



Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos

ISSN: 1390-8081

ISSN: 2477-9245

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN)

Escudero Soliz, Jhoel

Límites normativos y estructurales a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos del buen vivir en Ecuador

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos, vol. 1, núm. 10, 2020, Enero-Junio, pp. 95-116  
Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN)

DOI: [https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n10.2020.151](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n10.2020.151)

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=684272387005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Límites normativos y estructurales a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos del buen vivir en Ecuador

## *Regulatory and Structural limits to the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights or Good Living Rights in Ecuador*

Jhoel Escudero Soliz<sup>1</sup>

Decano del Centro de Derechos y Justicia del Instituto de Altos Estudios Nacionales, Ecuador

Correo electrónico: jhoel.escudero@iaen.edu.ec

*Recibido: 31-mayo-2019. Aceptado: 2-agosto-2019.*

### Resumen

Este artículo realiza un estudio sobre los logros del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) o derechos del buen vivir en contraste con sus límites estructurales y normativos que afectan su ejercicio y justiciabilidad. Estos problemas son la escases y pobreza, el costo de los DESC, la falta de efectividad de las políticas públicas, los obstáculos propios de un sistema jurídico basado en la propiedad privada y el incumplimiento de las sentencias que reconocen estos derechos. Para demostrar las dificultades del ejercicio de estos derechos se aplica la metodología deductiva a partir del estudio de tres casos relevantes que, por su gravedad, reflejan una relación con la desigualdad estructural. Entre 2008 y 2019, estos casos fueron resueltos por la Corte Constitucional de Ecuador y evidenciaron que las víctimas, a pesar de obtener sentencias favorables, no pudieron ejercer los derechos a la vivienda, a la salud y a la seguridad social, indispensables para lograr un mínimo de dignidad o alcanzar el buen vivir, en los términos previstos por la Constitución ecuatoriana.

<sup>1</sup> Expreso mi agradecimiento a los profesores Tomás Sánchez, Pamela Escudero y a Diana Velasco por la sistematización del caso del derecho a la seguridad social y la revisión del presente trabajo. Cabe indicar que las ideas centrales en las que se sustenta el presente artículo fueron presentadas durante el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en la ciudad de Buenos Aires, del 21 al 31 de mayo de 2019.

**Palabras clave:** derechos económicos, sociales y culturales (DESC), buen vivir, políticas públicas, seguridad social, límites, justiciabilidad, sentencias, Corte Constitucional de Ecuador.

### Abstract

This article conducts a study on the achievements perceived in the recognition of Economic, Social and Cultural Rights (ESCR) or good living rights and the limits that affect their exercise and justiciability. These problems are scarcity and poverty; the cost of ESCR; poor public policies effectiveness; the obstacles of a judicial system based on private property; and the noncompliance of rulings that recognize these rights. To highlight difficulties of exercising these rights, three relevant cases are analysed through a deductive methodology. The Constitutional Court of Ecuador, between 2008 and 2019, addressed these cases due to their seriousness. They reflect a correlation with structural inequality and show that the victims, albeit obtained a favourable ruling, they were not able to fully exercise their right to housing, health, and social welfare, which are essential to accomplish a minimum degree of dignity or good living, as is stated by the Ecuadorian Constitution.

**Keywords:** Economic, Social and Cultural Rights (ESCR); good living; social welfare; public policy; limits; justiciability, rulings, Constitutional Court of Ecuador.

## 1. Introducción

El debate sobre si deben o no ser justiciables los derechos socioeconómicos se da a partir de su reconocimiento internacional, ocurrido en el año de 1966, mediante el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pidesc). Las tesis que niegan esa posibilidad consideran que, si bien se trata de aspiraciones deseables para una sociedad equitativa, no deben considerarse como derechos justiciables, ya que no son derechos fundamentales. Desde esa perspectiva, estos derechos carecen de la efectividad con la que sí cuentan los derechos civiles y políticos, por ser fundamentales.

En esa línea de pensamiento, desde 1996 y hasta el nuevo milenio se fortalecieron las tesis que realizaban una diferenciación entre derechos civiles y sociales, considerando a los DESC no fundamentales e irrealizables por ser programáticos, costosos y que dependen de la voluntad política de los Estado. A finales de la década de 1990, las corrientes doctrinarias y la jurisprudencia internacional, como se evidenciará más adelante, plantearon respuestas para resolver la aparente distinción entre categorías de derechos, liberando a los DESC del espacio utópico al que habían sido condenados, lo que generó una renovada doctrina jurídica que justifica la efectividad de los DESC con la finalidad de proteger la dignidad de los seres humanos (Del Hierro, 2007).

En Ecuador, a partir de la Constitución de 2008 se configuraron los derechos del buen vivir, los que incluyen a los DESC, desde una perspectiva andina ligada a las necesidades y aspiraciones de los ciudadanos (Ávila, 2012). La finalidad de estos derechos consistía en el alcance de una vida digna basada en el ejercicio y goce de los derechos, mas no en la acumulación de bienes y capitales. Al efecto,

la Constitución reconoce el derecho a la igualdad material y garantiza el efectivo acceso a los derechos del buen vivir como medios para combatir la pobreza y pobreza extrema (Constitución de la República del Ecuador, art. 3, numerales 1 y 6). Para la materialización de los derechos socioeconómicos, la norma suprema prevé un diseño basado en los principios de igualdad y solidaridad, lo que implica una relación entre Estado, mercado y sociedad, fusionados en el diseño de una economía social y solidaria, que tiene por finalidad erradicar la pobreza y la pobreza extrema (Grijalva, 2012).

En relación con el marco teórico, desde las distintas perspectivas doctrinarias, se definirá el contenido e importancia de los DESC o derechos del buen vivir, elementos que permitirán construir los criterios para el análisis de los casos presentados. Mientras que, en relación con los límites, se revisará, desde una perspectiva general, la manera en la que la pobreza y el sistema normativo, centrados en la propiedad privada, afectan al ejercicio de los DESC. En este sentido, será importante conocer el rol de la justicia constitucional como garante en la materialización de los DESC.

Así, el objetivo del presente artículo consiste en identificar los límites estructurales y normativos que impiden el ejercicio y la justiciabilidad de los DESC o derechos del buen vivir o en Ecuador, mediante la siguiente inquietud: ¿En qué medida la jurisprudencia constitucional ha contribuido a superar los límites normativos y estructurales que impiden el ejercicio de los derechos sociales en Ecuador? En efecto, la justiciabilidad de los derechos sociales es un estándar que permite identificar desde lo jurídico si la política pública, la ley y la jurisprudencia presentan soluciones al problema de la desigualdad estructural que afecta a las personas que viven en situación de pobreza y pobreza extrema.

Para dar respuesta a lo anterior, el presente artículo aborda el estudio de tres casos resueltos por la Corte Constitucional de Ecuador, lo que nos permite construir algunos criterios con enfoque crítico. Los tres casos de estudio que aquí se presentan, y que son representativos en materia de derecho a la vivienda, salud y seguridad social, fueron escogidos de entre el período de octubre de 2008 a mayo de 2019, tiempo en el cual la Corte Constitucional, en materia de revisión y de selección de procesos para el desarrollo de la jurisprudencia obligatoria, expidió tan solo 10 sentencias de un total de 17 436 casos remitidos por todas las judicaturas de todo el país al alto tribunal. Los datos de las tres sentencias escogidas se encuentran en el repositorio de la página web de la Corte Constitucional, la cual es de acceso público.

Los casos resueltos por el alto tribunal en materia de derechos sociales son escasos, por tal razón se acudió a otras garantías jurisdiccionales extraordinarias que reconoce la Corte Constitucional, como son la acción extraordinaria de protección y la acción de incumplimiento de sentencias, con el fin de ir más allá del resultado y justificar la relevancia del estudio a partir de la gravedad que implica el no acceso a los DESC. Asimismo, la caracterización de los derechos que se estudiarán (vivienda, salud y seguridad social) aseguran el objeto de la investigación relacionado con la escases o pobreza estructural.

