

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Catalogación**

PO

FO

FOLLETO

No.4063

Velázquez Coello, Santiago

La exigencia de los derechos sociales / Santiago

Velázquez Coello. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2007.

40 p.

ISBN 970-712-770-8

1. Garantías sociales – Principios – Ecuador – Legislación 2. Garantías sociales – Ecuador – Tratados y Convenciones Internacionales I.t.

Primera edición: julio de 2007

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Av. José María Pino Suárez, Núm. 2

C.P. 06065, México, D.F.

Impreso en México

*Printed in Mexico*

La edición y diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

BIBLIOTECA DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

**L**A EXIGENCIA  
DE LOS  
DERECHOS  
SOCIALES

Dr. Santiago Velázquez Coello\*

PO  
FO

E515.152

V.4452

9.3



*\* Presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador.*

## **SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

**Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia**  
*Presidente*

### **Primera Sala**

**Ministro José Ramón Cossío Díaz**  
*Presidente*

**Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo**  
**Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas**  
**Ministro Juan N. Silva Meza**  
**Ministro Sergio A. Valls Hernández**

### **Segunda Sala**

**Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos**  
*Presidenta*

**Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano**  
**Ministro Mariano Azuela Güitrón**  
**Ministro José Fernando Franco González Salas**  
**Ministro Genaro David Góngora Pimentel**

### **Comité de Publicaciones y Promoción Educativa**

**Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia**  
**Ministro Mariano Azuela Güitrón**  
**Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos**

### **Comité Editorial**

**Mtro. Alfonso Oñate Laborde**  
*Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo*

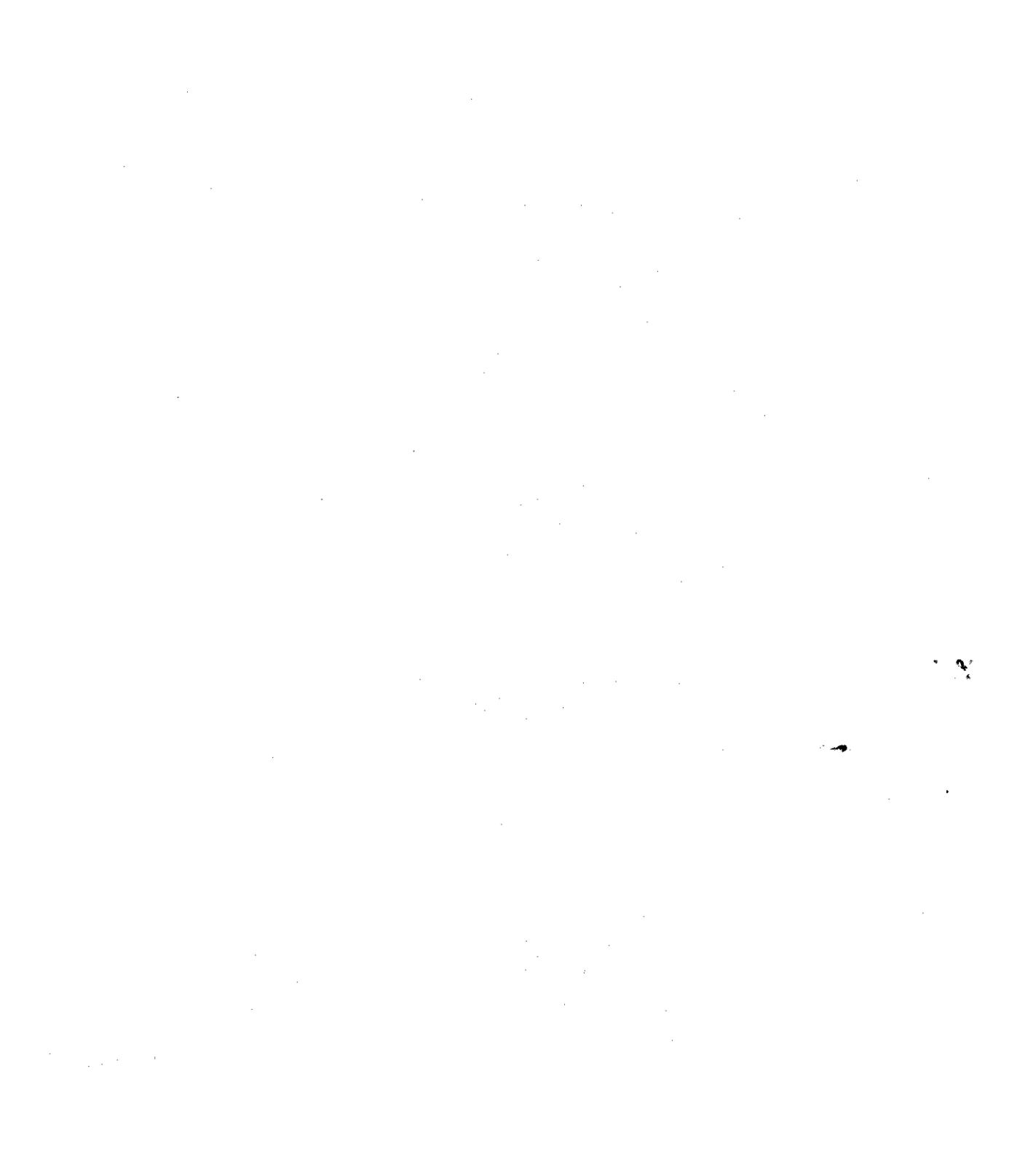
**Mtra. Cielito Bolívar Galindo**  
*Directora General de la Coordinación de  
Compilación y Sistematización de Tesis*

