
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

La protección judicial de los derechos sociales

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría
Editores



Néstor Arbo Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

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

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

Organización de las Naciones Unidas

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

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Tatiana Hidalgo Rueda
Nicole Pérez Ruales

Naciones Unidas

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

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

Corrector de estilo:

Miguel Romero Flores (09 010-3518)

ISBN: 978-9978-92-751-9

Derechos de autor: 031982

Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*

Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador

1ra. edición: octubre de 2009

Contenido

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

III. Experiencias nacionales

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

IV. La protección judicial de los derechos sociales en Ecuador

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

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

La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana

Pablo Alarcón Peña

Introducción. 1. La Constitución Política de 1998 y la protección de derechos sociales. 1.1. Principios y reglas constitucionales. 1.2. La acción de amparo constitucional como mecanismo de protección ante vulneraciones a derechos sociales. 1.2.1. Ámbito constitucional y legal. 1.2.2. Ámbito jurisprudencial. 1.2.3. Estudio de Caso: derecho a la salud. 2. La Constitución de la República del 2008 y la protección de derechos sociales. 2.1. Principios de aplicación de derechos y los obstáculos de justiciabilidad directa de los derechos sociales. 2.2. Acción de protección como mecanismo adecuado y eficaz para la protección de derechos del buen vivir. 2.2.1. Legitimación activa: Del derecho subjetivo al derecho constitucional o fundamental 2.2.2. Ámbito material: Garantía de derechos constitucionales o fundamentales. 2.3. Caso práctico: ¿cómo debería manejarse la protección del derecho a la vivienda proveniente de desalojos? 3. Conclusión.

Introducción

El reconocimiento y exigibilidad judicial de los derechos sociales, ahora llamados del buen vivir, no resulta ser un tema novedoso en el ámbito constitucional ecuatoriano. En efecto, bajo el régimen de la Constitución de 1998 ya existían las condiciones suficientes para garantizar su ejercicio. Y es que

desde el punto de vista constitucional y legal, las garantías constitucionales, si bien no eran las mejores, velaban teóricamente por la justiciabilidad de todos los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. El problema surgió en la práctica, a partir de una jurisprudencia constitucional alejada de los preceptos constitucionales y legales que regulaban la materia. Así por ejemplo, a pesar de contar con redacciones tan claras como las previstas en la Constitución de 1998 y Ley Orgánica del Control Constitucional, los jueces constitucionales, en la mayoría de casos, a partir del establecimiento de teorías restrictivas como la del *derecho subjetivo*, que no hallaba reconocimiento constitucional, consolidaron jurisprudencialmente una categoría de derechos fundamentalísimos, objeto de protección a través de la acción de amparo, y otros, que a pesar de encontrar reconocimiento constitucional, como en efecto son los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC) fueron excluidos del ámbito de protección de la garantía, precisamente por sus dimensiones colectivas, y por la dificultad de acreditar violaciones a derechos subjetivos. Pero eso no fue lo más preocupante, existieron casos dentro de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, en los que ni siquiera se hizo alusión a los obstáculos inherentes a la justiciabilidad de los derechos sociales para desechar acciones de amparo, lo que evidentemente denota un desconocimiento o simple menosprecio de la teoría jurídico-normativa que hay detrás de su justiciabilidad.

Bajo esos lineamientos, se demostrará a partir de un caso concreto, como en aplicación directa de la Constitución de 1998, era plenamente posible la protección directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; por otro lado, y como testimonio de las falencias existentes en la jurisprudencia constitucional, se expondrá un caso relacionado con derecho a la vivienda, en el que se podrá constatar cómo el órgano rector de la justicia constitucional en el Ecuador, a partir de argumentaciones exegéticas, contrarias a la Constitución y a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, privó de protección y justiciabilidad a un derecho social.

Ante esa problemática en materia de derechos sociales, surge la Constitución de la República del 2008, y a partir de la implementación expresa de principios de aplicación de derechos y de garantías jurisdiccionales de derechos humanos acordes con el modelo de Estado que rige al Ecuador, aclara

y consolida el reconocimiento y exigibilidad judicial directa de todos los derechos constitucionales, sin importar si se tratan de derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales, Culturales, Colectivos o Difusos. La razón es que bajo el régimen del Estado Constitucional, no cabe hablar de distinciones entre derechos, menos aún de generaciones, todos ellos según mandato constitucional expreso son *interdependientes, de igual jerarquía y plenamente justiciables*. Acorde con esa línea, aparece la acción de protección, garantía jurisdiccional adecuada y eficaz, encargada de velar por su justiciabilidad. De esa forma, se desecha de plano la necesidad de acreditar violaciones a derechos subjetivos, o la utilización estrategias de exigibilidad indirectas para la protección de derechos sociales.

En atención a lo dicho, y sobre la base de un estudio jurisprudencial, el presente análisis pondrá de manifiesto en su parte inicial, la forma como la jurisprudencia constitucional, al amparo de la Constitución de 1998, manejó la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, en una segunda sección, una vez constatadas las deficiencias en su exigibilidad judicial, se demostrará cómo debería protegerse el derecho a la vivienda a la luz de la Constitución vigente. Así, el fin esencial que perseguirá el presente análisis, más allá de difundir algunas de las características de la nueva acción de protección, será dotar a los jueces constitucionales y a todos quienes hacen uso diario de las garantías jurisdiccionales de los derechos humanos, de las herramientas necesarias para consolidar la exigibilidad judicial directa de los derechos que conforman el *buen vivir* previstos y garantizados en la Constitución de la República vigente.

Resta señalar que el presente estudio busca aportar sustancialmente al cambio de concepción de los operadores jurídicos frente a la justiciabilidad de los derechos sociales, que de conformidad con mandatos expresos previstos en la Constitución vigente, son directa e inmediatamente exigibles ante la justicia constitucional. A partir de ello, se demostrará como una serie de obstáculos para la justiciabilidad de los derechos sociales, no lo son más al amparo de la Constitución de la República vigente

1. La Constitución Política de 1998 y la protección de los derechos sociales

La Constitución Política de 1998, establecía de manera expresa una serie de principios y reglas atinentes a la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Así también, reconocía a la acción de amparo constitucional, como la garantía efectiva para su protección y justiciabilidad. En ese orden de ideas, y en estricto respeto a dichos mandatos constitucionales, se comprobará a continuación, cómo sí existían las condiciones, al menos suficientes, para garantizar jurisprudencialmente la justiciabilidad y protección directa de los DESC.

1.1. Principios y reglas constitucionales

A. Artículo 1 de la Constitución Política de 1998: *“El Ecuador es un estado social de derecho”*.

Lo primero que debe ser advertido es que la frase “Estado Social” no puede ni debe ser considerada como una simple muletilla retórica que dotaba de mera elegancia a la idea tradicional del derecho y del Estado. Por el contrario, dicho principio debió ser el soporte principal, sobre el cual se levantaba la organización política que regía al Ecuador en ese entonces. Así, el Estado Social debía encontrarse encaminado a realizar la justicia social y la dignidad humana, mediante la sujeción de autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de naturaleza constitucional. En efecto, el presupuesto central del Estado Social se hallaba en la interrelación entre el Estado y la sociedad, que miraba al conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real. Bajo esas circunstancias, el Estado debía adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la desigualdad social. Dicho deber Estatal, no podía reducirse únicamente a no intervenir en las libertades de las personas, por el contrario, exigía de éste una dinámica, acción para contrarrestar las desigualdades existentes y ofrecer a todos las oportunidades necesarias para superar las condiciones de necesidad. Los DESC se constituían así, en el efecto principal de la irradiación que generaba el principio del Estado Social. Precisamente por ello, su justiciabilidad debió ser una realidad

ya que los derechos sociales se fundamentan en la idea de igualdad sustancial como uno de los valores o aspectos de la justicia necesarios para la protección de la dignidad de las personas¹.

B. Por otro lado, los principios generales de aplicación de derechos previstos en la Constitución Política de 1998, garantizaban la protección y justiciabilidad de los DESC:

Artículo 3, numeral 2: [...] Son deberes primordiales del Estado: 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de las mujeres y hombres y la seguridad social.

Artículo 16: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.

Artículo 17: El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Artículo 18: Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Artículo 19: Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material².

1 García Añón, María José, “Derechos Sociales e igualdad”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso* (comps), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 79.

2 Constitución Política del Ecuador 1998. Artículo 3, numerales 2, 16, 17, 18 y 19.

De lo dicho, queda claro que en cuanto a los principios generales de aplicación de derechos se refiere, no existía razón alguna para considerar a los DESC como máximas de optimización, o derechos programáticos, por el contrario, el artículo 18 de la Constitución de 1998, junto con los demás principios en mención, garantizaban su justiciabilidad ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

1.2. La acción de amparo constitucional como mecanismo de protección ante vulneraciones a derechos sociales

En armonía con los principios señalados en líneas anteriores, y con el fin de velar por el reconocimiento y protección de los derechos previstos en la Constitución o en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, la acción de amparo constitucional aparecía como el medio efectivo para alcanzar tales objetivos. Porque desde el punto de vista constitucional y legal, la acción de amparo constitucional parecía ser el mecanismo adecuado para la protección de derechos humanos; no obstante, la misma realidad no se evidenció en la práctica jurisprudencial. En efecto, vía jurisprudencial, los jueces constitucionales hallaron la forma para alterar la naturaleza propia de la garantía, y así consolidar teorías restrictivas a la protección integral de los Derechos Humanos.

1.2.1. Ámbito de protección constitucional y legal

El ámbito de protección de la acción de amparo constitucional en el Ecuador, se encontraba previsto en los artículos 95 de la Constitución de 1998, y 46 y siguientes de la Ley Orgánica del Control Constitucional.

[...] Art. 95, inciso primero, Constitución 1998.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio interna-

cional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. Art. 46 Ley Orgánica del Control Constitucional: [...] El recurso de amparo tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador. (El subrayado es mío.)

Dos elementos saltan a la vista a partir de los preceptos constitucionales y legales citados:

1. La acción de amparo constitucional podía ser interpuesta *por cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad*;
2. La garantía debía proceder respecto a amenazas o violaciones de *cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente*.

Por consiguiente, a la luz de dichos preceptos, era evidente que la acción de amparo, a diferencia de otras garantías previstas en el derecho comparado³, no establecía limitación o diferenciación alguna con respecto a los derechos objeto de su protección. Así, la Constitución Política de 1998, en su parte dogmática, contemplaba derechos civiles (capítulo II), derechos políticos (capítulo III), derechos económicos, sociales y culturales (capítulo IV) y colectivos (capítulo V), y por tanto, todos ellos debieron ser directamente exigibles vía acción de amparo constitucional. Corroborando lo dicho, la doctrina constitucional de ese entonces señalaba: [...] “En definitiva los derechos protegidos por la acción de amparo, son todos sin importar si son civiles y políticos, económicos, sociales y culturales o de tercera generación, si son individuales, colectivos o difusos y sin tomar en cuenta si su reconocimiento tiene base constitucional, internacional, o son derechos subjetivos naturales⁴.

Es así, que desde el punto de vista Constitucional y legal, se daba por sentado que se trataba de una *actio popularis*, no se establecían trabas en

3 Constitución de la República de Colombia, Art. 86: “[...] Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales... (el subrayado es mío).

4 Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Quito, Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2006, p. 118.

cuanto a su legitimación activa, y a su vez, la garantía procedía respecto a la vulneración o amenaza de cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente. En síntesis, en uso del principio de interpretación sistemática de la Constitución, resultaba evidente que a partir del principio constitucional del Estado Social, los principios generales de aplicación de derechos y el segundo presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo constitucional, la protección y exigibilidad judicial directa de los derechos sociales no debieron encontrar obstáculo alguno.

No obstante, si bien parecía imposible concebir la posibilidad de una interpretación constitucional distinta a la efectuada en líneas anteriores, los jueces constitucionales de ese entonces, hallaron la forma para restringir la garantía, y su ámbito de protección. De esa forma los DESC, y todos aquellos derechos de dimensiones colectivas, salvo casos excepcionales, fueron excluidos del ámbito de protección de la acción de amparo constitucional. Será precisamente aquella restricción inconstitucional la que se abordará en el acápite siguiente.

1.2.2. Ámbito jurisprudencial

Como quedó de manifiesto previamente, desde el punto de vista constitucional y legal, la acción de amparo constitucional podía ser activada por cualquier persona respecto a amenazas o violaciones de cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente. Veamos qué sucedió desde el punto de vista jurisprudencial:

[...] Que, del texto constitucional y de la normativa singularizada en la Ley del Control Constitucional, se establece de manera concluyente que la acción de amparo constitucional es procedente cuando: a) existe un acto u omisión ilegítimos, en principio de autoridad pública; b) que siendo violatorios de un derecho subjetivo constitucional; c) causen o amenacen causar un daño grave e inminente en perjuicio del peticionario; es decir que dichos tres elementos descritos para la procedencia de la acción de amparo deben encontrarse presentes simultáneamente y de manera unívoca⁵. (El subrayado es mío.)

5 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resoluciones Nos. 762 – 2002 – RA, 177- 2000- TP, 0600 – 07 – RA, entre varias otras que han manejado un criterio común respecto a los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo constitucional.

Los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo citados, fueron manejados de manera uniforme por la jurisprudencia de los extintos Tribunales Constitucionales del Ecuador. Según ellos, dichos presupuestos guardaban conformidad con los preceptos previstos tanto en los artículos 95 de la Constitución Política de 1998 como con los artículos 46 y siguientes de la Ley del Control Constitucional. No obstante, a simple vista, se puede constatar lo contrario. Ni el texto constitucional ni la normativa singularizada en la Ley del Control Constitucional, establecían como segundo presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo, una violación a derechos *subjetivos constitucionales*, por el contrario, tal como quedó establecido en el acápite precedente, su ámbito de protección se concentraba en *violaciones o amenazas a cualquier derecho consagrado en la Constitución o convenio internacional vigente*. Por eso la jurisprudencia constitucional, contrariando expresamente el sentido de la Constitución y la Ley, terminó por equiparar *derechos constitucionales* con *derechos subjetivos constitucionales*. Aquello que a simple vista no parecía afectar el contenido sustancial de la acción de amparo, garantía judicial de todos los derechos humanos, terminó por restringir su ámbito de protección, y por tanto, delimitó su procedencia respecto a violaciones o amenazas a derechos fundamentalísimos, individuales y subjetivos. A partir de tal presupuesto, fueron excluidos de la garantía todos aquellos derechos de dimensiones colectivas, dentro de los cuales se encuentran los DESC. Así, los presupuestos de procedibilidad reconocidos en la Constitución de 1998 y la Ley del Control Constitucional, pasaron a un segundo plano, y no cabía hablar más de una auténtica garantía de derechos humanos. Todo ello, se tradujo en un acto violatorio *prima facie* del PIDESC⁶.