En suma, el artículo cuestiona si la respuesta a la desigualdad estructural radica en la justiciabilidad de los derechos sociales o no, considerando los avances de la Constitución de 2008, y prevé un plan de desarrollo para su cumplimiento. La aplicabilidad de estos derechos tendrá éxito solo con un cambio que involucre el ejercicio de una sociedad solidaria entre el Estado y el mercado, aplicando como deber propio la transparencia, y cumpliendo con los fines sociales en el contexto de una economía social y solidaria. En efecto, delegar a los jueces la tarea de lograr la igualdad material mediante la justiciabilidad de derechos puede considerarse un avance, no así, libre de varios obstáculos que afectan a la efectividad de los derechos.

El presente estudio se enmarca en el debate sobre el pensamiento estratégico del Estado y las políticas públicas, permitiéndonos conocer la forma en la cual la escases y la aplicación de normas jurídicas centradas en la propiedad privada desplazan a los grupos sociales que se encuentran en situación de pobreza. Al reconocer los avances en materia de derechos sociales también se realiza un aporte desde el derecho constitucional y con la construcción de criterios que permitan el cumplimiento de los deberes del Estado, como son la erradicación de la pobreza y, en contrapartida, en la comprensión de la importancia del ejercicio de los derechos del buen vivir.

El artículo se estructura de la siguiente manera. En un primer y segundo apartado se presentan los límites históricos al ejercicio de los DESC y los límites a los mismos desde la constitución económica. En lo posterior, se analizan los límites a los DESC desde la sede jurisdiccional para, a renglón seguido, remitirnos a los derechos del buen vivir en Ecuador, siendo estos el tercer y cuarto apartado. Luego de ello, nos remitimos a la justiciabilidad de los derechos sociales del buen vivir y al estudio de los tres casos sobre los derechos a la vivienda, salud y seguridad social. Finaliza este artículo con unas cortas conclusiones.

## 2. Límites históricos al ejercicio de los DESC

El disfrute de los DESC depende del cumplimiento de deberes estatales y ciudadanos y poseen varios límites, a saber: la voluntad del Estado, los costos económicos (Holmes y Sunstein, 2015), que los contribuyentes paguen sus impuestos y del desarrollo de políticas públicas o de sentencias judiciales para que puedan cumplirse (Abramovich y Courtis, 2003). Así, son varios obstáculos los que se interponen entre el reconocimiento y su cumplimiento. Al respecto, no cabe duda de que los DESC son un medio idóneo para lograr una vida digna.

Desde una perspectiva histórica, el camino hacia la igualdad material ha sido largo y complejo. El pueblo pobre a lo largo del tiempo, a pesar de los sacrificios que ha realizado en los procesos revolucionarios y de crisis, ha enfrentado constantes obstáculos que le han impedido gozar de una vida en condiciones de dignidad (Escudero, 2019). A inicios del Estado moderno, el triunfo de la Revolución francesa no habría sido posible sin la presencia de los campesinos en las áreas rurales y de los movimientos en masa en la ciudad. Estos grupos estaban compuestos por mujeres, peones y jornaleros, conocidos como *sans colottes*, de estrato

social bajo, que participaron de forma álgida en la revolución; su descontento llevó a que en 1792 se impongan con armas en las plazas públicas. Este grupo, en lo político, fue representado en el sector de la izquierda de la Asamblea General por Robespierre, Marat, Danton, Saint-Just y Carnot (Fernández, 1998, p. 33). Sin embargo, el proceso político instaurado de manera inmediata después del triunfo revolucionario afectó a los más pobres debido a la doble categorización de la ciudadanía, que Sieyes se encargó de proponerla ante las cortes generales para la aprobación de la Constitución geraldina en 1791, postergando la posibilidad de gozar de derechos mínimos para vivir en condiciones mínimas de dignidad al pueblo pobre. En dicha constitución,

[...] todos los franceses son ciudadanos, pero hay ciudadanos activos, con plenos derechos políticos —un 15 por ciento de la población francesa— y ciudadanos pasivos, con menor capacidad e intereses en la cosa pública. Este entramado institucional elitista se hallaba bien contemplado por las disposiciones como la Ley Chapellier [...] Y, resultaba altamente funcional a un orden económico que pretendía basarse en el carácter sagrado del derecho a la propiedad y de la libertad de industria (Pisarello, 2011, p. 77).

En Estados Unidos de América, la Constitución habría realizado algunas concesiones sobre la esclavitud, las mujeres y el pueblo pobre; no obstante, les dio la espalda a pesar de reconocer su existencia en el preámbulo: “Nosotros el pueblo de los Estados Unidos”. La revolución fue el resultado de la lucha conjunta dirigida por los padres fundadores y peleada por el pueblo. A pesar de aquello, los padres fundadores en la Constitución no estaban dispuestos a conceder la posibilidad de mejorar sus condiciones económicas; en su lugar, prevaleció la exigencia de pagar impuestos para ejercer su derecho al voto, no democratizar el uso de la moneda, evitar el reparto de la propiedad y eliminar las deudas injustas, como se demuestra en el diario diez de *El Federalista*. Al respecto, Bruce Ackerman señala que se trata de una apología vergonzosa del compromiso de la Constitución con la esclavitud, de la subordinación de las mujeres y otros grupos que no llegaron a convertirse en ciudadanos de pleno derecho del país en el que vivían (2015, p. 200). Debido a los temores de la élite gobernante, esto afectó a la naturaleza de la revolución como un medio para lograr la igualdad.

En América Latina, la independencia planteó la libertad de las colonias que se encontraban sometidas al pago de impuestos de los indios y la implacable extracción de oro y plata por parte del reino de España, la exigencia del cambio en la cuestión social que cuestionó la forma excluyente y miserable en la que vivía el pueblo pobre. Se lograría la independencia por medio de las batallas liberadas por Simón Bolívar y José Martí, apoyados por criollos y la masa del pueblo, saliendo del absolutismo en 1821 con la Constitución de Cúcuta, que priorizó los criterios de propiedad, ilustración y residencia como condiciones para elegir y ser elegido, así como el peso de la religión y la propiedad que buscaba instituir un Estado con sesgos teocráticos y excluyentes (Sosa, 2009, p. 85).

Sin embargo, alcanzar la independencia no fue fácil. Al inicio de esta, el Ejército español contaba con buen apoyo popular. Ante dicha realidad, Bolívar y los líderes de la independencia debían convencer a las masas para luchar por la libertad y la autodeterminación. Así, en el Río de la Plata, Artigas anunció un programa radical de reparto de la tierra, hecho que no se concretó en toda América Latina. Mientras que José Tomás Boves, en Venezuela, declaró libres a los esclavos y desposeídos, lideró junto con Pablo Morillo las masas rurales insubordinadas, analfabetas y sin formación militar contra la Colonia. Este sería el golpe más fuerte contra el Ejército español. Estas masas, compuestas por negros, pardos y peones o jornaleros, formaron lo que se conoció como “la legión infernal” y combatieron con terror contra sus enemigos, a fin de lograr una redención social y desmoralizar a los patriotas venezolanos (Decreto de la guerra a muerte, 1813). Aspectos que marcaron el rumbo de independencia en toda América. Para Bolívar, esta lucha fue una lucha de clases: “Era la furia de los pobres contra los ricos e incluso contra los blancos. ¡Eso fue una guerra de clases! Eso lo entendió Bolívar, llorando. Reflexionó y logró incorporar al ejército libertador a las masas de pobres, de pardos, de esclavos, con quienes derrotó al imperio español en toda América” (Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 46)

Luego de la lucha por la independencia vino la exclusión. Las Constituciones de América reconocieron la igualdad formal y la ciudadanía, señalando de forma expresa que los indios, peones y jornales no serán ciudadanos, manteniendo a estos grupos en la pobreza durante todo el siglo XIX y, después, se les sometió a condiciones de pobreza al impedir su acceso a condiciones laborales dignas, mediante la precarización del trabajo durante los siglos XX y XXI (Escudero, 2019).