**Lic. Laura Verónica Camacho Squivias**  
*Directora General de Difusión*

**Mtro. César de Jesús Molina Suárez**  
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica  
y Estudios Históricos*

**Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez**  
*Director de Análisis e Investigación Histórico Documental*

65071



## CONTENIDO

Presentación .....	9
Fundamentos nacionales e internacionales .....	11
Naturaleza jurídica .....	15
Conclusiones .....	30
Situación jurídica ecuatoriana .....	31



## PRESENTACIÓN

**L**a primera Constitución del mundo que consignó los derechos sociales fue la mexicana de 1917. Con el tiempo se observó una tendencia global a superar la desigualdad social mediante previsiones constitucionales. En *La exigencia de los derechos sociales*, ensayo que deriva de la invitación que hizo la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a los Presidentes de Cortes y Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, el Dr. Santiago Velázquez Coello, Presidente del Tribunal Constitucional de Ecuador, ofrece sus opiniones sobre el tema.

Esta aportación, ampliamente sustentada en el derecho comparado y, especialmente, en la jurisprudencia de diversos tribunales constitucionales del mundo, expone los pormenores del Estado social de derecho, enfatizando la forma en que el gobierno debe invertir los

recursos públicos para mantener la vigencia de los derechos sociales; situación que depende de la capacidad estatal de recaudación, y a la postre entraña que los derechos mencionados se satisfagan mientras sea económicamente posible.

Con la edición de este número dos de la Colección *Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, esta Alta Instancia Judicial busca difundir los estudios y reflexiones producto de la experiencia adquirida por los intérpretes supremos de la Constitución en el espacio cultural y geográfico que compartimos.

*Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de la  
Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Ministro Mariano Azuela Güitrón  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

## FUNDAMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES

**D**entro de la clasificación doctrinaria de los derechos fundamentales, los derechos sociales forman parte de los denominados derechos de segunda generación, en los que se incluyen también los derechos económicos y culturales, los que se inician en la Revolución Industrial, período que se caracteriza por el desarrollo del Estado Liberal de Derecho o Estado Legal de Derecho.

El Estado Liberal de Derecho, se fundamenta en la defensa de los derechos individuales, evitando la intervención estatal, manteniéndose éste en una actitud pasiva; es decir, de abstención respecto del ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos; y en una actitud activa protegiéndolos de quienes puedan vulnerarlos, ya sea por la misma actividad del Estado o de sus gobernados, conforme con principios del

constitucionalismo clásico. Los excesos del Estado Liberal, al reconocer derechos individuales casi en una forma absoluta, produjo el advenimiento del constitucionalismo social con el que surge el llamado Estado Social de Derecho que promueve y reconoce los derechos económicos, sociales y culturales. El aspecto social, se reflejó en la necesidad de asegurar condiciones mínimas de existencia de acuerdo con las exigencias de la sociedad actual, como por ejemplo: el derecho al trabajo, al de previsión o seguridad social, protección de la familia, salud, educación, vivienda, servicios básicos. El trabajo ya no sólo es una libertad, sino un derecho que debe ser asegurado en condiciones de dignidad.

En el Ecuador, desde la Constitución de 1929, se consagran los derechos sociales, en especial los derechos del trabajo, derecho a la asistencia, higiene y salubridad pública, los que fueron desarrollándose en las Constituciones de 1945, 1946 y 1978, hasta que en la actual Codificación de 1998, por primera vez, el Ecuador se declara en un Estado Social de Derecho que se establece en el artículo 1, siguiendo la corriente de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que fue seguida por la Española de 1978 y, en nuestro Continente, por las Constituciones Peruana de 1979 y Colombiana de 1991.

La doctrina en que se enmarca el Estado Social de Derecho no rechaza las concepciones y principios esenciales del Estado Liberal

clásico, ni los derechos individuales, sino que perfecciona el sistema otorgado a la población sobre una base material y económica, para lograr el ejercicio real de dichos derechos individuales. En palabras del profesor ecuatoriano Hernán Salgado Pesantes, ex-Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ex Magistrado del Tribunal Constitucional, los derechos económicos, sociales y culturales, son el complemento de los derechos civiles y políticos; ya que sin aquellos correrían el riesgo de quedar como meros postulados, vacíos de contenido para muchos, especialmente para quienes sufren pobreza y marginación. Por lo tanto, los derechos económicos, sociales y culturales, junto con los derechos civiles y políticos denominados de primera generación, son la base de los derechos fundamentales y, en consecuencia, no pueden ser considerados separadamente estos dos grupos de derechos. De este modo, en la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán de 1968, se proclamó la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, señalando "...que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales...", principio que fue ratificado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en su artículo 5 al afirmar que: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí".