6 Una “laguna” que determina la falta de plenitud del sistema, de acuerdo con la terminología de Ferrajoli: “hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos (los derechos sociales (nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado liberal, y han permitido que el Estado social de desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como “crisis de capacidad regulativa del derecho”, citado por Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Víctor Abramovich, María José García

No sólo que el ámbito material de la acción de amparo fue restringido a partir de tal implementación jurisprudencial, sino que incluso la legitimación activa de la garantía fue completamente distorsionada. Desde el punto de vista constitucional y legal, la acción de amparo constitucional podía ser activada por *cualquier persona*, mientras que vía jurisprudencial se exigía la acreditación de una violación *subjetiva* para determinar la procedibilidad y admisibilidad de la misma. Lo dicho, fue confirmado en diversas ocasiones por parte de la jurisprudencia constitucional⁷.

Estudios estadísticos relacionados con la acción de amparo constitucional, sobre una base de gacetas constitucionales, reflejan que, en el año 2000, de los 14 amparos interpuestos, 13 fueron admitidos cuando la acción fue planteada por el titular del derecho, es decir, en base a la teoría de los derechos subjetivos constitucionales, y a penas 1, fue admitido cuando el amparo era activado por terceros o por cualquier persona. La misma realidad se evidenció en el año 2005, que de un total de 11 amparos, 10 fueron admitidos bajo la premisa de los derechos subjetivos constitucionales y 1 bajo acción popular⁸.

Así, la restricción de la legitimación activa a la demostración de violaciones a derechos subjetivos constitucionales, generó en muchas ocasiones que el Tribunal Constitucional deseche casos en que los peticionarios no presentaron instrumento que legitimara su actuación como representantes de una colectividad, pese a que se alegaban violaciones a derechos fundamentales o constitucionales como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano, y además ni siquiera se realizó un análisis respecto a la legitimidad o ilegitimidad de los actos de los demandados ni de los derechos que se invocaban como violados.

Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso (comps)*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 75.

7 Tribunal Constitucional del Ecuador: Resolución No. 035 – 2004 – RA: [...] Que el accionante interpone este amparo por sus propios derechos, ocurriendo que el acto impugnado no se dirige a su persona. La afirmación del peticionario en sentido que en calidad de abogado se encuentra patrocinando la creación de la Universidad Santo Tomás, de la ciudad de Quito no implica que el acto afecte sus derechos, sino eventualmente, a los de sus patrocinados, razón por la cual la acción presentada resulta.

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

[...] El demandante manifestó que los demandados construyeron torres de aproximadamente veinte metros de altura en las que habían instalado cuatro altoparlantes que funcionaban a toda hora, afectando a todos los habitantes del sector por el ruido ensordecedor de las propagandas a todo volumen. El Tribunal Constitucional desechó la acción sosteniendo que el demandante no era representante legitimado de una colectividad⁹.

Por su parte, la doctrina constitucional en alusión a la teoría del derecho subjetivo y su incidencia respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales ha señalado:

[...] El concepto de derecho subjetivo, que es restrictivo por depender de la demostración de la titularidad y por ser una acción eminentemente individual, se torna en una camisa de fuerza procedimental que no logra permitir que los otros derechos puedan ser justiciables... En sociedades como las nuestras, en las que la exclusión en el goce de los derechos es masiva y sistemática, todos los derechos humanos tienen dimensiones de exigencia colectiva; en estos casos la noción de derecho individual se torna inútil o hartamente imperfecta¹⁰.

Por consiguiente, en cuanto a la Constitución de 1998, ley y doctrina se refiere, todos los derechos, incluso naturales inherentes a la persona, debieron ser objeto de protección vía acción de amparo constitucional. Únicamente aquellos derechos tutelables a través de otras garantías, se encontraban excluidos del ámbito de protección de la acción de amparo. Así, a pesar de claridad de las disposiciones constitucionales, de la prevalencia de la interpretación restrictiva en derecho público, y de la interpretación más favorable en materia de derechos, existieron algunos que por obra de la jurisprudencia constitucional, fueron excluidos de esta garantía constitucional. No obstante que la Constitución de 1998 y Ley Orgánica de Control Constitucional, prohibían a cualquier autoridad exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, los jueces constitucionales, como

9 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0862 – 04 – RA, citado por Carolina Silva Portero, “Las Garantías de los Derechos”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 72.

10 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 370.

se demostró, encontraron forma para excluirlos del ámbito de protección de la garantía. Producto de aquel inconstitucional manejo jurisprudencial que provino del máximo órgano de control constitucional de ese entonces, aquellas disposiciones contempladas en instrumentos internacionales relacionados al caso y ratificados por el Ecuador, (p. ej. PIDESC), fueron diariamente omitidas y desacatadas¹¹.

Es así, que la exclusión de los derechos sociales del ámbito de protección de la acción de amparo constitucional, no provino de un conflicto de orden constitucional y legal, por el contrario, dicha restricción es plenamente atribuible a la jurisprudencia constitucional que cercenó la garantía prevista en el artículo 95 de la Constitución Política de 1998.

1.2.3. Estudio de caso: derecho a la salud

Como complemento de lo dicho en líneas anteriores, y para demostrar que en aplicación directa de la Constitución Política de 1998 y la Ley del Control Constitucional, la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales no debió encontrar obstáculo, se expondrá a continuación uno de los casos emblemáticos y excepcionales en materia de derechos sociales identificado en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. En el mismo, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional de ese entonces, se apartó de aquella inconstitucional restricción jurisprudencial vinculada a la *vulneración de derechos subjetivos* y protegió de manera efectiva y directa el derecho a la salud.

Con el fin de facilitar el análisis, se optará por exponer inicialmente los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción; posteriormente, se analizará las *ratio decidendi*¹², o argumentaciones esenciales directamente conectadas con la parte resolutive de la misma.

11 Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 na. Sesión, agenda rubro 3, párr 10.

12 Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C – 131 / 93 y C- 037/ 96, [...] define a la *ratio decidendi* como la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Citada en Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Editorial Legis, 2006, p. 218.

Resolución No. 0749 – 2003 – RA (acción de amparo constitucional interpuesta de conformidad con la Constitución Política de 1998)

A. Hechos.-

Legitimados activos: Edgar Mauricio Carpio Castro, Joffre Manuel Mendoza Intriago, Máximo Darío Abarca Runruil y Jorge Antonio Navarrete.

Legitimados pasivos: Ministerio de Salud Pública y Directora del Programa Nacional del SIDA- VIH – ITS.

A continuación se transcribirán los antecedentes previstos en la resolución materia de análisis:

Los accionantes arguyen que son personas viviendo con VIH – SIDA, con prescripciones médicas de triple terapia antirretroviral, medicamentos que sirven para inhibir la replicación del virus VIH en el cuerpo humano. Que sin dichos medicamentos, el virus se multiplicaría y corren el grave riesgo de morir. Que por no existir anteriormente el servicio público, recibían atención privada, la que tiene un costo alto, por lo que muchos enfermos no pudieron seguir con el servicio privado. A partir de ello presionaron al Estado para que garantice la salud y la vida de las personas viviendo con VIH – SIDA. Que ante la solicitud realizada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se otorgaron medidas cautelares a 153 personas y como consecuencia de ello el gobierno del Ecuador comenzó a brindar los servicios de salud en las unidades de atención y hospitales públicos del Ecuador. Que en el mes de mayo de 2003, se suspendió uno de los medicamentos y a partir del 4 de septiembre de 2003, se les da apenas un medicamento, lo que les obliga a suspender los restantes, porque se generan resistencias al organismo. Que la omisión del Ministerio de Salud, a través del Hospital Eugenio Espejo, ha violentado los artículos 23, numeral 1; 42 y 43 de la Constitución Política del Ecuador; 6, literal b) de la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH / SIDA, en concordancia con el artículo 3 del Reglamento para la atención a las personas que viven con VIH – SIDA. Que fundamentados en los artículos 95 de la Constitución y 46 de la Ley del Control Constitucional interponen acción de amparo constitucional y solicitan se disponga que inmediatamente se les conceda las medicinas de triple terapia antirretroviral, en las cantidades, dosis y frecuencia que consta en las prescripciones médicas

y que se practiquen los exámenes de Carga Viral, Conteo CD4 y CD8 y genotipo y fenotipo, para actualizar sus prescripciones médicas.

El 7 de octubre de 2003, la Jueza Duodécimo de lo Civil de Pichincha resolvió aceptar el recurso de amparo constitucional, en consideración a que los recurrentes se encuentran afectados con VIH – SIDA y se les ha dejado de suministrar las medicinas necesarias. De esa forma, se atentó contra sus derechos a la vida y a la salud, consagrados en la Constitución Política de la República.

Una vez radicada la competencia en la Tercera Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador, veamos qué señaló la sala respecto a los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo, y a su legitimidad activa:

TERCERO.- La acción de amparo contemplada en el Art. 95 de la Carta Política dice: “Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional, y que, de modo inminente amenace con causar un daño grave. En consecuencia, para que proceda el recurso de amparo constitucional es necesario: a) Que exista un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública, b) Que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente; y c) Que cause o amenace causar un daño grave, y de modo inminente. (El subrayado es mío.)

Sin duda, dicho considerando, a pesar de parecer un *obiter dicta*¹³, marca una diferencia considerable respecto a la jurisprudencia que usualmente emitía el Tribunal Constitucional del Ecuador con relación a los presupuestos de procedibilidad de la acción de amparo y en especial respecto a la protec-

13 “Aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión”, para un mayor análisis, véase, Jhoel Escudero Solíz, “El cambio de cultura jurídica en la Interpretación Constitucional”, en *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009, p. 88.

ción de derechos sociales. Es una de las pocas resoluciones, por no decir la única, que aplicó directamente los mandatos previstos en la Constitución y la ley, y no una serie de lineamientos inconstitucionales establecidos en la jurisprudencia constitucional de ese entonces. Me refiero en concreto, a la teoría del derecho subjetivo, que como bien se pudo constatar en el considerando transcrito, jamás fue tomada en cuenta para el caso concreto, por el contrario, se resalta la procedencia de la acción respecto a la amenaza o violación de cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, categoría dentro de la cual lógicamente ingresan los derechos que conforman el buen vivir.

En cuanto a las *ratio decidendi* utilizadas que denotan la exigibilidad judicial directa del derecho a la salud previsto en la Constitución, y que sin duda se generan a partir de la supresión de la teoría del derecho subjetivo, veamos lo que señaló la Tercera Sala del Tribunal Constitucional:

QUINTO.- El Estado ecuatoriano debe precautelar el derecho a la salud de los ecuatorianos, derecho consignado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Colombia en el año de 1948, en cuyo Art. XI, contempla el derecho a la preservación de la salud y el bienestar; de igual manera el Protocolo San Salvador, en su Art. 10 contempla el derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. El derecho a la salud sin perjuicio de su autonomía es parte del derecho a la vida. En efecto, “El derecho a la vida no solo permite al ser humano el ejercicio de las facultades que sean necesarias para mantener su estado vital, conservarlo, mejorarlo o dignificarlo en todos los aspectos, sino también el de impedir que se atente, amenace o viole cualquier circunstancia, pudiendo adoptar las medidas que lo aseguren o que, por lo menos, no se le ocasione la muerte” (IUDICIUM ET VITA No. 4, Primera Ed., San José, 1996). El derecho a la salud otorga a los ciudadanos la facultad para demandar que el Estado no sólo adopte las políticas, planes y programas en materia de salud general, tal como ocurre en el caso de enfermedades o epidemias sino que se obligue a crear normativa, realizar investigaciones, establecer políticas públicas, creando las entidades pertinentes y ponerlas a disposición de la población.

SEXTO.- La Carta Política, en la Sección cuarta, De la salud, establece en el Art. 42.- “El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección y el Art. 43, consigna que “Los programas y acciones de salud pública

serán gratuitos para todos. Los servicios públicos de atención médica, lo serán para las personas que los necesiten. Por ningún motivo se negará la atención de emergencia en los establecimientos públicos o privados”. Por su parte la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, publicada en R.O. No. 670 de 25 de septiembre de 2002, tiene como objetivo garantizar el acceso equitativo y universal a servicios de atención integral de salud, a través del funcionamiento de una red de servicios de gestión desconcentrada y descentralizada, entre sus principios desarrolla el de la Solidaridad para satisfacer las necesidades de salud de la población más vulnerable, con el esfuerzo y cooperación de la sociedad en su conjunto. Normativa que guarda armonía con el Código de la Salud, que en el Art. 96 dice que el Estado fomentará y promoverá la salud individual y colectiva. Dentro de esta política el Estado ecuatoriano ha creado la Dirección Nacional del Programa Nacional del Sida VIH – ITS, que tiene la obligación de suministrar las medicinas a todos los hospitales y centros de salud pública del Ecuador y el Ministerio de Salud la obligación de adquirir la medicina para ser distribuida, así lo contempla el Art. 5 literal b y g de la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH – SIDA, publicada en el R.O. No. 58 de 14 de abril del 2000, y el Art. 2 y 3 del Reglamento para las personas que viven con el VIH – SIDA, publicada en el R.O. No. 729 de 20 de diciembre de 2002; finalmente cabe precisar que el Ecuador es suscriptor de la Declaración de Compromiso de lucha contra el VIH – SIDA, instrumento que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 27 de junio del 2001, y en el que los Estados se comprometen a proporcionar tratamiento a todos los infectados (párrafo 94) y en el 2003 a establecer o fortalecer sistemas eficaces de supervisión, promoción y protección de los derechos humanos de las personas que viven con VIH – SIDA.

OCTAVO.- De lo referido y de las piezas procesales que constan del expediente, se torna evidente que por parte del Ministerio de Salud existe omisión, al no haber dado una solución inmediata, diligente y eficaz, cual es su obligación, lo que indefectiblemente ha lesionado gravemente la condición de vida de los enfermos de VIH – SIDA. El acto de autoridad viola derechos consagrados en la Constitución, y en instrumentos internacionales ratificados por el país, que forman parte de nuestra legislación interna, por mandato del Art. 163 de la Carta Suprema, como lo son los derechos sociales positivizados, que constituyen normas inmediatamente exigibles, con pleno valor jurídico y que resultan vinculantes para los poderes públicos que tienen obligaciones como sujetos pasivos; derechos también aplicables por los Tribunales como

éste, para los cuales la defensa de la persona humana es uno de los soportes básicos del desarrollo constitucional contemporáneo; más aún tratándose de este caso, en que se afecta el derecho a la vida y a la salud, que tienen conexidad el uno con el otro.