Las estructuras sociales y la desigualdad serían parte del inicio del Estado moderno. Al inicio de la década de 1920 el Estado de derecho cambia al Estado social de derecho, salto cualitativo presente en las Constituciones de Querétaro en México y Weimar en Alemania, las cuales reconocen los derechos sociales como un avance para que los seres humanos sean tratados de acuerdo con su dignidad, lo que implica la materialización tanto de los derechos civiles y políticos como los DESC (Manili, 2016, p. 30), mediante prestaciones estatales y de garantías jurisdiccionales para su eficaz cumplimiento (Gaviria, 2007, p. 7).

Al respecto, resulta demasiado sencillo pensar que si se otorgan recursos económicos y se realizan políticas públicas, estos derechos se cumplen y, en el caso de que estos mecanismos fallen, las sentencias judiciales resolverían el problema que impide el ejercicio de los DESC. Se trata de una inferencia errada, ya que el problema no son las sentencias, las políticas públicas o los recursos económicos, sino la desigualdad estructural, la pobreza y la miseria en la que vive gran parte de la sociedad.

Las prestaciones estatales no serán suficientes para resolver el problema. Tan pronto se reconocen los costos reales en salud, educación, vivienda, acceso al agua, seguridad social, entre otros derechos, se comprueba que las instituciones públicas están quebradas en lo económico. Así, a cuenta gotas se procuran de recursos económicos para atender estos derechos. Mientras que las políticas

públicas, en lugar de facilitar el acceso a los DESC, imponen una cantidad de requisitos inútiles que terminan encareciendo los costos de los derechos y negando su ejercicio, al punto de requerir intervención judicial.

Sin el apoyo de la sociedad en el cumplimiento del principio de solidaridad, del rol del mercado en su función social y del papel del Estado en la solución de los conflictos estructurales, todos en conjunto para generar igualdad material y alcanzar una vida digna sin distinción de origen, etnia, color, orientación sexual o condición socio económica, no es posible la materialización de los DESC. En consecuencia, la efectividad de los DESC no depende de manera exclusiva del dinero con el que cuente el Estado o de la capacidad que tengan los jueces de aceptar las garantías constitucionales, sino de la consecución de todos los elementos antes analizados en su conjunto.

### 3. Los límites a los DESC desde la constitución económica

Desde la perspectiva de la constitución económica, para Richard Posner (2013) y Juan Sola (2009), los DESC son costosos y no le corresponde al Estado participar de su materialización, son los propios ciudadanos quienes deben procurarse estos derechos en función de su capacidad y libertad. Asimismo, en el momento en que se revisa el problema de la pobreza, la consideran como una falla del mercado que permite la desigualdad estructural como un elemento natural a la sociedad (Sola, 2009, p. 23). Así, el ser humano, al no procurarse por sus propios medios sus derechos, no puede lograr una vida digna, causando que los fines del Estado social sean una utopía inalcanzable. Desde un punto de vista del análisis económico del derecho, conforme con Posner, si el Estado reconoce un derecho es preferible que lo cumpla, pues su vulneración o desconocimiento siempre es más costoso (Posner, 2013, p. 978).

El criterio económico como un límite al ejercicio de los DESC se expresa en la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Maher Vs. Wade*, fallo que fue dictado tiempo después de la sentencia de *Rode Vs. Wade*, mediante la cual protegió el derecho al aborto. La peticionaria, a causa de sus escasos recursos económicos, solicitó que el Gobierno cubra los costos de su aborto. La respuesta de la Corte fue que una indigente no entra en desventaja para ejercitar este derecho, ya que no es problema del Gobierno la falta de recursos en los que se encuentra inmersa, pues el Estado no es responsable de su situación. En definitiva, la Corte expuso a la peticionaria a indignantes e intolerables restricciones económicas para el ejercicio de este derecho (Holmes & Sunstein, 2015, p. 55).

En contraste, Charles Beard señaló que si se interpreta la constitución económica solo a favor de la propiedad y libertad, jamás se resolverá el problema de la pobreza (2001, p. 13). Si bien, el derecho a la propiedad es central para la defensa de la dignidad individual, se ha reconocido como un imperativo categórico de aplicación *prima facie* para protegerla ante cualquier situación, como bien se puede justificar de su condición de derecho fundamental. Mientras que los DESC cuentan con un desesperante dispositivo “esperen”, son derechos de finalidad o teleológicos que dependen de muchos factores institucionales y económicos



para ejercerlos. Así las cosas, el error del reconocimiento de los derechos sociales es esperar que el Estado, el mercado, la sociedad o el juez resuelvan sin ninguna articulación un problema estructural. En esa perspectiva, los comportamientos estancos de cada poder tienen como efecto el arrojar al pueblo pobre al automatismo del mercado para ser destrozado por el capital (Rebota, 2010, p. 343).

En ese escenario, las políticas públicas y las asignaciones prioritarias con criterios de acciones afirmativas son medidas que debe realizar el Estado. Asimismo, un mercado debe funcionar con objetivos sociales; más allá de generar empleo y pagar impuestos, tiene que comprometerse con la redistribución como objetivo básico del Estado social (Rawls, 2002, p. 77), mediante la reinversión, innovación, tecnología y equidad (Häberle, 2003, p. 224).

Desde un punto de vista jurídico, sobre el carácter fundamental y la exigibilidad judicial de los DESC, se presentan tesis contrapuestas: de un lado, se considera que los derechos socioeconómicos son fundamentales y justiciables, mientras que, de otro lado, se rechaza esta postura porque se afirma que estos derechos no son justiciables debido a que se trata de programas políticos. Esta última posición es defendida por autores como Rabossi (1993, p. 45), Sola (2009, p. 25) o Peces Barba (1993, p. 326), quienes sostienen que los DESC, por su naturaleza conceptual y práctica, no son fundamentales ni justiciables, requieren de voluntad política para su realización, son derechos costosos, no poseen un carácter universal y de cierta forma no son eficaces contra el Estado, todo lo contrario a los derechos civiles y políticos, de carácter universal, absolutos y que no implican costos para el Estado por ser prerrogativas negativas; por tanto, los derechos de libertad, al estar en la órbita individual, son derechos *prima facie* o exigibles de forma directa.

Desde otra perspectiva, autores como Courtis y Abramovich (2003), Bazán (2005), Liborio del Hierro (2007), Holmes y Sunstein (2015) consideran que las diferencias entre DESC y derechos civiles y políticos son aparentes, no soportan un análisis profundo, ya que las distinciones llegan a disolverse, pues afirman que los DESC son fundamentales y justiciables, por tanto exigibles contra el Estado.

Sobre el carácter no universal de los derechos sociales, es claro que están reconocidos en las cartas universales y regionales de derechos, con el afán de ser disfrutados por todos los seres humanos, no solo de quienes cuentan con trabajo o seguridad social, que por cierto son millones de personas; bajo ese argumento carecería de universalidad el derecho humano de propiedad, ya que no todos tiene la fortuna de acceder a ella. Sobre la eficacia, se asegura que la dependencia de instrumentos políticos e institucionales de los DESC no permite considerarlos como derechos eficaces. No obstante, esto no constituye una distinción ya que los derechos civiles de propiedad, vida o participación requieren de instrumentos institucionales y leyes que los protejan para su ejercicio y satisfacción, tanto o más que los DESC. Por ejemplo, la propiedad requiere que el Estado garantice los títulos de propiedad, su registro y seguridad jurídica, mediante notarios, registradores y jueces, quienes representan gran parte de la institucionalidad del sector justicia.

Sobre el carácter costoso de los DESC, a diferencia de los derechos civiles, que son asumidos por sus titulares, se considera que tanto los derechos sociales como los civiles son costos para el Estado, como se señaló con anterioridad en el ejemplo de la protección de la propiedad. Del mismo modo que los costos que genera la seguridad social o el derecho a la educación, en los dos escenarios se requiere de coberturas estatales generadas a partir de tributos. Por último, sobre el carácter programático y la excusa para su no justiciabilidad, desde la perspectiva constitucional no cabe la ruptura de la igual consideración de derechos bajo la distinción de derechos efectivos y programáticos, pues todos los derechos deben ser oponibles desde lo judicial mediante las garantías jurisdiccionales. Lo cual significa que tanto una libertad como un derecho social sean exigibles frente a una vulneración (Del Hierro, 2007, p. 261).