En el Ecuador, este criterio, también, ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en la Resolución No.0036-03-TC, en la que se expresó:

El concepto de Estado social de derecho, complementa y agrega al Estado de derecho, el componente de la justicia social. La doctrina lo define como un Estado de servicios, de bienestar o de distribución; el Estado social de derecho implica la conciencia de que la dignidad del hombre exige del Estado prestaciones positivas que hagan posible mejorar sus condiciones de vida, significa una nueva dimensión que da preferencia a los derechos sociales para hacer efectivas las libertades del individuo. Lo social aparece como una orientación hacia la justicia social; es decir, hacia la equidad en las relaciones, a la igualdad de todos y todas en el ejercicio de los derechos, descartando distinciones arbitrarias e irrazonables. En definitiva, el Estado gobierno asume el compromiso de atender el desarrollo humano colectivo.

En suma, el Estado Social de Derecho no se asimila totalmente con el Welfare State (Estado de Bienestar); pues si bien ambos se refieren a los aspectos relativos al bienestar, el Estado Social de Derecho va más allá pues supone configurar un concepto de Estado más acorde con las necesidades de la época actual. Es como lo señala Manuel García-Pelayo, un intento de adaptar el Estado tradicional a la realidad de la sociedad industrial y postindustrial, con sus nuevos y complejos problemas. En otras palabras, es superior a la mera política social del Estado de Bienestar. El Estado Social de Derecho no sólo se dirige a las clases más desposeídas sino a las clases medias; pasa de una política sectorial a una política social generalizada; por lo que los derechos sociales se fortalecen por cuanto el Estado está en la obligación de crear las condiciones necesarias para satisfacer los requerimientos de carácter social de la población o de remover los obstáculos que impiden su satisfacción, para llegar a una justicia social.

Por lo anteriormente citado, se puede sostener que los derechos sociales tienen como objetivo superar las desigualdades sociales, al tratar de concretar los valores de dignidad y de solidaridad humana, que permitan a las personas colocarse en condiciones de igualdad material, entre las clases menos favorecidas económicamente y los grupos que detentan el poder económico; puesto que el Estado debe propender a la consecución de la igualdad material ante la ley, a fin de garantizar la igualdad real de oportunidades para todos, especialmente para las personas de escasos recursos económicos, mediante el ejercicio del derecho al trabajo, educación, vivienda, salud, seguridad social, a fin de que puedan realizar la vida con dignidad

#### NATURALEZA JURÍDICA

En la doctrina se han visto dos enfoques respecto de la naturaleza jurídica de los derechos sociales: desde un punto de vista se los considera como derechos relativos y desde otro se los considera como derechos plenos y eficaces. Estos enfoques darán con claridad una perspectiva para analizar la exigibilidad de estos derechos.

La exigibilidad depende del concepto que se tenga sobre la naturaleza de estos derechos.

1. Uno de los enfoques clásicos del constitucionalismo es considerar a los derechos sociales como derechos programáticos o relativos, por

cuanto el fin de estos derechos es prestacional. Así fueron concebidos por el Constituyente francés de 1848 y así fueron recogidos por las posteriores Constituciones de tipo social. Se debe aclarar que no todos los derechos sociales son prestacionales; como el derecho de huelga, derecho a la sindicalización, derecho a la negociación de un contrato colectivo, que son manifestaciones de libertades, como la de asociación, la libertad de elegir para quien se trabaja.

Por tanto, al considerarlos como una obligación del Estado de proveerlos, dependen de los recursos económicos de dicho Estado para su realización, por lo que se presentan como normas programáticas o aspiraciones, constituyéndolas en normas orientadoras de la acción del Estado y los operadores jurídicos. En tal caso, el Estado necesita contar con los recursos indispensables para cumplir con los derechos sociales, transformándose la parte económica en una gran limitación, por lo que tendría un carácter relativo ya que la capacidad financiera de los países puede sufrir variaciones. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el denominado caso "Airey" de 9 de octubre de 1979, en cuya resolución señaló que "la progresiva realización de los derechos sociales y económicos dependen de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica"; y, de igual manera, pero en una forma más concreta, el Tribunal Constitucional Español en sentencia No. 77/1985 de 27 de junio de 1985 determinó: "el legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar los diversos valores y mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles",

y esta misma tesis es reiterada en la sentencia No. 134/1987 de 21 de julio de 1987, al manifestar que el Estado debe "administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales".

Se puede concluir que, de conformidad con este enfoque, el Estado no está obligado a satisfacer los derechos sociales cuando económicamente no tenga recursos y por ende no pueden ser exigibles, sino en la medida de las posibilidades económicas de cada Estado; pero algunos juristas, expresan que estos derechos pueden ser exigibles cuando estos sean desarrollados por el legislador, nuevamente, tomando en cuenta los recursos económicos de que dispone el Estado, ya que, en caso contrario, al no precisarse las prestaciones concretas a cumplir por el Estado, los medios idóneos para exigirlos, los sujetos obligados a proveerlos, estos derechos se vuelven injustificables. Precisamente, para evitar problemas presupuestarios frente a la exigencia del Estado de que cumpla con los derechos sociales, el Constituyente ecuatoriano estableció la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, para la presentación de proyectos que aumenten el gasto público, según el artículo 147 de la Constitución ecuatoriana.