NOVENO.- En el caso, el derecho a la salud es un derecho económico *directamente exigible* por parte de los accionantes, quienes son titulares o sujetos activos de este derecho que lo han ejercido plenamente en el Hospital Eugenio Espejo, al haber recibido atención en el servicio médico y farmacéutico, y que no podía interrumpírsele por atentar directamente a su derecho humano de vivir, vivir tal vez unos meses o años más dado su contagio con el VIH – SIDA, circunstancias que no pueden ser soslayadas por el juez constitucional. De lo expuesto, podemos a manera de conclusión establecer que la omisión del Ministerio de Salud ha quebrantado el derecho fundamental a la vida y a la salud de los accionantes.

Varios aspectos positivos merecen ser resaltados a partir de dichos argumentos:

1. No se hizo alusión a la teoría del derecho subjetivo como presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo, se aplica la Constitución.
2. Se reconocen y aplican directa e inmediatamente los derechos previstos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador.
3. Los jueces constitucionales fueron capaces de interpretar el derecho a la salud y otorgarle un efecto legal dentro de un contexto jurídico. Es decir, a partir de la constatación de una omisión estatal, la Sala determina la obligación positiva del Estado a otorgar los medicamentos necesarios a los enfermos de VIH.
4. Se reconoce el principio de interdependencia o conexidad de los derechos, (a pesar de que tal principio no se encontraba establecido de forma expresa en la Constitución de 1998).
5. No se utilizan criterios de conexidad para alcanzar la justiciabilidad del derecho a la salud, por el contrario se protegen tanto el derecho a la salud como a la vida de manera independiente.
6. Más allá de la denominación o naturaleza que le dio el Tribunal Constitucional al derecho a la salud, en este caso “económico”, que sin duda

resulta polémico, e incluso contradictorio si tomamos en cuenta que la misma sala hizo alusión al principio de interdependencia de los derechos, lo importante fue que se determinó expresamente la exigibilidad judicial directa del derecho a la salud.

7. Se rompió la autorestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas.
8. Se demuestra a partir de las argumentaciones citadas, que la acción de amparo (desde el punto de vista constitucional) reunía las condiciones, al menos suficientes, para la protección de derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos negativos de la misma, veamos la parte resolutive del caso en mención:

Por las consideraciones anotadas, y en ejercicio de sus atribuciones LA TERCERA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL,

RESUELVE

- 1.- Confirmar la Resolución de la Jueza Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha; en consecuencia, se concede el amparo constitucional propuesto por señores Edgar Mauricio Carpio Castro, Joffre Manuel Mendoza Intriago, Máximo Darío Abarca Runruil y Jorge Antonio Navarrete; y,
- 2.- Devolver el expediente al inferior para los fines previstos en el Art. 55 de la Ley del Control Constitucional.- Notifíquese.

La resolución del caso *sub judice*, se inserta perfectamente dentro de la categoría de *sentencias típicas estimatorias*¹⁴, esto es, no determina la forma, el modo, efectos, o el tiempo en el que deberá cumplirse. De esa manera, todas las argumentaciones vertidas respecto a la exigibilidad judicial directa de los DESC no pasaron de ser una agradable retórica constitucional, supeditada al libre cumplimiento de la autoridad competente. Aquella falencia fue producto del modelo de Estado que regía en ese entonces, caracterizado por su

14 Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico”, en *Un Cambio ineludible: La Corte Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador*, 2007, p. 72.

carácter *administrativista y legalista*¹⁵. Lo dicho, generó efectos no sólo respecto a la estructura de las resoluciones constitucionales, caracterizadas por su falta de argumentación jurídica y estructura exegética¹⁶, sino incluso impuso límites al activismo judicial. Por otro lado, *la reparación integral*, elemento esencial e inherente a la naturaleza misma de una garantía de derechos humanos, no encontraba ni siquiera reconocimiento constitucional, como sí sucede ahora al amparo de la Constitución de la República vigente. No obstante, a pesar de la deficiencia identificada, es justo reconocer que el caso en cuestión, reviste un avance notable en cuanto a la exigibilidad judicial directa de los derechos económicos, sociales y culturales se refiere.

2. La Constitución de la República del 2008 y la protección de los derechos sociales

La Constitución de la República vigente, marca diferencias considerables y sustanciales con respecto a la Constitución de 1998. Así por ejemplo, en cuanto a garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales se refiere,

15 “Mejores garantías y más democracia, en suma, podrían ser las consignas impulsoras del programa de reforma radical necesaria para propiciar la conversión del contradictorio Estado social legislativo y administrativo en verdadero Estado Constitucional y de las actuales democracias, simplemente liberales, en auténticas democracias republicanas. Véase, Gerardo Pisarello, “El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores Garantías, más democracia”, en Víctor Abramovich, María José García Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso* (comps), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 50.

16 Lo dicho encuentra respaldo, en los resultados proporcionados por el proyecto investigativo: *La acción de amparo constitucional en el Ecuador como mecanismo efectivo de protección de derechos humanos entre 1997 y 2006, que tuvo como muestra, la Gaceta No.1 de octubre del 2000, y la Gaceta Constitucional No. 18 de marzo de 2005. A partir de ellas, se pudo constatar la evolución en las resoluciones del Tribunal constitucional, tomando como criterios, la legitimación activa y pasiva, la materia y la argumentación jurídica*. “[...] Para apreciar si en una resolución el TC existe argumentación jurídica consideremos que un juez construye derecho a partir de la doctrina, la jurisprudencia, las normas con característica de principios. Si la respuesta es “no” en cada uno de estos ítems deberemos presumir que el juzgador constitucional aplica la Constitución como si fuese la ley... La conclusión fue la siguiente: Los resultados como se podrá apreciar son dramáticos. El TC no argumenta y aplica las normas sobre derechos humanos como si fueran normas hipotéticas o legales. El juez no está creando derecho y está claudicando en su poder de controlar y definir el alcance de los derechos en casos concretos.” Véase, Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 375.

se puede constatar un avance significativo en la protección y justiciabilidad de derechos. Y es que si bien es cierto que la acción de amparo reunía las condiciones suficientes para tornar exigibles judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales, no lo es menos que una garantía de derechos humanos no puede manejarse bajo estándares mínimos, por el contrario, debe procurar el pleno ejercicio de todos los derechos constitucionales, y en caso de constatar vulneraciones, el juez debe efectuar de manera imperativa una adecuada reparación integral. Para alcanzar tales fines, la Constitución de la República vigente, partiendo del nuevo modelo de Estado que rige al Ecuador, el *Estado Constitucional de Derechos*, implementa una serie de principios de aplicación que aclaran y confirman la justiciabilidad no solo de los derechos del buen vivir, sino de todos los derechos reconocidos en la Constitución o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Como complemento de ello, la nueva Constitución trae consigo la nueva garantía jurisdiccional de los derechos humanos, sustituta de la antigua acción de amparo constitucional, *la acción de protección*. En efecto, el artículo 88 de la Constitución de la República, consagra a la nueva acción de protección, garantía jurisdiccional profundamente distinta a la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 95 de la Constitución Política de 1998. Mientras la naturaleza de la acción de amparo fue meramente cautelar, la acción de protección aparece como un proceso de conocimiento, (puede revisar el fondo del asunto controvertido) y ampliamente reparatorio. Más aún, vía acción de protección, el juez constitucional se encuentra en la obligación de declarar todas aquellas vulneraciones a derechos constitucionales que se puedan constatar en un caso concreto y garantizar una adecuada reparación integral. Aquella reparación puede abarcar medidas positivas como negativas, materiales e inmateriales, lo que convierte a esta acción, en un mecanismo constitucional realmente eficaz y adecuado para la protección de derechos constitucionales.

En virtud a lo dicho, y manejando el mismo esquema que se utilizó previamente, se procederá a identificar los principios constitucionales inherentes a la justiciabilidad de los derechos del buen vivir; en una segunda parte, se hará alusión a la acción de protección como mecanismo eficaz y adecuado ante la vulneración de derechos sociales; y finalmente, se expondrá y criticará una resolución emitida por la justicia constitucional relacionada a la exigibi-

lidad y protección del derecho a la vivienda. En esta sección, como se indicó en la parte introductoria, se demostrará como debería manejarse la exigibilidad y protección del derecho a la vivienda, bajo el régimen de la Constitución de la República vigente, y cómo los obstáculos atinentes a la justiciabilidad de los derechos sociales no encuentran sustento bajo los lineamientos de la Carta Fundamental.

2.1. Principios de aplicación de derechos y los obstáculos de exigibilidad judicial de los derechos sociales

A. El principio del Estado Constitucional de Derechos

Como quedó demostrado en líneas anteriores, el modelo de Estado que regía al Ecuador de conformidad con la Constitución Política de 1998, resultaba ser un Estado Social legalista y administrativista. Aquella concepción de Estado, respondía al modelo del Estado Liberal, y se regía esencialmente por el positivismo.

[...] La concepción propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley era el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho, esto es los derechos y la justicia a lo dispuesto por la ley. Una ciencia del derecho reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura. El Estado Constitucional está en contradicción con esa inercia mental¹⁷.

Precisamente, bajo la visión dominante en el Estado Liberal, el positivismo, el papel del operador jurídico se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas, el juez era boca de la ley. “Bajo este esquema, el juez estaba sujeto únicamente a la ley, y su función era aplicarla obligatoria-

17 Gustavo Zagrebelsky, “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, 1999, p. 33.

mente cualquiera fuese su contenido”.¹⁸ En efecto, bajo el paradigma del Estado Liberal, el Parlamento, conformado por la burguesía, era el que ejercía dominio sobre cualquier función del Estado, así vía legal se restringían derechos, se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios pasaban a un segundo plano.

Contrario a lo dicho, el artículo 1 de la Constitución de la República vigente, establece una nueva forma o modelo de Estado, profundamente distinto a aquel previsto en la Constitución Política de 1998. El Ecuador es un *Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Así, el Ecuador ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República; y la presencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, ampliamente protectoras y verdaderamente reparatorias.

[...] El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social¹⁹.

Entre los símbolos característicos del Estado Constitucional se pueden identificar los siguientes:

- a) La existencia de una Constitución rígida, que en consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria.
- b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución.
- c) Fuerza vinculante de la Constitución, que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;
- d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, ha-

18 Carolina Silva Portero, *op.cit.*, p. 64.

19 Patricio Pazmiño Freire, “Prólogo”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 11.

ciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;

e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no sólo los conflictos entre los poderes del Estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares.

f) Interpretación constitucional de las leyes;

g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se traduce en que los órganos de control constitucional puedan analizar la fundamentación política de las normas²⁰.

En definitiva, la instauración del paradigma del Estado Constitucional, trae muchas consecuencias consigo, y una de ellas, es el nuevo rol que se ve obligado a desempeñar el juez constitucional. Desde la perspectiva teórica, la decisión de la Asamblea Constituyente, implica la eliminación del Estado legislativo, el establecimiento de una verdadera “jurisdicción” constitucional, que garantice la normatividad de la Constitución y permita el ejercicio de los derechos; y la adopción de una nueva teoría del derecho que asuma la función crítica y no solamente descriptiva de lo jurídico²¹. Así mismo, desde el punto de vista político, la consecuencia más importante del Neoconstitucionalismo es el desplazamiento del protagonismo del legislativo hacia el judicial. De esa forma, el rol del juez constitucional resulta preponderante en la creación de derecho. En el Estado Constitucional, el juez termina por abandonar aquella labor pasiva – mecánica de subsunción positivista y se transforma en el garante de la democracia constitucional y de los contenidos materiales plasmados en los derechos fundamentales. Por tanto, “el activismo u omnipotencia judicial, esencia de este paradigma constitucional, se traduce en la pérdida de la autonomía legislativa”²². Así, estamos ante la presencia del *gobierno de los jueces*.

20 Ricardo Guastini, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico”; El caso italiano”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 49 – 70, citado por Juan Pablo Morales, “Democracia Sustancial: sus elementos y conflicto en la Práctica”, en Ramiro Ávila Santamaría (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 88.

21 Patricio Pazmiño Freire, *op. cit.*, p. 11.

22 Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 133.

B. Principios de Aplicación de Derechos

Como consecuencia y en armonía con el paradigma del Estado Constitucional de Derechos, la Constitución de la República establece una serie de principios de aplicación, que no hacen más que garantizar y esclarecer que todos los derechos reconocidos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, son plenamente justiciables.

Artículo 11: El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.
3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.
Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desecharse la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter re-

gresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (el subrayado es mío).

Una vez establecidos los principios de aplicación de derechos que determina la Constitución 2008 resulta necesario referirnos a una de las garantías encargada de hacerlos efectivos, esta es, la acción de protección.

2.2. La acción de protección como mecanismo adecuado y eficaz para la protección de los derechos del buen vivir

Las diferencias entre la acción de protección y la acción de amparo constitucional son contundentes y diversas. Así por ejemplo, pueden constatarse profundos cambios con relación a la legitimación activa, naturaleza, presupuestos de procedibilidad, legitimación pasiva, autoridad competente, efectos, cumplimiento de sentencias, medidas cautelares, residualidad, subsidiariedad entre otras. En razón al amplio margen de diferencias, que podrían ser objeto de un estudio completo, se optará por analizar aquellos elementos que mas allá de aportar a la comprensión de esta nueva garantía jurisdiccional, guardan relación directa con la exigibilidad judicial de los derechos del buen vivir. Es así que se analizarán dos presupuestos en concreto, legitimación activa y ámbito material de protección de esta nueva garantía jurisdiccional.

2.2.1. Legitimación activa: del derecho subjetivo al derecho constitucional o fundamental

En contraste con las restricciones implementadas por la jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional en materia de amparo, la nueva acción de protección deja de ser una garantía cerrada que permitía ser activada únicamente por el titular del derecho subjetivo. Su legitimación es abierta y permite su interposición por parte de terceros o cualquier persona *actio popularis*²³, es así

23 Constitución de la República, Artículo 86 numeral 1, [...] “Las garantías jurisdiccionales se registrarán en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.

que se convierte en una garantía compatible con el paradigma del Estado Constitucional de Derechos. “La noción de derecho subjetivo evoluciona hacia la noción de derecho fundamental y la protección civil y penal al derecho subjetivo camina hacia la protección constitucional del derecho fundamental”²⁴.

