Atienza, Manuel y Ferrajoli Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídica



- de la Universidad Autónoma de México, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, 2005.
- Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- , (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Carbonell, Miguel y Salazar Pedro (editores), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- , (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.
- Castro Erika, Restrepo Olga y García Laura, *Historia, concepto y estructura de los derechos sociales*, Bogotá, Fondo de Investigaciones de la Universidad del Rosario, 2007.
- Favella, José Ovalle (coordinador), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, Universidad Autónoma de México, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- , *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México/Fontamara, 2001.
- Guzmán, Marco Antonio, *Los Derechos Humanos en especial los derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Quito, Editorial Universitaria, 2003.
- Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003.
- Oyarte Martínez, Rafael, *La acción de amparo constitucional*, Quito, Fundación Andrade y Asociados, 2006.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, Serie Doctrina Jurídica, 2003.

### Artículos de Revistas Jurídicas

Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, No 88, 2006.

———, La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales.

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

Gaviria, Carlos, “El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio”, en *Revista de Derecho Foro*, No. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

Landa, César, “Justicia Constitucional y Political Questions”, Tribunal Constitucional y Estado Democrático, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 22, Madrid, 1995.

Uprimny, Rodrigo y Guarnizo Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Centro de estudios Derecho, Justicia y Sociedad*.

### Instrumentos Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, R.O. 801, 6 agosto 1984.

Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.

Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los derechos

- económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe, 1998.
- Directrices de Maastricht sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1997.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, R.O. 101, 24 enero de 1969.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, R.O. 101, 24 enero 1969.
- Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1986.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Protocolo de San Salvador”, R.O. 175, 23 abril 1993.

### Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes*, Sentencia de 4 de julio de 2006.
- , *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006.
- , *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia de 18 de agosto de 2000.
- , *Caso Durand y Ugarte*, Sentencia de 16 de agosto de 2000.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.129, 2007.
- , Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos sociales y culturales, OEA/Ser/L/V/II.129, 2007.

### Informes de Organismos Internacionales

- Banco Interamericano de Desarrollo, *Relatoría sobre Garantías Explícitas en la implementación de los derechos económicos sociales y culturales en América Latina y el Caribe*, 2007.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, 2004.

International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability*, Ginebra, 2008.

Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, *La Ley: Clave para el Desarrollo sin Exclusiones*, Nueva York, 2008.

Tomasevski, Katarina, *Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación*, Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2001/52, 11 enero 2001.

Türk, Danilo, *Informe del Relator Especial sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/14991/17, 1991.

### **Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas**

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 1: Presentación de Informes por los Estados partes, 1989.

———, Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990.

———, Observación General No 13, El derecho a recibir educación (párrafo 2 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), 1999.

### **Normativa**

Constitución del Ecuador, R.O. 449, 20 octubre 2008.

———, R.O. 1, 11 agosto 1998.

### **Jurisprudencia ecuatoriana**

Tribunal Constitucional, Resolución No. 0994-2005-RA.

Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0140-2003-RA.

Tribunal Constitucional, Resolución No. 1118-99-RA.