En efecto, al ser un problema complejo el ejercicio de los derechos sociales, se debe tener claro que los derechos buscan que todos vivan de forma digna y solo funcionan comprendiendo la integralidad del rol de todos los actores sociales, estatales y de mercado. Es claro que hasta que la articulación no se concrete, estos derechos no se cumplirán, por eso es que el juez, como primer mandato de justiciabilidad, debe intervenir para integrar las relaciones de poder y dar soluciones que se enmarquen dentro de los principios de solidaridad, bien común y buen vivir, en el contexto del Estado social (Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 470).

#### **4. Los límites a los DESC desde la sede jurisdiccional**

Ahora que el pueblo pobre ha esperado tanto sin que sus DESC se concreten, veamos si la respuesta para lograr una vida con dignidad está en manos de los jueces. La palabra “justiciabilidad” podría significar la solución al problema del goce de los derechos sociales; sin embargo, en el momento en que el juez asume la carga de la desigualdad estructural en sus hombros, no resuelta por la sociedad, el mercado o el Estado —mediante la aplicación de garantías jurisdiccionales como la acción de protección, el amparo o la tutela—, caerá en cuenta de que estos instrumentos son débiles e insuficientes para enfrentar a la pobreza basada en carencia y necesidad, hecho que es peor que la muerte (Arendt, 2014, p. 35).

A escala mundial, en 2008 la crisis humanitaria demostró que la pobreza mata. Más de 25 000 personas —sobre todo niños— mueren de hambre y desnutridos cada día (Feyder, 2017, p. 11). De 7300 millones de personas que viven en el planeta, más de 1000 millones de seres humanos no alcanzan a vivir con un mínimo de dignidad. Desde luego, el hambre y la desnutrición no son problemas derivados de la producción insuficiente, sino que son un asunto de pobreza, de justicia y distribución (Feyder, 2017, p. 11).

En esa línea, la desigualdad estructural pone de manifiesto la concentración de la riqueza en manos del 1 % y, más aún, del 0,1 % más rico. Por ejemplo, “en 2010, dos años después de la crisis, el 1 % de los estadounidenses captó el 93 % de los suplementos de ingreso; ¡deducidos los impuestos, el 20 % más rico recibió tanto como el 80 % restante!” (Dubet, 2019, p. 20). Estas inequidades económicas del

ingreso afectan de forma sistémica a la vivienda, la salud, la educación, etc. El escandaloso 1 % devela la magnitud de las desigualdades; sin embargo, suele estar encubierto por el mérito y la calificación de capacidades, aspecto identificado por Max Webber como la ética protestante (1991, p. 25), e implica el reconocimiento del mérito y debe ser recompensado por el mercado y la sociedad en la cual se vive. En términos de Dubet, la pobreza permite culpar a las víctimas de su situación, señalando que los desempleados abusan de derechos sociales, los migrantes malversan las prestaciones sociales, los DESC son caros, entre otros. En suma, critica el hecho de que se apunte a las víctimas de la desigualdad estructural mediante la justificación de que ellos merecen y son responsables de su suerte y no son verdaderas víctimas (2019, p. 37).

Ante este panorama, en el cual el mercado, el Estado y la sociedad no han sido eficientes, las garantías judiciales descargan el problema en los jueces, quienes, mediante sus sentencias, buscan volver efectivos los DESC; sin embargo, ante la magnitud del problema que representa la desigualdad estructural, es usual la falta de cumplimiento de las decisiones por parte del Estado (Lanford *et al*, 2017, p. 100), comportamiento que nutre el escepticismo del ejercicio de los DESC (Arango, 2014). En definitiva, las sentencias que favorecen los DESC no resuelven el hecho social de vivir bajo el dictado de la violencia causada por la necesidad y el hambre (Arendt, 2014, p. 35).

Más allá de los problemas estructurales, existen límites propios de la jurisdicción, con algunos avances desarrollados en la jurisprudencia de derechos humanos y lo constitucional, que por lo general se pueden resumir así: 1) los DESC son derechos definidos sin claridad, es por ello que los jueces deben definir en qué consiste la gravedad de una enfermedad, el padecer hambre, el no contar con un trabajo digno u otra situación; se trata de lagunas jurídicas que no las ha tratado el legislador y no siempre son cubiertas por el juez; 2) el cumplimiento de estos derechos depende de la existencia de políticas públicas, la revisión de esas políticas no resuelve el problema estructural sino de la administración del Gobierno de turno (Alto Comisionado de Naciones Unidas y Derechos Humanos [ACNUDH], 2009); 3) las sentencias judiciales que garantizan los DESC encuentran límites económicos, de voluntad política, de tiempo y de trámites burocráticos para lograr su cumplimiento (Lanford, Rodríguez y Rossi, 2017, p. 16); y, 4) los viejos entramados normativos y complejos métodos jurídicos de interpretación del derecho centrado en la propiedad privada, lo que no contribuye al desarrollo de los DESC.

En contraste, el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en aplicación del artículo 26 del Pacto de San José, ha reconocido varias obligaciones que los Estados han incumplido en relación con los DESC. Así, en el caso *Cinco Pensionistas contra Perú*, determinó que estos derechos son de naturaleza individual y colectiva, su cumplimiento se mide de forma progresiva, teniendo presente el imperativo de equidad social, no limitándose a un individuo o grupo, sino a una situación general (Corte IDH, *Cinco Pensionistas c. Perú*, 2003).

En esa línea, la Observación General N.º 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, sobre el trabajo y seguridad social, expresó que las personas tienen derecho a que no se les prive de manera injusta del empleo. Es decir que los trabajadores tienen el derecho de impedir el despido improcedente. La Corte IDH, con relación al derecho a la salud, ha determinado que este se ejerce en relación con otros derechos como la alimentación, así ocurrió en el caso *Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay* (2005), en el colectivo la salud se garantiza con la alimentación y el acceso al agua limpia, medios necesarios para lograr una existencia digna.<sup>2</sup>

En relación con el derecho a la vivienda asociado al derecho de propiedad (lo que no siempre es una relación adecuada porque afecta a quienes no posean propiedad), la Corte IDH ha manifestado que el derecho a la vivienda es susceptible de ser protegido mediante el derecho a la propiedad (Comité del PIDESC, 1991); sin embargo, no toda propiedad es una vivienda en sentido estricto (Caso *Ticona Estrada y Otros c. Bolivia*, 2008).<sup>3</sup> Con relación a la dimensión protegible, esta gira en torno al acceso a la vivienda, alcanzar un nivel de vida adecuada y a no ser discriminado por este aspecto (Consejo Económico y Social, 2010).

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, en la sentencia de amparo directo en revisión 1399/2013, determinó que “[las personas mayores] debido a [su] vulnerabilidad merecen una especial protección, lo cual incluso se ve robustecido por el hecho de que los instrumentos internacionales y los regímenes jurídicos modernos han venido marcando una línea [para su] protección, con el objeto de procurarles mejores condiciones en el entramado social”, así hizo referencia a fallos del Sistema Interamericano (Corte IDH, *Poblete Vilches c. Chile*).

La Corte Constitucional de Colombia, institución que más aportes ha realizado en materia de DESC, mediante ejercicios hermenéuticos creativos, de forma especial activistas e innovadores, por iniciativa propia ha conocido miles de

2 La Corte IDH, en el caso reconoce el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad indígena Yakye Axa, conformada por más de 300 personas. A finales del siglo XIX, grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron vendidas. En esa misma época, y como consecuencia de la adquisición de estas tierras por parte de empresarios británicos, comenzaron a instalarse varias misiones de la iglesia anglicana en la zona. Asimismo, se levantaron algunas estancias ganaderas de la zona. Los indígenas que habitaban estas tierras fueron empleados en dichas estancias. En 1986, los miembros de la comunidad indígena Yakye Axa se trasladaron a otra extensión de tierra debido a las graves condiciones de vida que tenían en las estancias ganaderas, lo que causó responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad, lo cual generó numerosas afectaciones a sus miembros.