2.2.2. **Ámbito material: Garantía de derechos constitucionales o fundamentales**

Tal como se mencionó en líneas anteriores, la Constitución de la República vigente, a partir del neoconstitucionalismo, encuentra como uno de sus objetivos principales la búsqueda de un auténtico Estado garantista y protector de derechos. En esa línea se evidencia en el texto fundamental, la implementación y reconocimiento de nuevos derechos de rango constitucional. Si bien se puede constatar que la Constitución vigente no adopta la denominación tradicional que utilizaba la Constitución de 1998 para referirse a derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos, debe quedar en claro que existió una razón contundente para hacerlo. Y es que a partir del efecto que irradia uno de los principios de aplicación de derechos previsto en la Carta Fundamental, *igualdad jerárquica e interdependencia de los derechos reconocidos en la Constitución* (Art. 11.6), se rompe con aquella discriminatoria clasificación de derechos por generaciones, sustentada en relaciones de poder. Así, al amparo de la Constitución vigente, todos los derechos deben ser justiciables, independientemente de sus dimensiones individuales o colectivas, o de los antecedentes que haya tenido su exigibilidad en un determinado momento histórico.

[...] Así es: no se habla de derechos civiles, denominación muy vinculada a la tradición liberal decimonónica, sino de derechos de libertad; por otra parte, se prefiere el término “derechos de participación” para subrayar el protagonismo de los distintos sujetos en la toma de decisiones del ámbito político; asimismo, en lugar de hacer referencia a los tradicionalmente debilitados derechos sociales y económicos, se aporta la novedosa denominación de “derechos del buen vivir”, la traducción del *sumak kawsay kichwa*, que constata

²⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 370

la presencia de aportaciones de las culturas indígenas en la construcción de un proyecto de desarrollo social centrado en una mejora de las condiciones de vida que no se debe medir en términos cuantitativos sino cualitativos²⁵.

Es así, que los derechos reconocidos en la Constitución, entre los que se encuentran derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de libertad, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, son plenamente justiciables y tutelables a través de las distintas garantías jurisdiccionales allí previstas. Así, la acción de protección aparece como el mecanismo adecuado y eficaz para la protección de todos y cada uno de ellos, con excepción de aquellos tutelados por otras garantías jurisdiccionales. De esa manera, aquella polémica surgida alrededor de su justiciabilidad, ha sido en gran parte solventada con la inclusión de varios preceptos constitucionales compatibles con la normativa internacional. (Artículo 11, numerales 3, 6, 8, 9, entre otros). ¿Y por qué en gran parte? Porque será deber de los jueces constitucionales de instancia y de quienes integren el órgano rector de la Justicia Constitucional en el Ecuador, aplicar los preceptos constitucionales e internacionales de manera directa y en consecuencia, velar por la protección de los derechos del buen vivir.

Tal como lo ha señalado la doctrina extranjera, debe destacarse que hasta el momento ningún texto constitucional ha recogido de manera tan clara y directa principios que apenas han logrado aparecer en el derecho internacional de los derechos humanos hasta tiempos muy recientes y gracias al trabajo de las relatoras y relatores de las Naciones Unidas (NNUU), al Comité DESC de NNUU por medio de sus observaciones generales, o a textos como el de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) firmada por 171 países que se comprometen a desarrollar un plan para fortalecer la aplicación de los derechos humanos partiendo de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales²⁶.

25 Marco Aparicio Wilhelmi, "Derechos: Enunciación y principios de aplicación" en, *Desafíos Constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 22.

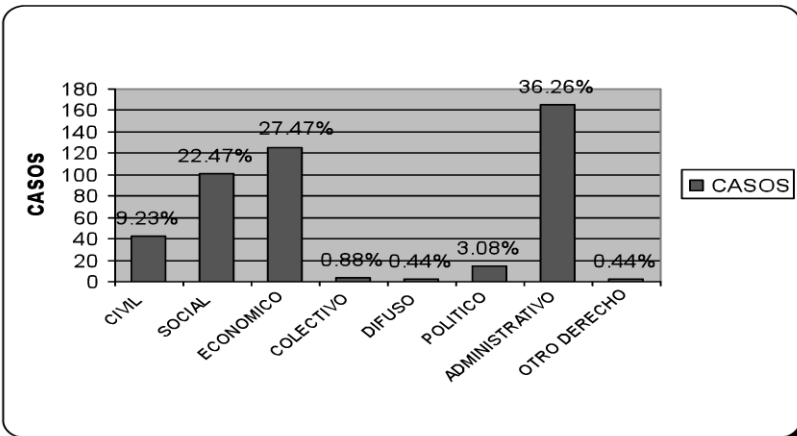
26 Marco Aparicio Wilhelmi, *op. cit.*, pp. 102 y 103.

Finalmente, cabe señalar que la acción de protección, a diferencia de la acción de amparo constitucional, más allá de ser un mecanismo idóneo para la protección de derechos violados por una autoridad pública o particulares, procede también con respecto a políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de derechos constitucionales. Aspecto que sin duda resulta trascendental para alcanzar la justiciabilidad de los derechos que integran el buen vivir.

¿Es entonces la acción de protección una garantía de derechos fundamentales o constitucionales?

La respuesta a dicha cuestión, resulta ser trascendental para establecer si la acción de protección encuentra límites o restricciones en los derechos objeto de su protección. Recordemos, que bajo el régimen del Estado de Derecho, la acción de amparo constitucional concentró su ámbito de protección en la vulneración de derechos individuales, de esa manera, la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, pasó a un segundo plano.

Amparos por tipo de derecho²⁷



27 Alex Valle Franco, “La Acción de Amparo en el Ecuador y los Derechos Fundamentales”, Tesis presentada como requisito previo para la obtención del título de Máster en Derechos Humanos y Democracia, Mención Mecanismos de Protección. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador,

Como consecuencia de ello, se construyó jurisprudencialmente, a partir de la teoría del derecho subjetivo, la mencionada categoría de “*derechos fundamentalísimos*” (derechos de primera generación), que sí podían ser justiciables directa e inmediatamente ante los tribunales de justicia.

Precisamente aquella discriminatoria concepción, que desde todo punto de vista fue restrictiva de la garantía y de los derechos, es lo que se pretende abolir con la nueva garantía jurisdiccional de derechos humanos. Ahora, de conformidad con el artículo 11 numerales 3 y 6 de la Constitución, *todos los derechos constitucionales son fundamentales y, por tanto, plenamente justiciables*, precisamente por su igualdad jerárquica e interdependencia. Así la activación de demandas en acciones de protección, no revestirán la necesidad de utilizar criterios o estrategias de conexidad, como sucede en Colombia por ejemplo, para acceder vía acción de protección, a la justiciabilidad de cualquier derecho consagrado en la Constitución, Tratado o Instrumento Internacional de Derechos Humanos.

Finalmente, conviene resumir lo dicho: las garantías al amparo de Estado Liberal de derecho respondían a derechos relacionados con la autonomía de la voluntad (véase el cuadro estadístico “Acción por tipo de derecho”), temas administrativos, laborales, mientras que las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales previstos en la Constitución vigente, *responden también* a derechos relacionados con la dignidad humana. De esta forma, y con la utilización de criterios como los señalados, *lo que se trata es de equiparar todos los derechos constitucionales o fundamentales, equiparar las relaciones de poder que cada uno de ellos por su propia na-*

Quito, 2009, Capítulo II. “Muestra de 455 acciones de amparo apeladas ante el Tribunal Constitucional entre 1997 y 2004, provenientes de una base de datos de un total de 6399 expedientes, con un margen de error mínimo de 10 %. Porcentualmente los conflictos laborales de los funcionarios públicos que son objeto de amparo ante el Tribunal Constitucional llegan al 36.36 %, a dicha variable la hemos denominado de carácter administrativo. El segundo lugar en las acciones de amparo interpuestas corresponden a violaciones a derechos económicos con el 27.4 % en tercer lugar recién encontramos a los derechos sociales con un 22.29 % y en cuarto puesto los derechos civiles con un 9.23 %. Por su lado sumando los derechos colectivos y difusos no llegan al 2 % de los casos analizados, dicha cifra es consecuente con el número de legitimarios activos pertenecientes a organizaciones no gubernamentales e indígenas que suman el 1.72 %.” Cabe señalar que los porcentajes señalados, no hacen referencia al número de amparos aceptados respecto a cada uno de los derechos en mención.

*turalaleza involucra, y así enterrar aquella práctica restrictiva que ha regido en el Ecuador respecto a la exigibilidad o justiciabilidad de derechos de dimensiones colectivas como en efecto son los derechos que integran el buen vivir. Lo que se pretende entonces, es que las garantías no sean desnaturalizadas, que sean utilizadas para la protección de todos los derechos humanos, y no tan sólo respecto a derechos individuales o subjetivos. El tratamiento indistinto entre *derechos constitucionales o fundamentales, implica entonces, el destierro de la teoría de derechos fundamentalísimos que terminó por destruir a la acción de amparo en el pasado.**

2.3. Caso práctico: ¿Cómo debería manejarse la protección del derecho a la vivienda proveniente de desalojos?

Retomando la cruda realidad que experimentó la justiciabilidad de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, y para demostrar los avances que reviste la nueva Constitución de la República en materia de derechos, se ha optado por exponer un caso concreto relacionado a vulneraciones al derecho compuesto a la vivienda proveniente de desalojos forzosos. Dicha resolución, más allá de poner de manifiesto la presencia de obstáculos en la exigibilidad judicial de los derechos del buen vivir, evidencia en concreto, un desconocimiento respecto a la determinación jurídica del contenido del derecho a la *vivienda adecuada*. Así también, refleja una inobservancia total de aquellos mandatos previstos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador. Es así, que se trata de una sentencia de estructura exegética, propia de un Estado Liberal de Derecho.

Cabe resaltar, que el presente análisis será la continuación de aquél efectuado previamente por Javier Dávalos González, en su artículo “El acceso a la Información pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales”. En dicho trabajo, Javier Dávalos expone los hechos del connotado caso “*barrio la Ronda*” que dieron lugar a la interposición de una acción de amparo respecto a vulneraciones al derecho a la vivienda. Al tiempo de la publicación de dicho artículo, no existía resolución respecto a la acción de amparo interpuesta. En atención a ello,

el presente análisis, enfocará su atención en la decisión adoptada por máximo órgano de la Justicia Constitucional ecuatoriana, y criticará cada una de las *ratio decidendi* utilizadas para denegar la acción interpuesta. Resulta necesario señalar que las argumentaciones vertidas en dicha resolución se generaron a partir de la Constitución de 1998, esto, por tratarse de una acción de amparo constitucional.

El esquema que se adoptará para el análisis subsiguiente será el mismo utilizado previamente para el caso de vulneraciones al derecho a la salud.

Resolución No. 1103 – 2007- RA

A.- Hechos:

Los accionantes son jefes de diez familias de escasos recursos que habitan un promedio de 14 años, en calidad de inquilinos, en base a diferentes contratos de arrendamiento, en un inmueble ubicado en las calles Morales 814 y Guayaquil, barrio La Ronda, que pretende ser desalojado por autoridades de la Administración Central del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y de las empresas FONSAL Y QUITOVIVIENDA, esto, con el fin de reedificarlo como parte del plan de rehabilitación y rescate de ese sector. Los accionantes sostienen que a ellos no se les ha ofrecido una alternativa real, eficaz, e idónea para su reubicación. El 31 de enero de 2007, el Director Ejecutivo del FONSAL, en oficio No. 0000591, reconoce que no posee la escritura de compraventa del inmueble debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, ni de la demanda de desahucio ante el Juez de Inquilinato, documentos que sirven de base para solicitar el desalojo del inmueble. El instrumento con el que se pretende realizar este ilegal e ilegítimo desalojo (en criterio de los accionantes) es un oficio dirigido a los inquilinos firmado por el Asesor Jurídico de la empresa QUITOVIVIENDA, donde se manifiesta que esa Institución adquirió el inmueble mencionado anteriormente, con el objetivo de mejorarlo y rehabilitarlo, para lo cual se les informa que la fecha de su desocupación es el 28 de julio de 2005, contados a partir de la firma del acuerdo entre el propietario y QUITOVIVIENDA (28 de abril de 2005), sin que exista prueba legal que habilite tal petición. La Ley de Inquilinato, es clara al disponer que el dueño dará al arrendatario un plazo de tres meses para la desocupación, si el arrendatario no fuere desahuciado en el plazo de un mes contado desde la fecha de transferencia de dominio, subsistirá el con-

trato. Este plazo debe contarse desde la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad, hasta el día que se cite con la solicitud de desahucio al inquilino. No se ha realizado una notificación adecuada de conformidad a la Ley, respecto al traspaso de dominio del inmueble, de su inscripción en el Registro de la Propiedad y menos aún de la demanda de desahucio.

En resumen, los recurrentes, sufren desde el 31 de mayo de 2005, la insistencia sistemática y repetida de desocupación del inmueble, poniendo fechas límites para el desalojo, de una forma ilegal, con simples cartas de la Empresa y sin ningún documento que acredite su propiedad y mucho menos su derecho de solicitar el desalojo. Las autoridades de QUITOVIVIENDA, han manifestado que están dispuestas a dar prioridad y preferencia a las carpetas de los accionantes para que puedan acceder a los programas de vivienda. Sin embargo, por su bajo poder adquisitivo, las familias que todavía habitan el inmueble, no pueden acceder a esta opción, comprar o alquilar alguna de esas casas es imposible en la mayoría de casos. Tal accionar vulnera los derechos constitucionales consagrados en los Arts. 16 y 32; 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 27 numeral 3 de la Convención de los Derechos del Niño; 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Observaciones Generales Nos. 3, 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU; Opinión Consultiva Oc – 11 / 90 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De concretarse las amenazas de desalojo por parte de las autoridades mencionadas, las familias de escasos recursos económicos que habitan en el inmueble, objeto de la presente disputa, corren el inminente riesgo de quedarse sin un lugar donde vivir y tener que salir a la calle, en condiciones que atentarían de manera irreparable a su dignidad humana, por ello, fundamentados en los Art. 95 de la Constitución Política; 49, 53 de la Ley del Control Constitucional, plantean acción de amparo constitucional tendiente a suspender el proceso de desalojo y expulsión de las familias que habitan en el inmueble ubicado en las calles Morales OE – 1 y Guayaquil, del barrio La Ronda, hasta que los accionados cumplan con su deber constitucional de ofrecer una alternativa eficaz e idónea para la reubicación de estas personas, en lugares que puedan pagar con los escasos recursos que tienen disponibles.