Autores como Loewenstein, Peces-Barba, Pereira Menaut, que defienden esta posición, se apoyan en la tesis de que el relativismo de estos derechos los transforma en ideales con una aspiración loable, con una meta irrealizable, ya que la política no lo puede todo, de modo que, no se puede esperar de ella milagros ni en lo colectivo, ni en

lo personal, y si la política es limitada, con mayor razón lo es el Derecho, del que no se puede pretender aquello que ni siquiera la política es capaz de dar. Pedir al Derecho lo que no le es propio resulta inadecuado, más aún cuando lo pedido es, además, utópico. Incurrir en tal error conlleva el riesgo de que el ciudadano pierda confianza en el Derecho, con lo que se hace evidente el aforismo que "al imposible nadie está obligado", y llegan a manifestar que esta clase de normas no se las puede considerar como derechos, ya que necesitan de los tribunales de justicia para que su titular pueda acudir en demanda de protección en caso de desconocimiento por un tercero. En otras palabras: un derecho fundamental que no puede ser alegado no existe. Por estas consideraciones, Honrad Hessen, tratadista alemán y ex-miembro del Tribunal Constitucional Federal, se ha declarado en contra de la constitucionalización de esta clase de normas programáticas, señalando que la Constitución no debe prometer lo que no es capaz de cumplir, ya que ésta no es un programa político y al pretender convertirla en tal, se debilita el poder del legislador y se fuerza la capacidad de la Constitución.

La Suprema Corte de Estados Unidos se pronunció sobre la potestad de los tribunales para determinar cómo se deben administrar los recursos económicos. Tal pronunciamiento se presentó por la discusión de incorporar a los derechos tradicionales otros de carácter prestacional y subrayó que "...sería contrario al principio de soberanía parlamentaria en la ordenación del gasto público el eventual reconocimiento de tales

derechos, lo que conllevaría un aumento de tal gasto...el reconocimiento y administración de prestaciones sociales no es una función judicial, sino legislativa o administrativa por su propia naturaleza". De igual forma, el Tribunal Constitucional Español, en sentencia No. 90/1989 de 11 de mayo de 1989, sostuvo "...Que es competencia del gobierno establecer el alcance y ámbito de aplicación de los subsidios de desempleo, en función de los fondos disponibles y la magnitud del problema...y no puede el Tribunal Constitucional sustituir a ese órgano del Estado en tal función".

En consecuencia, se puede deducir que la doctrina y la jurisprudencia comparadas han tomado la tesis de considerar a los derechos sociales prestacionales como meras expectativas o metas constitucionalizadas, y por lo tanto no exigibles.

2. El segundo enfoque, considera a los derechos sociales como plenos y eficaces, con calidad de auténticos derechos, ya que estos constituyen una garantía para la democracia y para el goce efectivo de los derechos individuales y políticos. Los derechos sociales no dejan de ser derechos por no estar suficientemente garantizados y la exigencia debe materializarse a través de los recursos contenciosos o de las demandas de indemnización ante el Estado, ya que éste está obligado a que esta clase de derechos sean efectivamente garantizados, puesto que esa garantía depende de una decisión política y económica del Estado.

La Constitución ecuatoriana es considerada como una de las más evolucionadas en esta materia, ha concretado esta tesis al manifestar que todos los derechos determinados en la misma, entre ellos los derechos económicos, sociales y culturales, son derechos plenos y eficaces. Al respecto el artículo 18, preceptúa que:

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.

El artículo 18 de la Constitución Ecuatoriana no considera a los derechos sociales como programáticos y tampoco considera que para su ejercicio requiera de desarrollo legislativo; por lo tanto, serían justiciables, pudiendo ser exigidos ante cualquier juez, tribunal o autoridad para su cumplimiento. El Constituyente, con este artículo, tomó además la tesis de la indivisibilidad de los derechos, considerando que todos los derechos son interdependientes y conexos, rechazando la indepen-

dencia entre estos, situación que conlleva la inmediata aplicación ya que todos los derechos tienden a proteger la dignidad de los seres humanos y, por tanto, son exigibles y justiciables. La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia No. T-010 de 21 de enero de 1999, al pronunciarse sobre el criterio de conexidad de los derechos individuales con los prestacionales, esto es vida y salud, ha señalado que su aplicación debe realizarse en forma inmediata e imperativa ya que "permite amparar derechos no tutelables judicialmente, en principio, siempre y cuando su protección se requiera para la reivindicación de un derecho de carácter indiscutiblemente fundamental".

Víctor Abramovich, expresa que la condición de justiciables requiere identificar las obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, ya que su estructura se caracteriza por obligarlos "a hacer"; es decir, a brindar prestaciones positivas o derechos prestacionales, y la negación de esa prestación estatal supone la denegación del derecho. Igualmente, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido como básico, para la esencia de los derechos prestacionales, la existencia de un "mínimo vital", que debe ser siempre protegido en virtud de que éste forma parte de la dignidad humana. En sentencia SU- 111 de 1997, precisó

...los derechos económicos, sociales y culturales tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado,

pudiendo hacer ha dejado de concurrir a prestar apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones comprendidas bajo el concepto de mínimo vital, la abstención o negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

De lo anterior se puede considerar que el mínimo vital se presenta por la omisión del Estado en prestar un servicio que está obligado a proveerlo, omisión que no permite la satisfacción de los derechos sociales, lo cual pone en grave peligro la dignidad humana que, por lo general, afecta a los sectores más vulnerables de la sociedad.

En este punto se puede plantear la siguiente interrogante, con respecto a esta tesis: ¿Es necesario que los derechos sociales para ser exigibles, deban estar constitucionalizados? ¿Al estar incorporados en las Cartas Fundamentales de cada Estado, lo hacen exigibles?