3 La corte IDH resolvió sobre la desaparición del señor Ticona Estrada y determinó la responsabilidad internacional del Estado boliviano en el caso. En relación con las condiciones de los familiares de las víctimas y el derecho a la vivienda, la Corte expresó: Además, el Estado expresó a la Corte su voluntad de construir una casa de habitación para los padres de Renato Ticona. En ese sentido, informó que el Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda certificó que resarcirá a dichas personas con una vivienda en el Departamento de la Cruz o en la ciudad de El Alto de la Paz [111]. La Comisión ni el representante objetaron la referida propuesta. Al respecto, la Corte estimó que este deberá construir dicha vivienda de manera adecuada [112], para lo cual asumirá todos los gastos relacionados con su construcción, y deberá ser realizada de común acuerdo con los padres de la víctima. En razón de lo anterior, este Tribunal hace notar que el valor de la referida vivienda se tendrá en cuenta como parte de la compensación por daño inmaterial a favor de Honoria Estrada de Ticona y César Ticona Olivares. Asimismo, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para realizar la construcción, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

acciones constitucionales individuales (tutelas) sobre violaciones de DESC, y ha dictado sentencias colectivas que contienen requerimientos estructurales de largo plazo que las autoridades deben atender (Rodríguez, 2017, p. 99). Al declarar esas situaciones como un “estado de cosas inconstitucional”, la Corte ha iniciado procesos participativos, que duran varios años, para supervisar sus sentencias sobre los derechos de los prisioneros en instalaciones carcelarias sobrepobladas (Sentencia T-153/1998), sobre pacientes que solicitan tratamientos y medicamentos en un sistema de salud disfuncional (Sentencia T-160/2008).

En toda la región, los ejemplos del reconocimiento de los DESC constituye un avance importante en materia de derechos y dignidad, sea vía constitucional o mediante el desarrollo de la jurisprudencia local o internacional. En este sentido, se han dado pasos sólidos para la justiciabilidad de estos derechos que buscan que las personas vivan con un mínimo de dignidad, considerada una obligación de medio y de comportamiento que tienen los Estados para lograr que cada vez menos personas vivan en la miseria o la pobreza.

## 5. Los derechos del buen vivir en Ecuador

El amplio reconocimiento de los derechos sociales es una de las características de la Constitución de Ecuador de 2008. Se trata de una reivindicación histórica del Estado con los pueblos, nacionalidades, grupos de atención prioritaria, personas en situación de vulnerabilidad, la naturaleza y es un compromiso constitucional (Gargarella, 2008, p. 11) para combatir la pobreza estructural (Constitución de la República del Ecuador, arts. 1, 3 y 13). Así, el buen vivir es una dimensión intercultural del reconocimiento de derechos equivalentes a los DESC, incluyendo el acceso al agua, la alimentación, a la ciudad y los derechos de la naturaleza; en un contexto en el cual los derechos tienen una relación directa con el modelo de desarrollo que reconoce la Constitución de Ecuador (Ávila, 2012, p. 100).

Las principales diferencias con los DESC son dos: 1) los DESC no cuentan con un programa constitucional de desarrollo para combatir la desigualdad estructural en términos de equidad; y, 2) la ausencia de la perspectiva intercultural para la comprensión y desarrollo de los derechos depende de la voluntad de las mayorías. Ahora bien, ¿en qué medida el buen vivir resuelve el problema estructural de la pobreza? El principio del buen vivir depende del desarrollo de una economía social y solidaria, del ejercicio de derechos, de la participación equilibrada e interrelacional de la sociedad, el Estado y el mercado para resolver los problemas estructurales de la pobreza y la desigualdad (Palacios, 2008, p. 41).

La economía social y solidaria (ESS) reconoce al ser humano como principio y fin del sistema, va más allá del valor de uso y de cambio, se mide en términos de ejercicios de derechos para lograr una vida digna en reconocimiento de la interculturalidad y los derechos de la naturaleza (Grijalva, 2012, p. 46). Se trata de un cambio de cultura, o de hacer del cumplimiento de la Constitución una cultura (Häberle, 2003, p. 230); más allá de la norma suprema hay mucho por desarrollar frente a los retos del Estado de derechos y justicia social en términos de los derechos del buen vivir (Constitución de la República del Ecuador, arts. 340-415).

Todo reconocimiento de derechos es un avance, sin embargo, pueden estar sujetos a límites que impiden su ejercicio. Los derechos del buen vivir dependen del principio de solidaridad y del cumplimiento de las responsabilidades del Estado y del mercado, en la medida en que el rol de la sociedad exige cambios culturales que permitan el paso de una sociedad individualista a una solidaria. Los problemas y límites que afectan el ejercicio de derechos someten a las personas a procesos desesperantes, dependencias de tiempo, recursos económicos, políticas públicas fallidas y sentencias judiciales incumplidas. Además, los jueces deben lidiar con problemas jurídicos complejos, ya que deben reconocer los derechos del buen vivir en el contexto de un ordenamiento jurídico basado en el derecho civil romano, individualista, monocultural y dependiente de la propiedad privada.

Ahora bien, una vez que se han identificado las bondades y tensiones de los derechos del buen vivir, frente al sistema legal ecuatoriano caduco y poco sensible a las condiciones sociales de la desigualdad estructural como las que se contiene en la protección de la propiedad contenida en el código civil, es hora de analizar la justiciabilidad de estos derechos.

## 6. Justiciabilidad de los derechos sociales del buen vivir en Ecuador

En Ecuador, los límites para el ejercicio de los derechos del buen vivir en grupos afectados por la pobreza y la miseria se caracterizan por la falta de recursos fiscales para el desarrollo de políticas públicas efectivas, alto grado de corrupción que afecta al ejercicio de derechos (Centro de Estudios Latinoamericanos, 2018),<sup>4</sup> un mercado primario basado de modo exclusivo en la utilidad del capital, empresas privadas que ante la presión impositiva tributaria sacan sus recursos fuera del país y buscan la forma de evadir el pago de impuestos. En definitiva, se trata de una pequeña economía de casino plagada de actos de corrupción pública y privada,<sup>5</sup> que impiden el cumplimiento de los derechos del buen vivir.

Respecto a la “justiciabilidad”, la Constitución de la República del Ecuador reconoce todos los derechos como aplicables de forma directa por toda autoridad pública y asegura que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los mismos. En ese sentido, no existen excusas como la falta de una ley o la voluntad política para dejar de aplicarlos, lo que les torna directa e exigibles de forma inmediata en caso de vulneración. En relación con el poder judicial, está orientado por los principios de independencia y autonomía, asegurando el buen funcionamiento de la administración de justicia. Si una persona, grupo o colectivo es vulnerado uno o varios derechos constitucionales, cuenta con garantías jurisdiccionales como la acción de protección, que es un mecanismo rápido, directo, de conocimiento y reparación integral, que busca la realización de la justicia sin

4 Centro de Estudios Latinoamericanos, “Indicador de corrupción de Ecuador se ubicó en 72 de 100 puntos”, (2018). El indicador señala un alto nivel de corrupción y debilidad extrema en política anticorrupción.

5 Ante el no pago de intereses de impuestos se condonó las deudas de las empresas privadas y del sistema financiero en un valor total de 4000 mil millones de dólares mediante Ley. Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal (Ecuador: Suplemento de Registro Oficial N.º 309, de 21 de agosto de 2018), artículos 1-24.

que se la sacrifique por meras formalidades. En esas condiciones parecería que los derechos del buen vivir tendrían un campo fértil para su desarrollo y protección.

A diferencia de lo señalado, la falta de independencia judicial y el control disciplinario realizado a los jueces por parte del Consejo de la Judicatura de Ecuador, entre 2008 a 2018, según el informe de Luis Pásara (2014), que estudió 12 casos relevantes y del *Informe de la Mesa por la Verdad y la Justicia*, que hace referencia a 297 casos, demuestran una frágil independencia judicial, en la que la regla general consistía en rechazar las demandas presentadas contra el Estado, no existiendo la posibilidad de que los jueces que conozcan casos de derechos sociales y puedan protegerlos.