Por su parte, el Director Ejecutivo del FONSAL, señaló que no existe acto ilegítimo ya que no se ha iniciado ningún proceso de desalojo violento o de hecho de los recurrentes, tampoco se han vulnerado derechos constitucionales ni legales, por lo que, solicitó se deseche el amparo por improcedente. En el

mismo sentido, el Gerente General de la Empresa de Desarrollo Urbano de Quito ENDUQ – CEM, manifestó que no existe acto ilegítimo toda vez que se les ha planteado a los accionantes la posibilidad de acudir al Ministerio de la Vivienda con el objeto de que hagan uso del bono de vivienda; nada de lo sugerido ha sido aceptado por ellos, por lo que pidió se rechace la acción propuesta. Finalmente el delegado de la Procuraduría General del Estado, sostiene que la acción es improcedente porque se adecua a lo preceptuado en el Art. 50 numerales 3 y 6 del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional; no reúne los requisitos del Art. 95 de la Norma Suprema, entre ellos, la *inminencia*²⁸, ya que los hechos impugnados datan de 2005, por lo que solicitó se rechace la acción.

La jueza Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha, resolvió aceptar la acción de amparo constitucional propuesta. Dicha resolución fue apelada para ante el Tribunal Constitucional.

B. Ratio decidendi

El órgano rector de la justicia constitucional en el Ecuador, una vez analizadas las pretensiones de los accionantes, determina de inicio y sin mayor análisis lo siguiente:

QUINTA.- De la simple lectura de la demanda, se puede advertir con meridiana claridad que el Fondo de Salvamento del Patrimonio Cultural – FONSA, ni autoridad alguna del Municipio Metropolitano de Quito, ha emitido acto u omisión *ilegítimos* que vulnere o pueda vulnerar derecho o garantía constitucional de los recurrentes en los términos del artículo 95 de

28 Tercer presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo constitucional, uno de los elementos que confirmaba que la acción de amparo no era realmente una garantía de derechos humanos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que la inminencia “se diluye cuando han pasado más de tres meses desde la emisión del acto ilegítimo”. Véase Tribunal Constitucional del Ecuador, Primera Sala, Resolución N. 333 – RA – 01 – I.S., Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0463 – 2003. RA; Resolución No. 0487 -2003 – RA, en Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, 2005, p. 14. Citado por Javier Dávalos Gonzáles, “El acceso a la información pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales”, en *Los Derechos Sociales del acceso a la información a la justicia*. Quito, Centro de Derechos Humanos Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, p. 107.

la Constitución y 46 y siguientes de la Ley del Control Constitucional; es decir, no existe proceso de desalojo o de hecho de las familias que habitan en calidad de inquilinos el inmueble No. 814 de la calle Juan Morales, de la Ronda.

SEXTA.- Lo que existe, según se desprende del expediente, es que mediante escritura pública otorgada el 20 de Junio de 2007, ante el Notario Vigésimo Cuarto del Cantón Quito, el Fideicomiso denominado Inmuebles del Centro Histórico, instituido por la Empresa de Economía Mixta Quito Vivienda, hoy Empresa de Desarrollo Urbano Quito EMDUQ – CEM, celebró el contrato de compraventa para adquisición del inmueble No. 814 de la calle Juan Morales, sector La Ronda. La escritura de compraventa se encuentra en proceso de inscripción en el Registro de Propiedad del cantón Quito. Tal inmueble, se encuentra a punto de ser rehabilitado, como parte de la política de rehabilitación emprendida por el FONSAL en ciertos sitios de la ciudad, particularmente del centro histórico y concretamente del tradicional barrio La Ronda. Este antecedente, nos da la medida, de que una vez inscrita la mencionada escritura y por tanto, perfeccionada la adquisición del inmueble, el nuevo propietario, esto es, el Fideicomiso Inmuebles del Centro Histórico, conforme a la ley, bien podría solicitar el desahucio de los inquilinos que habitan el referido inmueble.

C. Amenazas sistemáticas de desalojo y el principio de dignidad humana

En el considerando quinto de la resolución transcrita, la Sala constitucional manifiesta que “se puede advertir con mediana claridad que el FONSAL ni autoridad alguna del Municipio Metropolitano ha emitido acto u omisión ilegítimos que vulneren o pueda vulnerar derecho o garantía constitucional de los recurrentes en los términos del artículo 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional, por ser que no ha existido proceso de desalojo o de hecho de las familias que habitan en calidad de inquilinos el inmueble No. 814 del “Barrio la Ronda”. No obstante, en el considerando Séptimo, la propia sala reconoce la existencia de una *comunicación*, en la que se advierte a los inquilinos a buscar una alternativa de vivienda, lo que denota que una vez efectuada la correspondiente transferencia del bien en el que habitan, deberán desalojarlo. Es así, que en primer lugar, debe quedar en claro que sí existió una amenaza, incluso, de las pretensiones de los

accionantes se desprende que desde el 31 de mayo de 2005, han sido objeto de una serie de insistencias sistemáticas y repetidas para que desalojen el bien en cuestión. Dicha actuación, como se demostrará mas adelante pudo haber configurado desde ya, una vulneración al derecho a una vivienda adecuada, y por consiguiente al principio de *dignidad humana*. Este último involucra entre otras cosas, un *trato humano y justo*. Así, tal como lo estableció el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Celebici, “el trato inhumano puede provenir de un acto u omisión intencional o deliberada, (como en efecto sucedió en la especie por parte de las empresas vinculadas con la Municipalidad) que causa un serio daño mental o físico, y que constituye, por ende, un ataque serio a la dignidad humana”²⁹. Aquello, no fue advertido por la sala constitucional. Segundo, se debe insistir que dichas amenazas y vulneraciones, provinieron de una *mera comunicación*, que evidentemente desde el punto de vista legal, no constituye documento habilitante para ordenar un desalojo. Por otro lado, acogiendo otra de las pretensiones de los accionantes, la Sala constitucional reconoce en su considerando SEXTO, que lo existente en el caso *sub iudice*, es una “escritura de compraventa que se encuentra en *proceso* de inscripción en el Registro de la Propiedad del Cantón Quito”. Entonces, ¿cómo se pudo señalar sin mayor análisis y en uno de los primeros considerandos de la resolución, que no existía acto u omisión ilegítimos?, acaso de conformidad con la Constitución Política de 1998, el *famoso presupuesto de “ilegitimidad”*³⁰ no se configuraba cuando el acto adolecía de competencia, contenido, causa, motivación, o procedimiento? En el caso concreto es evidente que se ha tratado de proferir un desalojo a partir de una *simple comunicación*, lo que torna al acto en *arbitrario*. Más aún,

29 Véase, Tribunal Internacional para la Ex – Yugoslavia (Trial Chamber), Caso Celebici, sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 543, citado por Sebastián Gonzáles Andrade, *La violación de los derechos sociales como forma de persecución bajo la definición de refugiado*, Quito, PUCE, 2008, p. 27.

30 Primer presupuesto de procedibilidad de la acción de amparo constitucional, causante del proceso de ordinización que sufrió la garantía en el pasado. “El Juez constitucional, en lugar de concentrar su análisis en la amenaza o violación efectiva a derechos constitucionales, se convirtió en un juez administrativista, que en primera instancia, analizaba la legitimidad o ilegitimidad de un acto u omisión de autoridad pública. La doctrina y jurisprudencia constitucional, señalaron en diversas ocasiones, que el análisis de la legitimidad del acto implicaba la constatación de elementos como la competencia, causa, objeto, motivación, procedimiento y contenido. De conformidad con la doctrina del derecho administrativo, aquellos elementos son parte de los requisitos a ser constatados

cuando los propios accionados reconocen que “no poseen la escritura de compraventa del inmueble debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, ni la demanda de desahucio ante el juez de Inquilinato, documentos que sirven de base para solicitar el desalojo del inmueble”. Por consiguiente, no sólo que existió acto ilegítimo, por tratarse de un acto que adolecía de *competencia, motivación, procedimiento, contenido y causa*, sino que incluso a partir de semejante manifestación arbitraria, proveniente de una empresa vinculada con la Municipalidad, se ha venido amenazando a los accionantes con un desalojo, el mismo que bajo los lineamientos previstos en las Observaciones Generales Nos. 4, y 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales constituye *per se* una vulneración clara respecto a la dignidad humana y derecho a la vivienda adecuada de los inquilinos³¹.

Bajo esos presupuestos, sin duda que la acción de amparo, de conformidad con la Constitución Política de 1998 y Ley del Control Constitucional, debió ser el mecanismo constitucional idóneo para evitar inicialmente, un inminente proceso de desalojo y, segundo, para reparar aquellas vulneraciones que pudieron haberse consumado respecto a los derechos de *dignidad*

para calificar si un acto administrativo adolece o no de ilegalidad. Aquella labor legal – administrativa, correspondía de conformidad al ordenamiento jurídico ecuatoriano, a la jurisdicción contencioso administrativa. Bajo esos parámetros, el juez constitucional en varios casos, dejó de cumplir su esencial labor (guardián de la juridicidad-constitucionalidad), y se convirtió en un juez contralor de la mera legalidad. La ilegitimidad del acto debió ser entendida como un efecto de violación a derechos constitucionales, y no al contrario. Con relación a la acción de protección, el constituyente suprimió el presupuesto de ilegitimidad. Dicha acción concentra su análisis en la vulneración a derechos constitucionales, y no en el análisis de ilegalidad o ilegitimidad de un acto. Véase, Pablo Alarcón Peña, *Acción de Protección: Garantía Jurisdiccional Directa y no Residual, la ordinización de la Acción de Protección*, Tesis presentada como requisito previo a la obtención del título de Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Quito, 2009, p. 39.

- 31 La Observación General No. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; define al desalojo forzoso como “el hecho de hacer salir a las personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional sin ofrecerles medios apropiados para la protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. De la misma forma la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realiza algunas recomendaciones respecto al “Derecho a una Vivienda Adecuada: Los desalojos forzosos: “Seguridad Jurídica: El Comité señaló que todas las personas deberán gozar de cierto grado de seguridad de tenencia, que les garantice una protección legal *contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otras amenazas*. Llegó a la conclusión de que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto.”

humana y vivienda digna de los inquilinos. Rafael Oyarte, en relación al elemento de la inminencia señala: “Si el daño es actual, se debe probar que el perjuicio se está causando al peticionario; y, por último si el daño no se ha producido, debe probarse que existen hechos indicativos que el perjuicio sucederá”³². ¿Qué más indicativos se podían probar respecto a la amenaza de vulneración a derechos del buen vivir, cuando las propias empresas municipales, y la misma sala constitucional reconocen la *inexistencia de título alguno que acredite su propiedad sobre el bien inmueble*? Es claro que las empresas vinculadas con la municipalidad carecían de competencia para ordenar un desalojo, lo que evidentemente torna directamente justiciable el contenido del derecho a una *vivienda adecuada*. Al respecto, Gerardo Pisarello señala, “Un derecho puede considerarse vulnerado cuando su negación es producto de un acto de abuso de poder. Es teniendo en cuenta estos elementos como debe afrontarse la cuestión de la exigibilidad jurídica del derecho a una vivienda adecuada”³³.

Recordemos que de conformidad con la Constitución Política de 1998, la acción de amparo procedía con respecto a la amenaza o vulneración de derechos, precisamente por ello, la sala Constitucional, ante la serie de pruebas existentes en el proceso, debió inicialmente tomar las medidas cautelares necesarias para evitar un inminente proceso de desalojo; de igual forma, una vez constatado y confirmado el estado actual de cada uno de los inquilinos, debió reparar todas las vulneraciones que se pudieron generar respecto al principio de dignidad humana y vivienda adecuada. Lastimosamente, la sala no detectó ilegitimidad alguna en la *comunicación de desalojo*, lo que evidentemente trajo como consecuencia que no se realice mayor análisis con respecto a los derechos constitucionales que se encontraban en peligro.

Ahora bien, de conformidad con la Constitución de la República vigente, debe quedar en claro que la acción de protección no es la vía idónea para atender amenazas de vulneraciones a derechos constitucionales. En efecto, de conformidad con el artículo 88 de la Constitución, la acción de protección tiene como objeto “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos

32 Rafael Oyarte Martínez, *op. cit.*, p. 196.

33 Gerardo Pisarello, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso* (comps), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p.183.

en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una *vulneración* de derechos constitucionales³⁴. Ante la presencia de amenazas arbitrarias como las detectadas en el caso *sub iudice*, los accionantes pueden solicitar medidas cautelares autónomas o independientes de las acciones constitucionales de protección de derechos, para detener cualquier amenaza de violación a su derechos constitucionales. También debe quedar en claro, que la solicitud de medidas cautelares no se somete a procedimiento alguno y por tanto, deben ser adoptadas inmediatamente por el juez constitucional, precisamente por el fin que persiguen, que no es otro que prevenir de manera urgente la consumación de vulneraciones a derechos constitucionales³⁵. Al respecto Ramiro Ávila sostiene, “la medida cautelar previene o detiene una vulneración, no más. Si previene una violación, no tiene sentido que opere el procedimiento de protección de conocimiento o de fondo, pues no podría declarar una violación que no haya ocurrido”³⁶.

En cuanto a las vulneraciones que pudieron existir respecto a los principios de dignidad humana y vivienda adecuada, es claro que la acción de protección se constituye en el mecanismo adecuado para reparar integralmente las afectaciones generadas. Aquella reparación, más allá de la adopción de medidas meramente materiales, tornará necesaria la emisión de medidas inmateriales, con mayor razón si tomamos en cuenta que la naturaleza y efectos de los derechos en cuestión, están ínfimamente vinculados con aspectos relacionados a la moral y condiciones psicológicas de un ser humano.

D. La justiciabilidad de los derechos del buen vivir

A partir del análisis de los considerandos QUINTO y SEXTO de la resolución en cuestión, se determinó en líneas anteriores la existencia de un acto

34 Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 88.

35 *Ibidem*, “Artículo 87: Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.”