Los Estados que cuentan con sistemas de asistencia social más importantes del mundo no han considerado la necesidad de incorporar los derechos sociales a la Constitución, puesto que sostienen que estos derechos son prestacionales, y adquieren eficacia cuando son desarrollados en niveles inferiores al constitucional. Lo que ocurre en Gran Bretaña, Suecia, EEUU, Alemania y Francia, caso este último en que sí cuenta con derechos sociales, pero no forman parte de su articulado, sino que estos derechos han sido incorporados en el Preámbulo, donde se proclama la adhesión de Francia a los derechos consagrados en

la Declaración de 1789. Estos países se caracterizan porque sus políticas sociales son mejores en calidad y cantidad que muchos de los países que han constitucionalizado estos derechos.

Los defensores de los derechos sociales como derechos plenos y exigibles, afirman que el hecho de que se constitucionalice esta clase de derechos, es un gran avance para su exigibilidad, ya que si bien muchos países no los han incorporado en su Constitución, estos países han ratificado los Convenios Internacionales que los protegen y los han incorporado en forma indirecta a su ordenamiento positivo, y el cumplimiento de estos derechos en un 100% por algunos países, es muestra de la aplicación de una buena política social.

A nivel mundial la protección de los derechos económicos, sociales y culturales se regula por la Declaración de los Derechos Humanos y por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A nivel Interamericano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en la Asamblea General de la OEA, en San Salvador, el 17 de noviembre de 1998.

El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que es obligación del Estado: "...adoptar con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta

*Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".*

Fundamentados en esta norma, los defensores de la doctrina de que los derechos sociales son exigibles, sostienen que los jueces poseen una función trascendental en hacer efectivos los derechos humanos o fundamentales, y así lo ha determinado la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-109 de 1995, al señalar

Entre las 'medidas de otro carácter' (refiriéndose al art. 2 Convención Americana de Derechos Humanos) deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces como medidas de otro carácter diferentes a las leyes, deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos.

Cabe indicar que la Corte Constitucional Colombiana, ha desarrollado ampliamente varios aspectos sobre los derechos sociales; pero también ha limitado su exigibilidad como se demuestra en la sentencia T-042 de 7 de febrero de 1996, al concluir que:

Cuando los derechos prestacionales, genéricamente consagrados, son asumidos por el Estado en forma directa, y se ha definido legal y

reglamentariamente como destinatarios de la prestación específica a un grupo de personas determinadas, tales derechos se truecan en subjetivos y, en consecuencia, pueden ser exigidos en forma inmediata por sus titulares a través de la vía judicial prevista para el caso por el legislador.

De esta sentencia se puede concluir, que no todos los derechos sociales pueden ser exigibles, sino aquellos que presenten ciertos requisitos como son: 1) Que la persona que alegue su protección sea titular de un derecho subjetivo; 2) Que el Estado haya asumido en forma directa la prestación de un derecho social; 3) Que el derecho social que se alegue esté definido en la ley y reglamento. De igual forma la Corte Constitucional Colombiana ha determinado los criterios para que puedan las personas, a través de la tutela, ejercer la protección de los derechos prestacionales, detallando los siguientes requisitos:

1. que la persona involucrada posee un derecho subjetivo a la prestación que solicita y, por lo tanto, que el ordenamiento jurídico le ha adscrito a alguna persona, pública o privada, la obligación correlativa; 2. que tal derecho, en el caso concreto, encuentra una conexidad directa con alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico elevó a la categoría de fundamentales; y 3. que no exista otro medio de defensa judicial o, que de existir, no resulte idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto del derecho fundamental afectado o amenazado.

En general, en el sistema ha existido la tendencia a pensar que sólo los Derechos Civiles y Políticos son "justiciables", no así los DESC (Derechos Económicos y Sociales), considerando argumentos como los siguientes:

*Argumentos en contra:*

1. Las normas que regulan los DESC son demasiado ambiguas e imprecisas para su aplicación judicial

(Las declaraciones que reconocen "Alimentación adecuada", "vivienda digna", no dan guía sobre su contenido normativo, alcance e implicaciones. Sin un contenido preciso, no pueden ser sujetos de demandas)

2. Los DESC representa "metas políticas" a lograrse progresivamente conforme con los recursos disponibles y no son "derechos legales", que pueden hacerse valer en Cortes.

Si bien en los Derechos Civiles y Políticos, existe la obligación legal, no ambigua, de "respetar" y "asegurar", en los DESC no hay estricta obligación legal, cuando se refieren a "adoptar medidas necesarias" o "hasta el máximo de los recursos disponibles".. Una Corte no puede obligar a un Estado a hacer algo más allá de su capacidad técnica y financiera...

3. Los DESC son "derechos positivos", no justiciables, a diferencia de los Derechos Civiles y Políticos, que son "negativos".

Los Derechos Civiles y Políticos son justiciables porque sólo imponen que los Estados se abstengan de realizar determinadas conductas,

en cambio los DESC, exigen de los Estados obligaciones "positivas" (actuaciones concretas), que supone amplios gastos en servicios sociales o infraestructura.

Ello se hace con decisiones "políticas", pero no es propio del ámbito de los Jueces.