Debido a las condiciones antes citadas, los jueces de instancia protegían de forma muy limitada los derechos del buen vivir (Storini y Navas, 2012, p. 35), siempre ligados a la propiedad o el derecho al trabajo. Por su parte, la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) cuenta con un sistema de selección de casos para el desarrollo de los derechos mediante la jurisprudencia constitucional obligatoria, mecanismos que no fueron desarrollados en su máximo potencial. En diez años se dictaron dos sentencias de jurisprudencia obligatoria, las que no desarrollan los derechos del buen vivir.<sup>6</sup>

La mayor cantidad de sentencias obligatorias para el sistema de justicia en calidad de jurisprudencia se dictó vía acción extraordinaria de protección (AEP), con un total de 27 fallos. La AEP se creó en la Constitución de 2008 como un medio para identificar la vulneración de derechos causadas por los jueces, sea en el proceso judicial o en la sentencia definitiva. Sin embargo, con la AEP se desarrollaron derechos sociales que nos permitirán a continuación analizar los límites a la justiciabilidad de los DESC-derechos del buen vivir.

## 6.1. El derecho a la vivienda

En el caso del derecho a la vivienda se presentan tres límites claros: la escases de recursos por parte de la solicitante, la oportunidad de la protección en relación con el tiempo y la imposición del ordenamiento jurídico viejo —sin propiedad no hay vivienda—, afectando la protección autónoma del derecho a vivir con un mínimo de dignidad. En suma, el tratamiento del caso en el sistema de justicia ecuatoriano no propició una tutela efectiva frente al estado de necesidad y pobreza de la solicitante.

En el análisis de los casos concretos relacionados con pobreza extrema es pertinente revisar el caso de María Mercedes Zumba Morochu, quien esperó por sus derechos sociales hasta morir y no pudo gozar de la materialización del derecho a la vivienda. Cuando inició sus reclamos para lograr una vivienda digna, María tenía 80 años de edad, vivía junto a sus nietas de 12 y 8 años de edad, quienes

6 Corte Constitucional del Ecuador. De 30 casos considerados como jurisprudencia, 2 corresponden al proceso de selección: 1) Sentencia n.º 001-10-PJO, caso Indulac (nombramiento de presidente de la empresa); 2) Sentencia n.º 001-14-PJO (*habeas data* para personas jurídicas). Mientras que las demás 27 sentencias corresponden a acciones extraordinarias y consultas de normas. Sentencias: 102-13-SEP-CC (extraordinaria interpretó el art. 42 LOGJCC sobre admisibilidad de la acción de protección), sentencia n.º 175-14-SEP-CC (derecho a la jubilación).



habían quedado en orfandad. En relación con la situación de pobreza en la que vivían María y sus nietas, el Ministerio de Vivienda reconoció que: [...] vivía en una situación por demás deplorable, en una vivienda en [...] riesgo [y] prácticamente inhabitable [...] vivían a la intemperie estando en riesgo su vida, su integridad física y su salud (Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, informe de Solicitud de Bono se desprende del proceso de Acción de Extraordinaria de Protección n.º 344-16-SEP-CC).

Ante este hecho desesperante, María Mercedes realizó una solicitud de bono para mejorar las condiciones de su casa ante el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (en adelante Miduvi), pedido que fue negado porque si bien la casa constaba a su nombre, la escritura era de derechos y acciones, y por no estar saneada no podía acceder al bono. Ante la negativa de su petición, en abril de 2010 presentó una acción constitucional de protección por medio de la cual solicitó el acceso al bono. La petición fue aceptada por el juez de primera instancia, decisión que fue apelada por el Miduvi ante la Corte Provincial del Cañar, instancia que revocó el fallo y negó el derecho de la señora Zumba, bajo el argumento de que es obligación de la solicitante tener saneados los terrenos para acceder al bono, como lo exige el Reglamento de Acceso al Bono de Vivienda expedido mediante Registro Oficial n.º 422 de 2008, hecho que no cumplió la recurrente. A lo que la sentencia añade la siguiente reflexión, considerando que, si bien, el Estado de derechos y justicia es garantista de los derechos, frente al derecho a la vivienda se encuentra el derecho de seguridad jurídica que exige el cumplimiento de reglas anteriores y claras, las cuales no se habrían cumplido. De esta manera, la Corte Provincial impidió que mediante sentencia una familia pobre pueda acceder a mejorar su vivienda.

Tiempo después, María Mercedes presentó una acción extraordinaria de protección por las vulneraciones de derechos cometidos por la Corte Provincial del Cañar. Seis años después, la CCE, mediante Sentencia n.º 344-16-SEP-CC, reconociendo la violación de derechos en la sentencia y del derecho a la vivienda por parte del Miduvi, ordenó la reparación integral, junto con la atención prioritaria a personas de escasos recursos y de la tercera edad, así como las disculpas públicas; sin embargo, la solicitante ya había fallecido al momento de la sentencia. Como dice el fallo:

Se concluye que el fallecimiento de la señora María Mercedes Zumba Morocho, legitimada activa de la causa, no es causal para que se declare la terminación de la acción extraordinaria de protección propuesta, por lo que, este Organismo tiene la obligación de pronunciarse, mediante sentencia, respecto a las vulneraciones alegadas en la respectiva demanda (CCE, Sentencia n.º 344-16SEP-CC).

Este caso demuestra cómo los límites jurídicos afectaron el ejercicio del derecho a la vivienda, a saber: el viejo ordenamiento jurídico basado en la propiedad privada solo garantiza el derecho a la vivienda a los propietarios (Posner, 2013, p. 983), la lentitud de los procesos judiciales y la expedición de la sentencia después de la muerte de la accionante, hechos que evidenciaron que los derechos del buen vivir no fueron efectivos.



## 6.2. Derecho a la salud

En materia de derechos sociales, uno de los límites más desesperantes para quienes obtienen sentencias favorables es su incumplimiento, problema que enfrentan las cortes o tribunales constitucionales progresistas, sea por la cantidad de sentencias que emiten o por la ausencia de voluntad de los órganos estatales para dotar de recursos económicos al ejercicio de derechos (Dugard, 2015).

Oswaldo Asanza y otros peticionarios demandaron al Ministerio de Salud del Ecuador, en diciembre del 2010, a nombre de sus hijos y otros niños que sufren de síndrome de Larón o enanismo. Los peticionarios presentaron una acción de protección para acceder a los medicamentos para su tratamiento bajo el argumento de necesidad de dotarles de una vida digna, libre de discriminación, así como, de urgencia, debido a que el efecto de la medicina es efectiva si se suministra entre los 3 y 6 años de edad (edad púber). Se solicitó el acceso al medicamento Somatomedina IGF-I, disponible solo en marca Incrlx de la empresa Pisen, de Francia. Como consecuencia de la demanda, el Tribunal Supremo de Garantías Penales de Pichincha aceptó la acción de protección y dispuso: a) conformar una comisión médica para investigar el referido síndrome; b) presentar los lineamientos técnicos para el tratamiento del síndrome de Larón; y, c) que el Ministerio de Salud gestione, de forma expedita y efectiva y, en un plazo razonable, otorgue el apoyo médico para el tratamiento de la población ecuatoriana.

Respecto al primer mandato de la sentencia, se cumplió de forma tardía. En el mes de marzo de 2011 se presentó el informe de la comisión médica sobre el síndrome de Larón. Con relación al segundo parámetro, el protocolo de tratamiento a cargo del Ministerio de Salud no solo que fue entregado de forma tardía sino que no cumplió con los protocolos exigidos por la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología (Senescyt). Tiempo después, el Ministerio, en lugar de aplicar los protocolos para el tratamiento de la enfermedad, obstaculizó de forma manifiesta el tratamiento y el acceso a los medicamentos.