36 Ramiro Ávila Santamaría, “Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales en la Constitución de 2008”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008, p. 106.

arbitrario, en ese entonces ilegítimo, proferido por empresas vinculadas con el Municipio de Quito, que amenazó con perpetrar un desalojo arbitrario, y que incluso, pudo vulnerar los principios de dignidad humana y vivienda adecuada. Ahora, resulta procedente pasar al análisis del *último y más crítico considerando de la resolución materia de análisis*, en el mismo, se evidencia la mayor cantidad de deficiencias con relación a la exigibilidad de los derechos del buen vivir y concretamente, respecto a la determinación jurídica del contenido del derecho a una *vivienda adecuada*. Además, se podrá constatar cómo a partir de la denegación de la acción propuesta, se ha generado un peligro inminente de violación respecto una serie de derechos esenciales a la condición natural de un ser humano, entre ellos, *salud, trabajo, unión familiar, vida digna*, entre otros, porque de conformidad con el Artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República vigente, los derechos son “*interdependientes*”, lo que evidentemente trae como efecto que la violación de uno de ellos necesariamente terminará por afectar a otros. En la especie, la actuación arbitraria proferida por el Municipio de Quito y las empresas FONSAL y QUITOVIVIENDA, terminó por afectar directamente el derecho compuesto a una vivienda digna previsto en el Art. 30 de la Constitución de la República. ¿Y por qué resulta ser un derecho compuesto?, veamos lo que señalan Víctor Abramovich y Christian Courtis al respecto:

Una vivienda digna resulta fundamental para la supervivencia y para llevar una vida decente, en paz y con seguridad. Eso hace del derecho a la vivienda un derecho compuesto, cuya vulneración acarrea la de otros derechos fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho a un empleo, que se torna difícil de asegurar y mantener, afecta el derecho a la salud, física y mental, dificulta el derecho a la educación, y menoscaba el derecho a la integridad física, a elegir residencia, a la privacidad o a la vida familiar³⁷.

Bajo esas circunstancias y siendo que el derecho a una vivienda digna es un derecho inherente a esa antigua y discriminatoria clasificación de derechos de segunda generación, resulta necesario remitirnos a la teoría general de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para así demostrar, a partir del caso concreto, cómo aquellos obstáculos para la exigibilidad de derechos so-

37 Gerardo Pisarello, *op. cit.*, p.181.

ciales latentes en el pasado, (*determinación de la conducta debida, autorres-tricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas, inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales y escasa tradición de control judicial en la materia*³⁸), retomados en cierta forma por la sala constitucional, no lo son más bajo el régimen del *Estado Constitucional de Derechos*.

En ese orden de ideas, veamos lo que señaló el órgano rector de la Justicia Constitucional en el Ecuador, para determinar que no existió vulneración alguna respecto al derecho a una vivienda digna:

SÉPTIMA: [...] La comunicación por anticipado a los inquilinos en el sentido de que se realizará una transferencia de dominio, para que busquen una alternativa de vivienda, no puede constituir acto ilegítimo de autoridad pública, al contrario, es una actividad legítima que de modo alguno coarta el derecho constitucional a la vivienda de los inquilinos que bien pueden optar por otras alternativas habitacionales dentro del tiempo que la ley les conceda para reubicarse, tal cual sucede con los ciudadanos en similares condiciones. Supeditar el derecho de disposición de un bien adquirido legítimamente (*cuando la misma sala reconoce en un considerando precedente que la escritura de compraventa se encuentra en proceso de inscripción en el Registro de Propiedad del Catón Quito*)” a cumplir con exigencias y aspiraciones de inquilinos, sea que los mismos agrupen a personas en situación de vulnerabilidad, constituye una limitación injusta al derecho de propiedad, y un exceso ajeno a la tutela del derecho que tienen los recurrentes, a lo que corresponde preguntarse: ¿Si la propiedad fuera de una entidad no relacionada con el Municipio, se habría condicionado se solucione el problema de vivienda de los inquilinos? Creemos que no. El derecho a la vivienda no puede ser concretado en obligar a la Municipalidad *confiera vivienda a todo ciudadano de escasos recursos del Distrito y menos aún, en conferir únicamente a los arrendatarios de tal edificación el derecho preferente, discriminando al resto de ciudadanos en condiciones similares...* En definitiva, lo que se plantea como pretensión es un asunto ajeno a la naturaleza misma del amparo, que si bien está llamado a tutelar derechos, garantías y libertades constantes en la Constitución, existen también límites, que no pueden ser rebasados so pena de perjudicar los derechos de otras personas; tanto más que, en presencia del Defensor del Pueblo, se acordó realizar un levantamiento socio económico que demuestre la capacidad para adquirir

38 Víctor Abramovich y Christian Courtis, *op. cit.*, pp. 69 – 78.

vivienda propia, nueva y segura en otro sector de la ciudad; una vez presentado dicho estudio, correspondía a los inquilinos realizar un planteamiento concreto al Municipio Metropolitano, sin que hasta la presente fecha lo hayan hecho. Igualmente, se les ha planteado acudir al Ministerio de Vivienda con el objeto de que se beneficien del llamado “Bono de la Vivienda”, sin que tampoco lo hayan hecho.

Varios elementos se desprenden a partir de dicho argumento: a) se desconoce por completo toda una teoría jurídica inherente a la justiciabilidad de los derechos que integran el buen vivir; b) el contenido y estructura del derecho a una vivienda digna fue distorsionado; c) la Sala constitucional ponderó y determinó para el caso concreto la prevalencia del derecho de propiedad (esencial en un Estado Liberal de Derecho) por sobre una serie de principios y derechos constitucionales relacionados con el buen vivir, entre ellos, el derecho a una vivienda adecuada, con todo lo que esta involucra, los derechos de los grupos de atención prioritaria, y en especial el principio del Estado Constitucional de derechos y justicia social; d) las alternativas de vivienda ofrecidas a los accionantes fueron consideradas idóneas; y e) se determinó de manera expresa que la pretensión de los accionantes es ajena a la naturaleza propia del amparo.

Es evidente que como consecuencia de tales aseveraciones, la Sala Constitucional consideró irrelevantes dos elementos esenciales que determinan una protección estatal, los estados *de necesidad y subsidiaridad*. En efecto, se desatendió una evidente y comprobada situación de desigualdad fáctica, acreditada inicialmente por la situación económica de los accionantes, y por el estado de vulnerabilidad en el que quedarían el momento en que se consume un desalojo bajo las circunstancias atinentes al caso *sub iudice*. Uno de los principales objetivos que debe alcanzar un auténtico *Estado Social Constitucional*, resulta ser precisamente la eliminación de la desigualdad social. Es así, que partiendo de la resolución emitida por la Justicia Constitucional, se ha configurado también, una vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

La actuación arbitraria de las empresas vinculadas con la Municipalidad, amenaza con atentar directamente a una *situación básica vital*, entendida ésta, en palabras de Tara Melish, como *todas aquellas condiciones materiales*

que le aseguran a un ser humano vivir sin estrecheces y zozobras. La vulneración a esta situación bajo las causas señaladas configuran directamente una obligación Estatal de protección, más aún si los accionantes han acreditado en el proceso su situación de vulnerabilidad. “Dentro de este grupo de personas están siendo afectados una mujer embarazada, 13 niños y niñas y al menos 2 personas de la tercera edad”³⁹. Al estar de por medio la afectación al derecho a la vivienda, y un inminente desalojo arbitrario, tácitamente se confirma que los peticionarios se han vuelto parte de aquellos grupos de atención prioritaria, personas en situación de riesgo, con familias de por medio, hechos que acreditan la urgencia que tiene el Estado de prevenir y reparar una serie de violaciones constitucionales.

Por otro lado, se ha hecho caso omiso al “Principio de subsidiaridad”, que en palabras de Rodolfo Arango, se configura “cuando un individuo se encuentra en tal posición que su autonomía haya sido afectada y no pueda *auto sustentarse*”⁴⁰. En la especie, las empresas vinculadas con la Municipalidad, pretenden desalojar a diez familias de escasos recursos económicos, sin tomar en cuenta una serie de elementos sustanciales entre ellos, que los accionantes no tienen ningún familiar a quien acudir para superar su situación de vulnerabilidad.

E. Medidas alternativas y la configuración de un desalojo forzoso

La sala constitucional, consideró que el mero hecho de haber planteado a los inquilinos la posibilidad de acceder a un Bono de Vivienda, torna al acto en legítimo, cuando de las piezas procesales se demuestra, que las alternativas y planes de vivienda que se les ha ofrecido, rebasa la cantidad económica que ellos pagan actualmente por concepto de un canon de arrendamiento. Es así, que las medidas alternativas adoptadas, tal como lo señala Javier Dávalos Gonzáles no constituyen ser reales, eficaces y tampoco idóneas.

“Las autoridades de QUITOVIVIENDA y del Municipio amenazan el derecho a la vivienda digna, y no cumplen su deber de adoptar las medidas ne-

39 Véase, Javier Dávalos Gonzáles, *op. cit.*, p. 122.

40 Rodolfo Arango, “La Estructura de los derechos sociales fundamentales”, en *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, p. 137.

cesarias para preservar el derecho a la vivienda de esas personas, ya que el ofrecimiento de casas o departamentos de costos elevados constituye una grave forma de discriminación, ya que esas familias de escasos recursos no pueden pagarlas. Como consecuencia de los actos antes citados, el derecho a la no discriminación se ha visto ampliamente vulnerado en virtud de que se pretende privar al derecho fundamental a la vivienda adecuada a 10 familias por el simple hecho de no tener dinero para costearla⁴¹.

Por consiguiente, no se trata de ofrecer cualquier alternativa de vivienda, la medida debe considerar la situación económica particular de los afectados. Precisamente bajo esas condiciones, es cuando se genera una obligación estatal de actuar de manera positiva y fáctica, ya que bajo el régimen del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, social, o bajo el régimen de un auténtico Estado Social, resultaría desde todo punto de vista atentatorio a los derechos humanos de los accionantes dejarlos abandonados a su suerte, o que sean ellos quienes deban buscar una alternativa de vivienda. Recordemos que todo este conflicto se ha generado a partir de una actuación arbitraria proveniente de entidades directamente relacionadas con la Municipalidad.

Por tanto, no sólo que una serie de derechos como la vivienda, dignidad humana, salud, propiedad, vida digna consagrados en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, han sido amenazados y vulnerados, sino que incluso está justificada una inminente afectación a la situación vital básica de los accionantes, lo que justifica el accionar estatal.

Con los argumentos expuestos, ha quedado configurado un derecho *prima facie* con respecto al Estado ecuatoriano. Es así, que en la especie se han estructurado tanto el supuesto fáctico como el material, aspectos que conllevan la necesidad de una actuación estatal, para reparar el daño que se pudo haber causado a los inquilinos. Así también debe prevenir la consumación de otras tantas vulneraciones a derechos constitucionales que se podrían generar a partir de un desalojo *forzoso*. Una violación por acción u omisión siempre es imputable al Estado cuando es perpetrado por una de sus instituciones; en el caso *sub iudice*, no se discute siquiera que las actuaciones arbitrarias están directamente vinculadas con la Municipalidad.

41 *Ibidem*, p. 127.

En ese orden de ideas, el Estado ecuatoriano, debe procurar atender a diversos señalamientos realizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de sus observaciones generales, que a pesar de considerarse *soft law* constituyen lineamientos trascendentales para alcanzar el pleno ejercicio de los derechos sociales. Concretamente y haciendo alusión al caso *sub iudice*, se considera indispensable señalar algunas de las recomendaciones previstas en la Observación General No. 7 relativa al “*Derecho a una Vivienda Adecuada: Los Desalojos Forzosos*”.

1. En su observación general no. 4 (1991) el Comité señaló que todas las personas deberían gozar de cierto grado de seguridad de tenencia, que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otra amenazas. Llegó a la conclusión de que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto. Habiendo examinado un número considerable de informes sobre desalojos forzosos en los últimos años, incluso de casos en que se ha comprobado que los Estados Partes no cumplían sus obligaciones, el Comité está en condiciones de ofrecer nuevas aclaraciones sobre las consecuencias de estas prácticas para las obligaciones enunciadas en el Pacto.

2. La comunidad internacional reconoce desde hace mucho tiempo que la cuestión de los desalojos forzosos es grave. En 1976, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos señaló que debería prestarse especial atención a “iniciar operaciones importantes de evacuación sólo cuando las medidas de conservación y de rehabilitación no sean viables y se adopten medidas de reubicación”⁴². En 1998, en la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000, aprobada por la Asamblea General en su resolución 43 / 181, se reconoció la “obligación fundamental de los gobiernos de proteger y mejorar las casas y los barrios en lugar de perjudicarlos o destruirlos.”⁴³ En el Programa 21 se declaraba que “debería protegerse legalmente a la población contra el desalojo injusto de sus hogares o tierras”⁴⁴ En el Programa Hábitat los gobiernos se comprometieron a proteger a todas las personas con-

42 Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos.

43 Informe de la Comisión de Asentamientos Humanos sobre la labor realizada en su 11 período de sesiones, adición (A/43/8/Add.1).

44 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, volumen I (A/CONF. 151/26/Rev. 1 (Vol. I) anexo II, Programa 21 , capítulo 7, párrafo 9 b).

tra los desalojos forzosos que sean contrarios a la ley, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y reparación judicial en esos casos; y cuando los desahucios sean inevitables tratar, según corresponda, de encontrar otras soluciones apropiadas⁴⁵. La Comisión de Derechos Humanos también ha señalado que “la práctica de los desalojos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos”⁴⁶.

3. Tal como se emplea en la Observación General en mención, el término “desalojos forzosos” se define como el hecho de hacer salir a las personas, familias y/o comunidades de los hogares y / o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente de acuerdo con las disposiciones de los pactos Internacionales de Derechos Humanos.

4. En cuanto a la interdependencia de los derechos la Observación General, reforzando el criterio vertido por esta Corte en líneas anteriores señala: La práctica de los desalojos forzosos está muy difundida y afecta a las personas tanto en los países desarrollados como en los países de desarrollo. Dadas la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente los derechos humanos. Así pues, además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto, la práctica de los desalojos forzosos también pueden dar lugar a violaciones a derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios. (derecho a la propiedad).

5. En relación a las obligaciones Estatales: Fundamentalmente, las obligaciones de los Estados Partes en el Pacto en relación con los desalojos forzosos se basan en el párrafo 1 del artículo 11 interpretado junto con otras disposiciones pertinentes. En particular, el párrafo 1 del artículo 2 obliga a los Estados a “utilizar todos los medios apropiados” para promover el derecho a una vivienda adecuada. Ahora bien, dada la naturaleza de la práctica de los desalojos forzosos, la referencia en el párrafo 11 del artículo 2 al logro progresivo de tales derechos, basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente.

45 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (hábitat II (A/CONF. 165 /14), anexo II, Programa de Hábitat, párrafo 40 n).

46 Comisión de Derechos Humanos, resolución 1993/77, párrafo 1.

El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o terceros que efectúen desalojos forzosos (tal como se define en párrafo 3 *supra*). Este planteamiento se ve reforzado además por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada. En esta disposición se reconoce entre otras cosas el derecho a la protección contra “injerencias arbitrarias o ilegales en el domicilio propio. Es de señalar que la obligación Estatal de garantizar el respeto de ese derecho no está condicionada por consideraciones relativas a los recursos que disponga.

6. Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados.