4. La separación de poderes inhibe a las Cortes y Tribunales que le dicten al Legislador o al Ejecutivo, la forma en que han de gastar o invertir los fondos públicos

5. Los DESC no son judicialmente aplicables, porque no hay un "agente de causalidad" que sea judicialmente reconocido para la pobreza. Para ser justiciable una situación se necesita una "causalidad" y un "daño" producido, pero la causalidad debe estar establecida judicialmente, sin que ello pueda aplicarse para la "pobreza"

Se dice que la pobreza, aunque lamentable, es una condición preexistente y perdurable en la sociedad, que no se remedia por la acción judicial

*Argumentos a favor:*

1. La vaguedad de las normas es igual a las de los Derechos Civiles y Políticos.

Es función de los Jueces interpretar normas "generales", a fin de darles un *efecto legal* dentro de un contexto jurídico específico.

Organismos especializados han creado una guía autorizada sobre el "contenido normativo" de las normas sobre DESC.

El Comité de DESC de la ONU dice que no hay ningún derecho reconocido en el Pacto, que no posea en la gran mayoría de sistemas una "dimensión significativa", al menos de justiciabilidad.

2. Internacionalmente el "Principio de Progresividad" supone iguales obligaciones de "respetar", "proteger", "asegurar", "garantizar". La redacción entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no difiere del Pacto Internacional de DESC; es más: "...bajo ninguna circunstancia —el principio de progresividad— será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad de los DESC. Al contrario los Estados tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones según el Pacto." (Principios de Limburgo, Comisión de Derechos Humanos ONU).

El Comité de Derechos Humanos de la ONU se refiere a "la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible" para efectivizar estos derechos, independientemente de su nivel de

desarrollo económico. De ello también se ha hecho eco la Comisión IDH, (*Informe anual*, 1993).

3. Los "deberes negativos como positivos" de un Estado repercuten tanto sobre los Derechos Civiles y Políticos, como sobre los DESC. Es la misma obligación la de "abstenerse" de destruir la fuente alimenticia de una familia, como la de evitar torturar a alguien. El Estado tiene la misma obligación para dotar de condiciones de salud, que la de dotar de un sistema electoral que garantice el derecho al voto, tanto lo uno como lo otro en caso de incumplimiento, está sujeto a revisión judicial...

La CIDH en varias oportunidades ha declarado la responsabilidad del Estado cuando una determinada *acción* no ha sido adoptada, e igual ocurre con Cortes Nacionales en distintos países. En tales casos se ha dejado al Ejecutivo la fijación de los parámetros precisos presupuestarios, pero la Corte ha retenido jurisdicción para conocer el problema, hasta tanto no se cumpla con el mandato legal.

(Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de junio de 1988, (Ser.C) No.4, pág. 164-82)

4. Hay derechos que no requieren de recursos, como por ejemplo el derecho a no ser discriminado en la dotación de servicios públicos.

No es aplicable el argumento, porque hay derechos civiles que, también, requieren de ingentes recursos, como el derecho al voto o el

derecho al acceso a la **justicia**, que no serían posibles sin los ingentes recursos que demanda la existencia de un sistema judicial o un sistema electoral. **EL GASTO NO OBSTACULIZA SU JUSTICIABILIDAD.**

Las Cortes, precisamente, cumplen el papel de frenar el ejercicio arbitrario del poder y eso no afecta a la separación de poderes.

5. La lógica utiliza parte del supuesto de que se está reclamando de modo **generalizado** un DESC, cuando lo que en la práctica se da es una violación y un daño concreto, en contra de una persona específica que es la que reclama su derecho Económico y Social.

No se trata de que la existencia de una pobreza ampliamente difundida genere el reclamo en sí mismo, sino que en el momento que hay un daño concreto, el Estado debe abstenerse de realizar actos que lesionen los derechos protegidos o, a su vez, debe proteger a las personas contra tales actuaciones.

#### CONCLUSIONES

- Las mismas normas se aplican tanto para el ejercicio de los Derechos Civiles y Políticos como para los DESC.
- Los deberes de los Estados para proteger los DESC de violaciones efectuadas por terceros, siempre están sujetos de modo *directo* a la aplicación de la justicia a un CASO CONCRETO.

- Los deberes del Estado para satisfacer los DESC como los Derechos Civiles y Políticos, se aplican por igual, cuando la manera en que un gobierno asigna beneficios, viola los principios de no discriminación, debido proceso y no retroceso, y ello ha provocado un daño concreto a personas.
- Los DESC no son un ámbito separado de los Derechos Civiles y Políticos, al contrario, están íntimamente relacionados y son independientes entre sí.

#### SITUACIÓN JURÍDICA ECUATORIANA

En el Ecuador, si bien desde la Constitución de 1929, se han incorporado los derechos sociales, estos no han tenido un gran desarrollo con respecto a su exigibilidad en forma colectiva, pero sí existe una protección en forma indirecta, a través de la protección de derechos subjetivos que tienen conexividad con los derechos sociales; por ejemplo, con la protección del derecho a la asistencia social se protege indirectamente el derecho a la salud.

La Resolución No. 0749-03 RA del Tribunal Constitucional es muy relevante en Ecuador al respecto de la defensa de los derechos sociales, en la que sobre los enfermos del VIH-SIDA, el Estado Ecuatoriano, a través del Hospital Eugenio Espejo, (institución pública), dejó de proveer a dichos enfermos de la medicina-antirretroviral, por lo cual cuatro

afectados interpusieron un Amparo sobre este hecho y el Tribunal Constitucional dentro de su resolución en forma textual manifestó que:

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.