En 2014, ante la Corte Constitucional del Ecuador se presentó una acción de incumplimiento de sentencia, que resolvió en 2016 mediante fallo n.º 074-16-SIS-CC, señalando que el Ministerio de Salud incumplió y violó el derecho a la salud. En este sentido, la Corte citó jurisprudencia actualizada a los estándares del derecho a la salud, en consonancia con lo establecido por la Corte IDH como los casos *González Lluy*<sup>7</sup> y *Suárez Peralta contra Ecuador*<sup>8</sup> y la sentencia n.º T 418-11 de la Corte Constitucional de Colombia, estableciendo el deber que tienen los

7 La Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por la afectación a la vida digna e integridad personal de Talía González Lluy (TGGL), como consecuencia del contagio con VIH tras una transfusión de sangre que se le realizó el 22 de junio de 1998, cuando tenía tres años de edad. La sangre que se utilizó para la transfusión provino del Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay, sin que, es el supuesto, el Estado hubiera cumplido de forma adecuada el deber de garantía, de modo específico, su rol de supervisión y fiscalización frente a entidades privadas que prestan servicios de salud. Asimismo, el Estado declaró la prescripción de los procesos judiciales y no cumplió con estándares mínimos de debida diligencia para ofrecer un recurso efectivo a la niña TGGL y sus familiares.

8 La Corte IDH encontró responsabilidad internacional en Ecuador por el daño sufrido por las víctimas en un establecimiento de salud privado y su falta de diligencia al momento de sancionar.

Estados de asegurar la garantía del derecho a la salud para lograr una vida digna. En relación con el caso, la Corte señaló:

Resulta claro entonces la obligación del Estado en lo referente al derecho que les asiste a las niñas y niños con “Síndrome de Laron” de ejecutar todo el conjunto de prestaciones o acciones positivas y/o negativas, de manera progresiva, que garantice su ejercicio efectivo (CCE, Sentencia n.º 074-16-SIS-CC).

Para las medidas de reparación integral de la sentencia, entre otras la Corte dispuso:

Que el representante del Ministerio de Salud Pública, [...] inicie de forma inmediata los trámites correspondientes para que INCRELEX obtenga el respectivo registro sanitario. El registro sanitario correspondiente deberá ser ejecutado dentro del término máximo de 60 días.

Que el representante del Ministerio de Finanzas asigne los recursos económicos correspondientes al Ministerio de Salud Pública, para efectos de la adquisición continua del medicamento INCRELEX [...] (CCE, Sentencia n.º 074-16-SIS-CC).

La citada decisión no se cumplió, incluso hasta el presente (2019), los peticionarios ya no serían beneficiarios del tratamiento porque pasaron la edad de 3 a 6 años, tiempo en el que surte efecto la medicina. Así lo confirma la providencia del 10 de abril de 2018 de seguimiento de la sentencia n.º 074. Sobre todo no se ha cumplido que el Ministerio de Salud Pública implemente un programa de atención psicológica, a escala nacional, para las niñas, niños y adolescentes afectados con el síndrome de Laron y para sus familiares cercanos; y, que el Ministerio de Finanzas asigne los recursos económicos correspondientes al Ministerio de Salud Pública, para efectos de la adquisición continua del medicamento Increlex, lo cual no se cumplió.

La pérdida de autoridad de la CCE es la consecuencia más grave del incumplimiento de sentencias, como ha ocurrido en el presente caso. El hecho de que no puedan obligar a las autoridades públicas es un mensaje que determinará la conducta de estas en casos futuros. La sanción, como lo prevé el artículo 86 de la Constitución, debe aplicarse, es decir, la destitución de los funcionarios públicos que incumplen sentencias constitucionales, lo cual sería el único remedio en lugar de darle largas al asunto.

### **6.3. Derecho a la seguridad social**

El alcance del derecho a la seguridad social es la universalidad, la interdependencia con el derecho al trabajo, la igualdad, la salud y la jubilación; constituye además la centralidad de los derechos del buen vivir. Conforme el artículo 34 de la Constitución del Ecuador, comprende un conjunto de prestaciones, a saber: a) es una forma de protección ante las contingencias que afectan a los obreros y trabajadores, así como a su familia, b) es una responsabilidad estatal y jurídica, protegible a nivel constitucional y c) es una forma de organización que se encamina a garantizar los derechos mediante los aportes de los trabajadores con apoyo

estatal y del sector privado (Corte Constitucional del Ecuador [CCE] y Secretaría Técnica, 2018, p. 56).

Desde lo institucional, el derecho a la seguridad social se concreta mediante el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Sociales (IESS), encargado de brindar atención médica, acceso a medicamentos y una pensión jubilar digna. Respecto a los avances de este derecho, se ha previsto que los hijos menores de 18 años y los familiares del afiliado puedan acceder a la cobertura de salud y medicina. En este sentido, es necesario revisar si se cumplen las condiciones del derecho en los casos concretos. El peticionario de la acción de protección (identificado por la sentencia como NN), quien está a cargo de su nieto de siete años y que padece de retardo mental y epilepsia, precisó que el IESS atendió a su familiar por 6 ocasiones, sin embargo, cuando fue derivado al especialista, se le negó el acceso a la salud (CCE, Sentencia n.º 380-17-SEP-CC).

La negativa del tratamiento médico se fundó en el artículo 102 de la Ley de Seguridad Social, que dispone: “[...] alcance de la protección [...] al afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, y sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad”, según la cual el niño-nieto no se encuentra dentro de los sujetos de protección de la seguridad social, haciendo caso omiso al principio de universalidad y a la protección de todos los miembros de la familia que proclama este derecho. Por su parte, la ley no es extensiva a los nietos bajo custodia legal de los abuelos.

Al respecto, el 31 de agosto de 2016, el Tribunal de Garantías Penales del Azuay dictó sentencia en relación con la acción de protección presentada, declarando con lugar la demanda, por existir vulneración al derecho de igualdad y los derechos de los niños. En consecuencia, ordenó al IESS que brinde el tratamiento y atención médica mientras el niño se encuentre en custodia del afiliado. En contraste, el 5 de septiembre de 2016, el representante del IESS presentó un recurso dando lugar a la sentencia expedida por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay, que resolvió:

[...] revocar la sentencia emitida por el Tribunal Aquo; en consecuencia, se declara sin lugar la acción de protección [...]. Así, la autoridad jurisdiccional consideró que el permitir el acceso del niño a la seguridad social implicaría “crear el caos y la inseguridad jurídica” (Corte Provincial del Azuay, AP n.º 01904-2016-00020).

Al limitarse el derecho a la seguridad social vía sentencia judicial de la acción de protección, el 16 de septiembre de 2016 se intentó la demanda de acción extraordinaria de protección. La Corte Constitucional, mediante sentencia n.º 380-17-SEP-CC, resolvió que la decisión antes mencionada vulnera el derecho a la motivación y que afectó el derecho a la seguridad social, por lo que para resolver el problema moduló el contenido de la ley, de la siguiente forma: el artículo 102 de la Ley de Seguridad Social deberá agregar al texto de la norma que “los dependientes hasta los dieciocho años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodios familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor”. Lo cual obligó al IESS a que brinde el servicio de salud al nieto del recurrente hasta

los 18 años de edad. Este caso demuestra que sí es posible concretar la justiciabilidad de los DESC, por lo cual se debe remover los obstáculos basados en normas jurídicas restrictivas y de esta manera constituir un mecanismo de transformación del derecho para lograr una vida digna, que es el fin último del buen vivir.

## 7. Conclusiones

Los DESC son un avance en el reconocimiento de derechos y amplían la forma de comprender la dignidad. Por su parte, los derechos del buen vivir, que incluyen a los DESC, poseen una articulación única con un sistema de economía social y solidaria, así como cuentan con un plan de desarrollo para su consecución. Cabe precisar que reconocimiento no es lo mismo que goce de derechos, sobre todo para las poblaciones de escasos recursos, quienes tienen mayores barreras para lograr su acceso y deben enfrentar obstáculos y límites, por lo que requieren mucho más que la justiciabilidad para lograr su ejercicio.

El estudio de casos relevantes basados en los derechos a la vivienda, salud y seguridad social demostró que, a más de los límites generales que afectan el cumplimiento de derechos —como la escasez de recursos, la ausencia de políticas públicas efectivas, la corrupción generalizada y la falta de voluntad política—, se suman nuevos obstáculos de índole judicial, tales como la falta de independencia judicial, incumplimiento de sentencias y una maquinaria normativa demoleadora basada en la propiedad privada, que disuelve como sal en el agua la posibilidad de protección de los DESC o derechos del buen vivir.