7. En cuanto al procedimiento: aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación (**es claro que se refiere a una notificación legal y no a una simple comunicación**) a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales la recomendación citada, resulta ser tan importante, que la existencia de una ley que recoja dichos planteamientos, es una forma de reparar.

8. En cuanto a la reparación: los desalojos deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros dere-

chos humanos⁴⁷. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda. (Es así, que la situación de vulnerabilidad que la propia sala reconoce a los accionantes, no puede ser desestimada de manera tan simple, aquella situación configura un deber estatal, más aún si ha sido consecuencia de un acto arbitrario emitido por empresas vinculadas con la Municipalidad.)

Dicha observación, junto con todas las argumentaciones citadas, guarda absoluta compatibilidad con el caso *sub indice*, en el que a partir de una actuación arbitraria de dos empresas vinculadas con la Municipalidad, se ha vulnerado el derecho a una vivienda adecuada y dignidad humana, y se amenaza con perpetrar un desalojo forzoso.

E. La determinación jurídica del contenido del derecho a una vivienda adecuada

La Sala Constitucional, a partir de un juicio de valor, determinó que si la propiedad en la que habitan los accionantes no fuese de una entidad rela-

47 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia No. T 403 / 06*. En contextos por completo disímiles numerosos tribunales han otorgado carácter de derecho constitucional al derecho a la vivienda digna. Así, por ejemplo, en Estados Unidos son conocidos los casos *Mont Laurel I y II*, resueltos por el Tribunal Supremo del estado de Nueva Jersey en 1975 y 1983, respectivamente, en los cuales se declararon inconstitucionales regulaciones urbanísticas que hicieran imposible física y económicamente, la provisión de casa asequibles para personas de rentas bajas. En la misma tónica, la Corte de Apelaciones de París en el año de 1993 consideró que 23 familias sin techo, al no haber obtenido, después de varios años de espera, ningún resultado tangible de las peticiones presentadas en materia de vivienda, tanto de París como su periferia, se habían visto obligadas a ocupar unos predios abandonados durante varios años, en consecuencia les concedió un plazo de seis meses para encontrar un hogar. Por su parte el Tribunal Supremo de la India, en el año de 1985, en el caso *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* estimó que el desalojo forzoso de unos refugios callejeros privaba a los afectados de su capacidad para ganarse el sustento y que, *prima facie*, constituía una vulneración del artículo 21 de la Constitución. Finalmente, en el que puede considerarse el *leading case* del derecho comparado, el caso *Grootboom*, la Corte Constitucional Sudafricana analizó el derecho a la vivienda de 390 personas mayores de edad y 510 niños obligados a vivir en condiciones deplorables mientras les asignaban su turno para que les asignaran vivienda asequible, y determinó el alcance de este derecho a la luz artículo 26 de la Constitución y de las observaciones generales del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

cionada con el Municipio, jamás se habría solicitado una solución a su problema de vivienda. Dicho argumento no encuentra razón de ser, más aún cuando está de por medio una autoridad Estatal. Y es que como todos sabemos, el ciudadano no cuenta con las prerrogativas inherentes a la Administración Pública, y precisamente esa es una de las razones medulares de la existencia de garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales. Como se mencionó previamente, un derecho puede considerarse vulnerado cuando su negación es producto de un acto de abuso de poder, el mismo que puede provenir tanto de omisiones como de acciones atribuibles a poderes públicos, pero también, a agentes privados y a empresas, a órganos estatales igualmente, a instituciones y corporaciones internacionales. Es teniendo en cuenta estos elementos como debe afrontarse la cuestión de la exigibilidad jurídica del derecho a una vivienda adecuada. La identificación de las obligaciones que entraña, así como de las respectivas violaciones al mismo, supone como en todos los derechos un ejercicio de prudencia, que ha de combinar el sentido común con la resolución de algunas cuestiones legales no siempre sencillas. Pero lo que está en juego en cualquier caso, no son simples artificios académicos dirigidos a obtener puntos retóricos inteligentes: se trata de cuestiones elementales vinculadas al igual respeto y consideración de las personas, y a veces, sencillamente, a su supervivencia.⁴⁸ A partir de ello, resulta irrelevante si la vulneración o amenaza al derecho a la vivienda proviene de una autoridad pública o privada. Incluso, una eventual vulneración al derecho a la vivienda por parte de una entidad privada, encontraría directamente justiciabilidad a través de la acción de protección prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República.

Finalmente, la Sala en alusión a la determinación jurídica del contenido del derecho a una vivienda adecuada y a su justiciabilidad, señaló que *el mismo no puede ser concretado en obligar a la Municipalidad a conferir vivienda a todo ciudadano de escasos recursos del Distrito; menos aún a los accionantes, pues aquello discriminaría al resto de ciudadanos en situaciones similares*. Al respecto cabe hacer dos precisiones:

48 Gerardo Pisarello, *op. cit.*, p. 183.

1. El derecho a la vivienda adecuada no supone que el Estado deba construir viviendas para toda la población, o que deba proveerla de manera gratuita a toda persona que la solicite, ni siquiera que deba cumplir de manera inmediata con todos los aspectos que el derecho involucra. En cambio lo que los Estados sí deben hacer una vez que aceptan sus obligaciones internacionales en materia de vivienda, *como es el caso ecuatoriano*⁴⁹, es procurar, por todos los medios posibles, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad⁵⁰. Es así, que a pesar de que el Estado no esté en la obligación de dotar de vivienda a todos los ciudadanos, existen otras que se generan respecto al goce del derecho en cuestión. Así por ejemplo, el derecho a la *seguridad jurídica*, prevista en la Observación General N. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, insiste en que la tenencia segura es la piedra de toque del derecho a una vivienda adecuada. Dicha tenencia, que incluye alquileres, vivienda en cooperativa, arrendamientos o asentamientos formales, debe presuponer cierta inmunidad frente a alteraciones arbitrarias como en efecto son, hostigamientos, desalojos, expropiaciones y traslados arbitrarios. Y es que tal como lo plantea Pisarello, el derecho a una vivienda adecuada es un derecho *híbrido*, que más allá de generar obligaciones exclusivamente prestacionales, su ejercicio pleno podría revestir también obligaciones de respeto o protección. Estas últimas, resultan ser un ejemplo claro de cómo los deberes estatales no siempre involucran asignaciones monetarias o presupuestarias, puesto que en el caso de las obligaciones de respeto el Estado debe abstenerse de realizar prácticas que puedan conllevar la vulneración respecto al goce del derecho en cuestión. Concretamente, *la obligación de respeto proscribire los desalojos forzosos*, que de conformidad con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sólo están justificados en situaciones excepcionales y de acuerdo con los principios relevantes del derecho in-

49 El Ecuador es parte del PIDESC, y por consiguiente, a pesar de que las Observaciones Generales emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constituyen *soft law*, su incorporación en la jurisprudencia constitucional nacional resulta necesaria, más aún si consideramos que el contenido de las mismas es fruto de estudios concretos respecto al pleno ejercicio de los derechos humanos.

50 Gerardo Pisarello, *op. cit.*, p. 209.

ternacional, o aquellos que no incluyan medidas alternativas adecuadas de realojamiento para los afectados, o la discriminación estatal en la esfera de la vivienda. Es así que el respeto al derecho a la vivienda, involucra una protección estatal frente a posibles intervenciones arbitrarias o de terceros en el goce del derecho a la vivienda. “Estos deberes de protección cobran especial relevancia en un contexto en que las violaciones al derecho a la vivienda provienen no sólo del Estado sino del mercado, es decir, no sólo de poderes públicos, sino sobre todo de agentes privados o empresas (que a menudo actúan en conveniencia con el propio Estado).⁵¹ Bajo los lineamientos citados, los Estados están obligados, al menos, a proteger el umbral mínimo de obligaciones sin el cual el derecho resultaría totalmente desnaturalizado. Y en ese sentido, a adoptar todas las medidas adecuadas, ya sean positivas o negativas y “hasta el máximo de recursos disponibles”⁵² para satisfacer el derecho en cuestión, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables y a los que tienen necesidades más urgentes⁵³. Por consiguiente, una vez que se ha configurado una acción arbitraria por parte de la Municipalidad y de las empresas vinculadas con ella, cuando debieron abstenerse de hacerlo, debe el juez constitucional adoptar las medidas necesarias tendientes a evitar la consumación de un próximo desalojo, hasta tanto no se cumpla con los requerimientos constitucionales y legales necesarios, esto es, una orden legal de desahucio, y la provisión de alternativas de vivienda verdaderamente adecuadas y proporcionales con la situación económica de los inquilinos. Y es que en cuanto a las obligaciones que generan los derechos respecto al Estado, es importante tener presente que si la Constitución reconoce su interdependencia e igualdad jerárquica, todos ellos, sin importar que se traten de derechos de libertad, participación, buen vivir, pueden tornar necesaria una acción o una omisión estatal como presupuestos para garantizar

51 *Ibidem*, p. 191.

52 Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General No. 3, asevera que el principio de progresividad impone la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la plena realización de los DESC. Este deber existe independientemente de un incremento en la disponibilidad de recursos, sin importar el nivel de riqueza nacional que exista.

53 Gerardo Pisarello., *op. cit.*, p. 189

su pleno ejercicio y una adecuada reparación integral⁵⁴. Todos los derechos constitucionales conllevan una doble obligación estatal, por un lado constituyen una garantía (abstención) y por otro, podrían necesitar de una prestación (acción). Así por ejemplo en la especie, los accionantes, fueron objeto de una intervención estatal arbitraria, lo que determina que aquel ámbito del derecho a la vivienda respecto al cual el Estado debió haberse abstenido de actuar fue directamente afectado. Por ello, se torna necesaria una actuación estatal de protección (prestación), encaminada a prevenir y reparar la consumación de una serie de vulneraciones a derechos constitucionales.

2. La Sala Constitucional determinó, que en el evento de que se otorgue alternativas de vivienda a los accionantes, se vulneraría el principio de igualdad al que tienen derecho otras personas bajo las mismas condiciones. Dicha argumentación, más allá de ser contraria con el contenido jurídico del derecho a una vivienda digna, demuestra un desconocimiento con relación a los efectos propios de una garantía constitucional, como en efecto fue la acción de amparo constitucional en el pasado. Es conocido de manera general que bajo la visión del neoconstitucionalismo, el activismo judicial ha adquirido un papel preponderante en la creación y consolidación de un derecho jurisprudencial. Así en materia de control constitucional y en cuanto a garantías jurisdiccionales se refiere, el juez está en capacidad y en muchos casos en la obligación de

54 Al respecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis señalan: [...] Las supuestas distinciones entre derechos civiles y derechos sociales no son tan tajantes como pretenden los partidarios de la doctrina tradicional. La principal diferencia que señalan los partidarios de dicha doctrina reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo a esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizan por establecer obligaciones negativas para el Estado, por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada –mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo– por ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda. En el primer caso, se dice, el Estado cumpliría su tarea con la mera abstención, sin que ello implique la erogación de fondos, y por ende, el control judicial se limitaría a la anulación de aquellos actos realizados en violación a aquella obligación de abstención. Todos los derechos llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado, exigen conductas positivas tales como la reglamentación, destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos. Baste repasar mentalmente la gran cantidad de recursos que destina el Estado a la protección del derecho de propiedad, a ello se destina gran

modular sus sentencias⁵⁵. De manera general en acciones de control constitucional los efectos son erga omnes, mientras que en garantías inter partes. No obstante, y como excepciones a la regla general, es posible modular los efectos de los fallos según la consideración sobre la mejor alternativa para alcanzar la protección de los derechos constitucionales y una efectiva reparación integral. Así, la clasificación de los efectos de las sentencias en materia de garantías pueden ser las siguientes:

- a) **Efectos inter partes:** es decir, que vinculan, fundamentalmente a las partes del proceso.
- b) **Efectos inter pares:** una sentencia de esta naturaleza supone que la regla que ella define debe aplicarse en el futuro, a todos los casos similares⁵⁶.
- c) **Efectos inter comunis:** efectos que alcanzan y benefician a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción⁵⁷.
- d) **Estados de cosas inconstitucionales,** por la cual ordena la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no interpusieron la acción de tutela⁵⁸.

A partir de las nociones básicas expuestas, se pretende dejar en claro, que si como consecuencia de una vulneración al derecho a la vivienda digna, el juez constitucional decide conminar al Estado a dotar de vivienda al afectado en el caso concreto, aquello bajo ninguna circunstancia podía considerarse como

parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de propiedad, servicios de catastro, uso de suelo, etcétera, piénsese, en materia de derechos políticos la gran cantidad de conductas positivas que debe desarrollar el Estado para que el derecho de votar pueda ser ejercido por los ciudadanos. Amén de ello, muchos de los llamados derechos civiles se caracterizan justamente por exigir la acción y no la abstención del Estado. En sentido asimétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que el caso de los derechos civiles cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos –salud, vivienda, educación, seguridad social– el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten. El Estado afectará el derecho a la salud, o a la vivienda, o a la educación, cuando prive ilícitamente a sus titulares del goce del bien que ya disponían.

55 Ver Sentencia Corte Constitucional del Ecuador, 002-09-SAN -CC.

56 Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T – 53/ 92; T- 203/ 02; T-T- 493/ 05.

57 *Ibidem*, Sentencia SU – 1023/01.

58 *Ibidem*, Sentencias T- 153 /98; T- 217/00; T- 203 / 02; T- 025/04.

una vulneración al principio de igualdad, todo lo contrario, busca alcanzar el pleno ejercicio de dicho principio.

G. La reparación integral y el principio de separación de poderes

En el Estado Constitucional, como se mencionó en líneas anteriormente, el juez termina por abandonar aquella labor pasiva – mecánica de subsunción positivista, y se transforma en *el garante de la democracia constitucional de los contenidos materiales plasmados en derechos fundamentales*. Así, el papel del juez garante, se cumple reemplazando el paradigma positivista de la obligatoria sujeción del juez a la ley por el de la sujeción del juez a la ley válida, es decir aquella que guarda coherencia con los límites sustanciales y que tiene como fin esencial la justicia. El momento que el juez constitucional intervenga en la distribución efectiva de recursos, como en el control de la actuación del legislador y ejecutivo, no hace más que reafirmar y consolidar el principio constitucional de separación de poderes, y por tanto, al Estado Constitucional de Derechos y de justicia, social. Si la Corte asume este papel y lo cumple eficazmente, será incorrecto decir que actúa antidemocráticamente⁵⁹.