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 conexividad el uno con el otro.

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.

El 23 de mayo de 2006 la Tercera Sala del actual Tribunal Constitucional dictó la resolución 0014-05-RA relacionada a la solicitud de

suspensión definitiva del otorgamiento del registro sanitario para la comercialización y expendio de la pastilla denominada "Pastilla del Día Siguiente", cuyo nombre comercial es "POSTINOR 2". El proponente de la acción indicaba que al ser utilizada en los tres subsecuentes días de una relación sexual no protegida, pone fin a un embarazo no deseado y que ello atenta contra expresas disposiciones constitucionales y legales. La Sala al momento de resolver razonó así:

**OCTAVO.-** El Art. 49 de la Constitución Política de la República, que se ubica dentro de la sección sobre los grupos vulnerables, en referencia a los niños y adolescentes, dice: 'El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción...'.

**NOVENO.-** Otras normas del ordenamiento jurídico, específicamente del Código de la Niñez y Adolescencia, realizan una particular referencia a la "Concepción" para la protección de la niñez así:

**Art. 20.- Derecho a la Vida.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción.** Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, **su supervivencia y desarrollo.**

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral" (las negrillas son nuestras).

**Art. 148.- Contenido.-** La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación...

**DÉCIMO.-** No existe en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano una norma específica que defina cuándo se produce la concepción. No obstante, el Art. 20 del Código de la Niñez nos da una pauta, en tanto que garantiza el derecho a la vida desde la concepción, y en el segundo inciso expresa que se prohíbe las manipulaciones médicas desde la fecundación del óvulo.

De todas formas, esta Sala conciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario. Es decir, en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga, en nuestra calidad de jueces constitucionales, a realizar la interpretación de la norma contenida en el Art. 49 de la Constitución con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida, por disposición del Art. 18 segundo inciso de la citada Constitución que dice: "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". Se trata pues de aplicar el universal principio del *in dubio pro hómine*, esto es que en caso de duda se debe estar a favor de la persona.

**DÉCIMO PRIMERO.-** En la especie, el método sistemático de interpretación constitucional, guía al intérprete para entender a la Constitución como un todo orgánico, es decir, que no se puede analizar a la norma en su forma individual, sino que se la tiene que comprender prestando atención a la finalidad que persigue el conjunto normativo.

Al efecto, para nadie es ajeno, que el Estado ecuatoriano se ha dado un ordenamiento jurídico, cuya cúspide es la Constitución Política del Estado, que tiene como fin la protección de los derechos, libertades y garantías del ser humano. De esta forma, el Art. 16 de la Carta Magna señala: 'El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución'.

**DÉCIMO SEGUNDO.**- En consecuencia, al analizar la Norma Constitucional contenida en el Art. 49 de la Constitución Política de la República, que dice: 'El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción...', el juez constitucional debe realizar una interpretación que garantice la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para ello, aun frente a la duda, asumir por prudencia que ella se produce desde la fecundación del óvulo, momento en que se transmite toda la información genética del ser humano, sin que ella pueda ser modificada en lo posterior. Visto de esta forma, se debe concluir que al actuar el medicamento POSTINOR-2, en una de sus fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano.

Por otro lado, ante la argumentación manifestada por grupos interesados en el proceso, que consideran que la suspensión de la comercialización del producto POSTINOR-2, atentaría contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, esta Sala considera necesario anteponer el principio de interpretación de la concordancia práctica, que obliga a realizar una ponderación de los valores contenidos en los principios constitucionales, de la que resulta en forma indubitante que en este caso se debe dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida, por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Además que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

**El mismo fallo también expresa que:**

Como corolario, se tiene que el Estado, en este caso representado en el juez constitucional, no puede sustraerse a su obligación de proteger la vida, aún por sobre el contenido de la Ley o a falta de ella; y, si está en juego la vida de un grupo indeterminable de seres humanos no nacidos, cuya pro-

tección por ellos mismos es imposible, es imperativo que el Estado asuma incondicionalmente esta protección garantizando el interés superior de los no nacidos, por lo que, al tratarse en este caso de la protección de un derecho difuso —la vida desde su concepción—, es un imperativo de la lógica y del sentido común la legitimación activa de cualquier persona para interponer esta clase de acción de amparo constitucional respecto de un derecho difuso, en este caso, la del señor José Fernando Rosero Rohde.

El fallo al que me he referido suscitó en el Ecuador interesantes debates jurídicos y la inconformidad de las asociaciones feministas con el mismo.

El caso No. 0002-05-TC desató también una fuerte polémica en el País, llegándose incluso a plantear un juicio político contra quienes votamos en el Pleno del Tribunal por expulsar del mundo jurídico la llamada "detención en firme", figura jurídica que fue introducida en la Legislación Penal ecuatoriana mediante la Ley No. 101-2003, publicada en el Registro Oficial No. 743, el 13 de enero de 2003 que reformó el Art. 160 del referido Código para que el mismo sea del tenor siguiente "Clases.- Las medidas cautelares de carácter personal son la detención, la prisión preventiva y la *detención en firme*. Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo". Y, finalmente, mediante resolución aprobada por la Comisión Especializada Permanente de Fiscalización y Control Político del Honorable Congreso Nacional el 01 de marzo de 2007 se decidió archivar la solicitud que fuera presentada por la entonces candidata a la presidencia de la República, Cinthya Viteri Jiménez, expre-

sando textualmente en su artículo segundo "Felicitar la labor de los Vocales del Tribunal Constitucional en la vigencia y respeto de la normativa nacional e internacional que garantiza los Derechos Humanos de los Ecuatorianos".