Las víctimas de violaciones de derechos sociales sufren de forma constante la desigualdad estructural o la pobreza, producto de la mala distribución de la riqueza, por lo que tienen un sentimiento de indefensión y violencia que los abandona al dictado del hambre, la necesidad y la desesperación. Estos grupos, como se ha demostrado en el estudio de casos, han esperado por el goce de sus derechos hasta la muerte, han sentido que sus derechos son una burla mediante sentencias que no se cumplen, sin embargo, tienen la esperanza de volverlos efectivos algún día, no por fuerza de una sentencia judicial progresista, sino por la fuerza de la razón humana.

La justiciabilidad de los DESC, resuelta de modo tardío, caso por caso, no es el mecanismo más idóneo para resolver la desigualdad estructural pero es un mecanismo que permite evidenciar que, tal como se encuentran previstas ciertas normas y políticas públicas, merman la dignidad de las personas y van en contra-sentido de alcanzar el buen vivir. En el ámbito de creación del derecho, a la Corte le correspondería no solo alcanzar el reconocimiento de un derecho que se arguye ausente en la vida de una persona, sino desarrollar el contenido sustancial de la dignidad de las personas para alcanzar el buen vivir.

## 8. Referencias bibliográficas

- Ackerman, B. (2015). *Nosotros, el pueblo I*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN).
- Arango, R. (2014). Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia: aporte a un *Ius Constitutionale Commune* en Latino América. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/4.pdf>.
- Alto Comisionado de Naciones Unidas y Derechos Humanos [ACNUDH] (2009). Informe, la discriminación es la causa principal de muchos de los problemas más apremiantes en materia de derechos humanos. Ningún país es inmune a este flagelo. Recuperado el 29/8/2019 de <https://www.ohchr.org/SP/ABOUTUS/Pages/HumanRightsDay2009.aspx>.
- Arendt, H. (2014). *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza.
- Ávila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías*. Quito: CCE/CEDDC.
- Abramovich, V., y Courtis, C. (2003). Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales de aplicación ante los tribunales locales. Recuperado de <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>.
- Beard, Ch. (2001). *An economic interpretation of the Constitution of The United States*. Gilgandra, New South Wales: Macmillan.
- Centro de Estudios Latinoamericanos (2018). Informe. Indicador de corrupción de Ecuador. Recuperado el 29/8/2019 de <https://www.cesla.com/informe-de-corrupcion-en-ecuador.php>.
- Consejo Económico Social [Celsa] (2010). El derecho a una vivienda adecuada. *Folleto Informativo 21*-Rev. 1, 2-65.
- Bolívar, S. (1813). Decreto de la guerra a muerte (Trujillo, 1813). Recuperado el 20/10/2017 de <https://rodrigomorenog.files.wordpress.com/2012/01/bolc3ad-var-decreto-guerra-a-muerte-1813.pdf>.
- Del Hierro, L. (2007). Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. *Revista Doza, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (30-2007), 249-271.
- Dubet, F. (2019). *Solidaridad. ¿Por qué preferimos la desigualdad?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Dugard, J. (2015). Los tribunales y la pobreza estructural en Sudáfrica: ¿Hasta qué punto el Tribunal Constitucional expandió el acceso a los pobres y las medidas judiciales para ellos? En Bonilla, D. (Ed.), *Constitucionalismo del Sur* (pp. 305-361). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Escudero, J. (2019). Las crisis económicas y la exclusión social como la odisea del constitucionalismo ecuatoriano: estudio de la desigualdad de los jornaleros. En Storini, C., *Refundación del Constitucionalismo Social*. Quito: Corporación Editora Nacional/UASB-Sede Ecuador.
- Fernández, A. (1998). *Historia del mundo contemporáneo*. Madrid: Vicens Vives.
- Feyder, J. (2017). *El hambre mata*. Barcelona: Icaria/Antrazyt.

- Fundación Konrad Adenauer (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Ciudad de México: Konrad Adenauer Stiftung.
- Gargarella, R. (2008). Prólogo. En Ávila, R., Grijalva A. y Martínez R. *Desafíos constitucionales: la Constitución del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humano/Tribunal Constitucional de Ecuador.
- Gaviria, C. (2007). El Estado social de derecho y la presión política por el cambio. *Foro Revista de Derecho*, N.º 7 (I semestre): 5-14.
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador/ Centro de Difusión del Derecho Constitucional.
- Hamilton, A. Jay, J., y Madison, J. (2006). *El Federalista*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Lima: PUCE-Perú.
- Heller, H. (2010). *Teoría del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Holmes, S., y Sunstein, C. (2015). *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Kohan, N. (2013). Bolívar, la guerra social y el pueblo de armas. *Revista Cuadernos Marte*, año 4, julio-diciembre, 1-46. Recuperado el 20/8/2019 de Dialnet-BolivarLaGuerraSocialYElPuebloEnArmas-6114263.pdf.
- Lanford M., Rodríguez C., y Rossi, J. (Ed). (2017). *La lucha por los derechos sociales*. Bogotá: De Justicia.
- Manili, P. (2016). *Constitucionalismo social*. Buenos Aires: Astrea.
- Mesa por la Verdad y la Justicia Perseguidos Políticos Nunca Más. (2019). *Informe final sobre independencia judicial*. Quito: Vocalía Tercera del Consejo de la Judicatura en Transición.
- Palacios, F. (2008). Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Suman Kawsay. En Ávila, R., Grijalva, A., y Martínez, R. (Ed.), *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerios de Justicia y Derechos Humanos.
- Pásara, L. (2014). *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Bogotá: De-justicia/DPLF/Instituto de Defensa Legal.
- Peces Barba, G. (1993). *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pisarello, G. (2011). *Un largo termidor*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional/Cedec.
- Posner, R. (2013). *El análisis económico del derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rabossi, E. (1993). Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica. *Revista de IIDH*, vol. 18, 45-73.
- Rebota, S. (2010). *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia: Pobreza, redistribución e injusticia social*. Madrid: CEPC.
- Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad una reformulación*. Barcelona: Paidós.

- Sola, J. (2009). *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Sosa, G. (2009). Los ciudadanos en la Constitución de Cúcuta. *Anuario Colombiano de historia social y de la cultura*, vol. 36, N.º 1, 55-88.
- Stake, R. (2007). *Investigación con estudio de casos*. Madrid: Morata.
- Storini, C., y Marco N. (2012). *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador/Centro de Difusión del Derecho Constitucional.
- Secretaría Técnica del Corte Constitucional (2016). *Desarrollo jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Webber, M. (1991). *La ética protestante y la ética del capitalismo*. Puebla: Premia.

### Referencias jurídicas

- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Tesis 1.ª CXXXIV/2016, Décima Época, Libro 29, Tomo II, abril de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia N.º T 418/11.
- \_\_\_\_\_, sentencia N.º T057/15.
- Corte Constitucional del Ecuador, providencia, 2018.
- \_\_\_\_\_, sentencia N.º 001-10-PJO.
- \_\_\_\_\_, sentencia N.º 001-14-PJO.
- \_\_\_\_\_, sentencia N.º 175-14-SEP-CC.
- \_\_\_\_\_, sentencia N.º 074-16-SIS-CC
- \_\_\_\_\_, sentencia N.º 344-16-SEP-CC.
- \_\_\_\_\_, sentencia N.º 380-17-SEP-CC.
- \_\_\_\_\_, sentencias: 102-13-SEP-CC.
- Corte IDH, Caso Ticona Estrada y Otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 191.
- \_\_\_\_\_, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C N.º 125.
- \_\_\_\_\_, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C N.º 349.
- \_\_\_\_\_, Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Sentencia, 2003.
- \_\_\_\_\_, Caso Gonzáles Lluy y otros Vs. Ecuador. Sentencia, 2015.
- Corte Provincial del Azuay-Ecuador, AP N.º 01904-2016-00020.