Así pues, la doctrina de separación de poderes trata de garantizar la rendición de cuentas ante la ley, más no de proteger a las ramas del gobierno de su aplicación. De acuerdo a dicho principio constitucional, podría inferirse que el poder judicial o los tribunales no deberían inmiscuirse en las competencias atribuidas en la Constitución y la ley a la administración central y al poder legislativo en lo referente a la asignación de fondos públicos, creación de políticas, etc. Sin embargo, una vez que el ejecutivo o el legislativo han creado una ley, ratificado un tratado, el poder judicial podrá hacer responsable a la otra rama en cuanto a las obligaciones legales que se han asumido según las mismas. Lo señalado, no constituye una violación al principio de separación de poderes, más bien es la razón medular por la que fue creado dicho principio, esto es, evitar el ejercicio arbitrario del poder público⁶⁰. Bajo estos parámetros, y en conformidad con el Estado Constitucional, el juez

59 John Rawls, *Liberalismo Político*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 220.

60 Tara Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Económicos y Sociales, Orville H. Schell, Jr Center for International Human Rights Yale Law School, 2003, p. 42.

constitucional tiene plena atribución para conminar *no sólo exhortar* a la Administración Central o al poder legislativo a tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento efectivo a las políticas, leyes o recursos que fueron adoptados por ellos. Además, en el caso de existir vulneraciones o amenazas a derechos constitucionales, como sucede en el caso *sub iudice*, el juez constitucional como consecuencia de una reparación integral, no sólo que puede, sino que debe adoptar todas las medidas necesarias para reconstruir los derechos en mención: aquello, sin duda, podría involucrar la determinación de obligaciones positivas como negativas respecto al Estado.

H. ¿Cómo prevenir y reparar las amenazas y vulneraciones identificadas en el caso *sub iudice*?

Por las consideraciones precedentes, se colige que la acción arbitraria del Estado ecuatoriano, a través de las empresas vinculadas a la Municipalidad, amenaza seriamente con vulnerar el derecho compuesto a la vivienda digna. En consecuencia, en cumplimiento del contenido prescrito en el artículo 87 de la Constitución de la República, el juez constitucional debe adoptar las medidas cautelares necesarias para prevenir dicha violación (medidas negativas). Sin lugar a dudas, la primera deberá ser suspender cualquier proceso que pueda desembocar en un desalojo forzoso de los inquilinos, y por tanto, conminar al Estado a dotar a los accionantes, previo al desalojo, de alternativas de vivienda idóneas y adecuadas, a las que puedan acceder efectivamente, tomando en cuenta para ello, su situación de vulnerabilidad. Finalmente lo más importante, será el establecimiento de plazos para dar cumplimiento a dicha medida, sólo una vez que el juez considere que las medidas alternativas de vivienda adoptadas por la Municipalidad, FONSAI y QUITOVIVIENDA son adecuadas desde el punto de vista constitucional y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, podría procederse al desalojo de los accionantes. Todo lo señalado no solo que resulta necesario desde el punto de vista de la prevención de violaciones a derechos constitucionales, sino que incluso libraría al Ecuador de una grave responsabilidad internacional por haber desconocido e inobservado una serie de derechos humanos previstos y garantizados en Instrumentos Internacionales.

Ahora bien, con respecto a las posibles vulneraciones al *principio de dig-*

nidad humana y vivienda adecuada proveniente de las amenazas sistemáticas de desalojo de las que han sido objeto los accionantes desde el año 2005, sin duda que la adopción de medidas materiales o pecuniarias no serían suficientes. No olvidemos que una vulneración a los derechos en mención más allá de traer consecuencias de índole pecuniaria, podría acarrear también una serie de afectaciones incuantificables, entre ellas daños psicológicos y sufrimiento. En el caso *sub iudice*, quienes pretenden ser desalojados del inmueble ubicado en el Barrio la Ronda, son 14 familias en situación de vulnerabilidad, compuesta por mujeres embarazadas, niños, niñas y personas de la tercera edad⁶¹, lo que sin duda involucra la obligación del Estado a realizar reparaciones inmateriales.

Respecto a dicha forma de reparación, la doctrina ha señalado:

[...] La justicia constitucional incorpora los siguientes tipos de justicia i) la reconciliativa o reconstructiva, repara las ofensas, se basa en la admisión de la culpa; busca el reconocimiento de la ofensa cometida, el perdón y, por tanto, la paz; ii) justicia restauradora, un ejemplo de ésta nos proporcionan las “comisiones de justicia y verdad”, implica el reconocimiento y admisión de la culpa⁶².

Precisamente por ello, y para alcanzar una auténtica justicia material, esencia del neo constitucionalismo, el juez constitucional, una vez acreditada la situación emocional y psicológica de cada uno de los inquilinos que habitan el inmueble, y las afectaciones que se pudieron generar a partir de las amenazas sistemáticas, deberá adoptar toda cuanta medida sea necesaria para reconstruir su dignidad humana y restablecer las condiciones para que su derecho al goce de una vivienda adecuada no vuelva a ser objeto de interferencias. Entre ellas podrían concebirse: a) disculpas públicas en los diarios de mayor circulación del país; b) rehabilitación psicológica; c) aceptación y reconocimiento de la culpa por parte del Estado; d) garantías de que el hecho no volverá a suceder. Sin duda la adopción de medidas inmateriales, dependerá de la creatividad del juez constitucional, lo importante será que guarden

61 Centro de Derechos Humanos PUCE. Expediente caso la Ronda, Oficios No. QV – 00000323.2005, 31 mayo 2005; No. QV – 501 – 2005 de 1 agosto 2005, anexo 18 y 19, Quito, citado en Javier Dávalos Gonzáles, *op. cit.*, p. 120

62 Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martín, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Trotta, I, Edc. 2006, p. 36.

proporcionalidad y consecuencia con los perjuicios morales y psicológicos ocasionados a los derechos de los afectados.

3. Conclusión

La exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales, ha experimentado un proceso lamentable dentro del ámbito constitucional ecuatoriano. En efecto, bajo el régimen del Estado Social, modelo de Estado previsto en la Constitución de 1998, la justicia constitucional puso en evidencia una serie de obstáculos que terminaron por excluir a los derechos sociales del ámbito de protección de las garantías constitucionales. Aquello, que a simple vista parecería contradictorio, si partimos de la premisa de un Estado Social, encuentra razón de ser precisamente en su segundo calificativo, “*de Derecho*”. Su influencia e irradiación respecto a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tuvo como base al positivismo jurídico, lo que involucró necesariamente, que los derechos y la justicia se hayan encontrado supeditados a lo dispuesto por la ley. Bajo esos parámetros, la producción jurídica, tal como lo señala Zagrebelsky, se concentraba en la instancia legislativa. De esa forma, el juez debía limitarse a efectuar un proceso de subsunción de reglas, y dejar de lado cualquier tipo de contenido material. Sobre esa base, no cabía hablar de un auténtico Estado Social y menos de una justicia material, por el contrario, lo que rigió en el Ecuador hasta la Constitución de 1998, fue realmente un Estado Social supeditado a los lineamientos provenientes de las funciones administrativas y legislativas.

Como respuesta a esa realidad, el constituyente adopta en la Constitución de la República vigente, el modelo del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Bajo su régimen, se genera un proceso de mutación respecto a la labor que debe desempeñar un juez constitucional. Porque uno de los elementos esenciales del neoconstitucionalismo, es la presencia de un juez creador de derecho y garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en principios y derechos constitucionales. Así, desde el punto de vista político, las consecuencias más importantes que se generan a partir del Estado Constitucional, son el sometimiento de toda autoridad, función, ley o acto a la Constitución de la República; y la presencia

de garantías jurisdiccionales vinculantes ampliamente protectoras y verdaderamente reparatorias. De esa forma, se termina por desplazar el protagonismo de la función administrativa y legislativa hacia la judicial. Sólo bajo esos presupuestos, el juez constitucional se encuentra en capacidad de alcanzar la igualdad sustancial y la protección de la dignidad de las personas.

Es así, que la obligación esencial tendiente al fortalecimiento y consolidación de un auténtico Estado Social Constitucional, recae sobre los jueces constitucionales, serán ellos quienes deberán velar por la justiciabilidad y el pleno ejercicio de todos los derechos humanos, especialmente aquellos que no encontraron protección en el pasado, todos aquellos derechos encaminados a alcanzar el buen vivir.

“Las condiciones están dadas para que la campana que anuncia la muerte de la justicia no repique nunca más en el Ecuador”⁶³.

63 Pensamiento relacionado con el texto de José Saramago, *Este mundo de la injusticia globalizada*, publicado en *El País*, España, miércoles, 6 de febrero de 2002. “Estaban los habitantes en sus casas o trabajando en los cultivos, entregado cada uno a sus quehaceres y cuidados, cuando de súbito se oyó sonar la campana de la iglesia. En aquellos píos tiempos (hablamos algo sucedido en el siglo XVI), las campanas tocaban varias veces a lo largo del día, y por ese lado no debería haber motivo de extrañeza, pero aquella campana tocaba melancólicamente a muerto, y eso sí era sorprendente, puesto que no constaba que alguien de la aldea de encontrarse a punto de fallecer. Salieron por lo tanto las mujeres de la calle, se juntaron los niños, dejaron los hombres sus trabajos y menesteres, y en poco tiempo estaban todos congregados en el atrio de la iglesia, a la espera de que les dijese por quién debían llorar. La campana siguió sonando unos minutos más, y finalmente calló. Instantes después se abrió la puerta y un campesino aparecía en el umbral. Pero, no siendo éste el hombre encargado de tocar habitualmente la campana, se comprende que los vecinos preguntasen dónde se encontraba el campanero y quién era el muerto. “El campanero no está aquí, soy yo quien ha hecho sonar la campana”, fue la respuesta del campesino. “Pero, entonces, ¿no ha muerto nadie?”, replicaron los vecinos, y el campesino respondió: “Nadie que tuviese nombre y figura de persona; he tocado a muerto por la Justicia, porque la Justicia está muerta”.

Bibliografía

Fuente doctrinaria

- Abramovich Víctor y Courtis Christian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Abramovich Víctor, García Añón, María José y Courtis Christian, *Derechos Sociales Instrucciones de uso*, Editorial Doctrina Jurídica Comparada, México, 2003.
- Alarcón Peña, Pablo, “Acción de Protección: Garantía Jurisdiccional directa y no residual, ¿la ordinarización de la acción de protección?”, tesis presentada como requisito previo a la obtención del título de Master en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2009.
- Aparicio Wilhelmi, Marco, “Derechos: enunciación y principios de aplicación”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “El Amparo Constitucional, entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- , “Las Garantías herramientas indispensables para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales”, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.
- Dávalos Gonzáles, Javier, “El acceso a la Información Pública como herramienta para fundamentar acciones de amparo constitucional en materia de derechos sociales, en *Los derechos sociales del acceso a la información pública a la justiciabilidad*, Quito, Centro de Derechos Humanos Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007.
- Escudero, Soliz Jhoel, “El cambio de cultura jurídica en la Interpretación Constitucional” en *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, INREDH, 2009.

- García, Añón, María José, “Derechos Sociales e Igualdad”, en Abramovich Víctor, Gracia Añón, María José y Courtis Christian, *Derechos Sociales Instrucciones de uso*, Editorial Doctrina Jurídica Comparada, México, 2003.
- González, Andrade Sebastián, *La violación de los derechos sociales como forma de persecución bajo la definición de refugiado*, Quito, PUCE, 2008.
- Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico, el caso italiano”, en Carbonell Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, citado por Morales, Juan Pablo, “Democracia Sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica”, en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- López Medina, Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Editorial Legis, 2006.
- Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Económicos y Sociales, Orville H. Schell, Jr Center for Internacional Human Rights Yale Law School, 2003.
- Oyarte Martínez Rafael, *La acción de amparo constitucional, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina*, Quito, Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2006.
- Oyarte Martínez Rafael, “La acción de amparo,” en *Los derechos fundamentales*, Quito, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2004.
- Pazmiño Freire, Patricio, “Las Garantías de los Derechos”, “Prólogo”, en *Desafíos Constitucionales, la Constitución del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Pisarello, Gerardo, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Abramovich Víctor y Christian Courtis (comps), *Derechos Sociales: Instrucciones de Uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003.
- , “El Estado Social como Estado Constitucional Mejores Garantías, más democracia”, en Víctor Abramovich, María José García Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso (comps)*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.

- , *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción, el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Rawls, John, *Liberalismo Político*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- Sagüés Néstor, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor jurídico”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Silva, Portero, Carolina, “Las Garantías de los Derechos”, en Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Valle, Franco, Alex, *La Acción de Amparo en el Ecuador y los Derechos Fundamentales*, Tesis presentada como requisito previo para la obtención del título de Máster en Derechos Humanos y Democracia, Mención Mecanismos de Protección. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Quito, 2009.
- Zagrebelsky, Gustavo, “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, en *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- Zagrebelsky, Gustavo y Carlo María Martín, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Trotta, I, Edc. 2006.

Fuente normativa

- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Constitución Política del Ecuador, 1998.
- Ley Orgánica del Control Constitucional 1997.
- Constitución de la República de Colombia.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General 217 A de la ONU, 10 diciembre 1948.
- Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. R.O. 101, 24 enero 1969.
- Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 na Sesión, agenda rubro 3, párr. 11.
- Observación General No. 9, Comité de Derechos Económicos Sociales y

- Culturales, 19 na Sesión, agenda rubro 3, párr. 10.
- Observación General No. 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Observación General No. 4 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- Observación No. 7, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos.
- Informe de la Comisión de Asentamientos Humanos sobre la labor realizada en su 11 período de sesiones, adición (A/43/8/Add.1).
- Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, volumen I (A/CONF. 151/26/Rev. 1 (Vol. I) anexo II, Programa 21 , capítulo 7, párrafo 9 b).
- Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (hábitat II(A/CONF. 165 /14), anexo II, Programa de Hábitat, párrafo 40 n).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución 1993/77, párrafo 1.

Fuente Jurisprudencial

- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resoluciones Nos. 0749 – 2003 – RA y 1103 . 2007 – RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resoluciones No. 762 – 2002 – RA, 177- 2000- TP, 0600 – 07 – RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 035 – 2004 – RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0862 – 04 – RA.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Primera Sala, Resolución N. 333 – RA – 01 – I.S.
- Tribunal Constitucional, Tercera Sala, Resolución N. 0463 – 2003 . RA; Resolución No. 0487 - 2003 – RA.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-09-SAN –CC.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C – 131 / 93 y C- 037/ 96.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T 403 / 06.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T – 406 / 92.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T – 53/ 92; T- 203/ 02;
T- T- 493/ 05.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU – 1023/01.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T- 153 /98; T- 217/00;
T- 203 / 02; T- 025/04.