Mediante la "detención en firme" se disponía en todos los casos en que se dicte auto de llamamiento a juicio de conformidad con el artículo 232 del Código Procesal Penal y sólo podrá ser revocado mediante sentencia absolutoria y suspendido en los delitos sancionados con prisión.

El Tribunal al estudiar el caso dejó en claro que "para nadie es ajeno que el Estado Ecuatoriano se ha dado un ordenamiento jurídico, cuya cúspide es la Constitución Política del Estado, que tiene como fin la protección de los derechos, libertades y garantías del ser humano." De esta forma, el Art. 16 de la Carta Magna señala: "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución".

El Art. 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador nos expresa

**Garantías del debido proceso.-** Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las Leyes o la Jurisprudencia.

(...)

8.-: La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delito sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.

Siendo evidente la contradicción entre la norma legal que creó la figura de la "detención en firme" y la norma constitucional transcrita, el Tribunal no dudó en declarar la inconstitucionalidad del Art. 10 de la ley ya referida que reformaba el Art. 160 del Código de Procedimiento Penal en lo relativo a la detención en firme, por ello razonó en el considerando décimo noveno de la Resolución, que:

En definitiva, las normas contenidas en la Ley No. 101-2003, publicada en el R.O. No. 743 del 13 de enero de 2003, que introduce a la detención en firme como medida cautelar que reemplaza en un momento determinado del proceso penal a la prisión preventiva, son inconstitucionales por violar el derecho fundamental garantizado en el Art. 24, numeral 8 inciso primero de la Constitución sobre la caducidad de la prisión preventiva, y los Arts 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen que las personas detenidas tendrán derecho a ser juzgadas dentro de un plazo razonable o a ser puestas en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso penal, normativa internacional de derechos humanos que el Estado Ecuatoriano se ha comprometido a respetar.

Al respecto también cabe indicar que en la Opinión Consultiva OC-14/94, de diciembre 09 de 1994, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al opinar sobre la responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias a la Convención entratándose de "Leyes de aplicación

inmediata", se pronunció en el sentido de que esta situación constituye una violación a las obligaciones contraídas por un estado al ratificar o adherirse a la Convención; y en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidas respecto de individuos determinados genera la responsabilidad internacional de tal estado, ya que si los Estados se han comprometido a garantizar y respetar los derechos y libertades, reconocidos en la Convención, para lo cual deben tomar medidas legislativas o de otro carácter, con más razón existe la obligación de no adoptar "medidas", que contradigan el objeto y fin de la Convención.

Es conveniente señalar también que de los casos resueltos por el Tribunal Constitucional del Ecuador en el periodo que va desde el 6 de marzo de 2006 al 31 de marzo de 2007, el 73.6 % de los fallos emitidos dicen relación con derechos sociales vulnerados y cuya reparación se ha solicitado a este alto Organismo de Justicia.

En los países en vías de desarrollo, el gran freno para una verdadera exigibilidad de los derechos sociales, es el factor económico, que impide una implantación de políticas sociales fuertes en defensa de estos derechos, por lo que con este factor condicionante, si bien los ciudadanos, al menos en mi país, no tienen una fuerte corriente de demanda (exigibilidad) de esos derechos, porque saben de las dificultades económicas por las que atraviesan los Estados, puede a futuro llegar a un momento en que se empiecen a exigirlos, por lo cual creo que se debe pensar en una mejor planificación de las políticas de Estado a seguirse, como son, por ejemplo, el tomar medidas en que prime la distribución equitativa de recursos, así como la eliminación de pago de impuestos

indirectos que afectan más a los sectores menos favorecidos de la sociedad, planificar proyectos a largo plazo que se construyan democráticamente partiendo desde las necesidades nacionales. Cobrar los impuestos y castigar su evasión; y sobre todo mejorar y vigilar el uso de los recursos de la cooperación internacional (créditos no reembolsables), que en el Ecuador representan el 23% de los recursos que se entregan desde el exterior, ya que la mejora en la situación de los derechos sociales no pasa únicamente por el marco constitucional, sino también por favorecer un modelo económico que asegure una redistribución basada en las necesidades sociales que permitan consolidar un Estado de bienestar social sostenible.

Con estas pocas medidas que me he permitido señalar, se podrían garantizar los derechos sociales establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales, de modo más eficaz, en la medida en que el sistema político favorezca la actividad autónoma e independiente de los grupos sociales, y propicie a través de las instituciones públicas, la consecución de la justicia social, como lo asegura el constitucionalista Galo Chiriboga Zambrano.

BIBLIOTECA DE LA  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en julio de 2007 en los talleres de Ediciones Corunda, S.A. de C.V., Tlaxcala núm. 17, Col. San Francisco, Delegación Magdalena Contreras, C.P. 10500, México, D.F. Se utilizaron tipos Book Antiqua de 8, 10, 11 y 15 puntos. La edición consta de 1,000 ejemplares impresos en papel couché mate dos caras de 100 grs.